

[Buenos Aires, jueves 21 de septiembre de 2023]

RETROSPECTIVA, PROSPECTIVA E IMPLEMENTACIÓN EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR A 30 AÑOS DE LA LEY N° 24.240

EDICIÓN ESPECIAL

Director: CARLOS A. HERNÁNDEZ

**EN ADHESIÓN AL XXV CONGRESO ARGENTINO
DE DERECHO DEL CONSUMIDOR**

22 y 23 de septiembre de 2023, Rosario (Santa Fe)

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL
FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO,
DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI



EL DERECHO

Contenido

PRESENTACIÓN

Presentación del suplemento, por Carlos A. Hernández
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-223

PRIMERA PARTE - GLOBALIZACIÓN Y DERECHO DEL CONSUMIDOR

Geoderecho del consumidor: un importante desafío en marcha, por Carlos A. Hernández
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-220

La "convencionalización" e "internacionalización" en la agenda para la implementación de la tutela a los consumidores (A propósito del acceso gratuito a justicia), por José Sahián
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-221

Impulsar la transición ecológica: Una nueva directriz del Derecho del Consumidor, por Gonzalo Sozzo
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-222

SEGUNDA PARTE - REFLEXIONES GENERALES Y APORTES DESDE LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

La sofisticación como el gran desafío del Derecho del Consumidor en perspectiva, por María Paula Arias
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-213

Ley 24.240, la fábrica del Derecho del Consumidor (miradas y autorretrato), por Ariel Ariza
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-214

El ámbito de aplicación del Derecho de Consumidores. Transformaciones y desafíos a treinta años de la ley 24.240, por Sergio Sebastián Barocelli
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-215

El Derecho del Consumidor a la luz de la estrategia jurídica: la necesaria convergencia entre sistema jurídico y políticas públicas, por Sandra Frustagli
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-216

El derecho del consumo, en perspectiva, por José Fernando Márquez
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-217

Desafíos pendientes en la implementación de la tutela de la persona consumidora, por Fernando Mumare
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-218

El derecho a la educación de la persona consumidora: un desafío pendiente, por Marcelo Quaglia
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-219

TERCERA PARTE - CONTRIBUCIONES CONCERNIENTES A ASPECTOS PARTICULARES DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

El fraccionamiento del tipo contractual. Los vínculos entre los contratos paritarios y de consumo, por Alejandro Borda
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-203

Los derechos personalísimos del consumidor en la cultura de la conectividad. (A propósito de la tutela de los datos personales), por Miguel Federico De Lorenzo
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-204

La regulación de la problemática sobreendeudamiento del consumidor. Distancias entre la retórica y la acción. El postergado debate en el parlamento nacional, por Belén Japaze
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-205

Relaciones de consumo y factor de atribución de la responsabilidad del proveedor. Un debate que sigue abierto, por Federico A. Ossola
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-206

Un avance destacado: la regulación de las prácticas abusivas, en especial referencia a los hipervulnerables, por Edgardo Saux
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-207

Arqueología y futuro de la regulación del consumo, por Carlos Tambussi
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-208

La protección de la persona consumidora en materia alimentaria, por Julieta B. Trivisonno
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-209

La Justicia de Pequeñas Causas de Consumo como garante del derecho humano de acceso a la justicia, por Carina Mariela Ginestar
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-210

La necesidad de implementar mecanismos de asesoramiento a la persona consumidora, por Germán Esteban Müller
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-211

El beneficio de justicia gratuita en procesos judiciales individuales de consumo. Una herramienta para la eficacia en la protección a los consumidores y usuarios, por Franco Raschetti
Cita Digital: ED-IV-DCCCXLIX-212

Presentación del suplemento

El Congreso Argentino de Derecho del Consumidor constituye un emprendimiento colectivo gestado en el marco del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, cuya primera edición se realizó en la ciudad de Buenos Aires en el año 1993. Desde allí, viene aportando a la cultura jurídica argentina, en especial al afianzamiento de los derechos fundamentales de los consumidores.

Durante los días 22 y 23 de septiembre está prevista su edición n° XXV, signada por la efeméride de los 30 años de la Ley 24.240. Se hará mediante una coorganización con la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Al mismo están invitados un conjunto de profesionales del derecho y juristas de diferentes generaciones, que habrán de reflexionar –en diferentes foros– sobre el pasado, el presente y el futuro del Derecho del Consumidor.

Esa es la razón por la cual hemos propuesto denominar a este suplemento “*Retrospectiva, prospectiva e implementación en el Derecho del Consumidor a 30 Años de la Ley N° 24.240*”, y para el cual han sido convocados quienes participarán como disertantes en el evento. Entendimos que, de este modo, el pensamiento meditado de cada autor habrá de enriquecer el Congreso, al tiempo de quedar exteriorizado en una producción escrita que trasciende los alcances del evento.

El suplemento se estructura en tres partes, a saber: “*Globalización y Derecho del Consumidor*”, “*Reflexiones generales y aportes desde la Teoría General del Derecho del Consumidor*”, y “*Contribuciones concernientes a aspectos particulares de las relaciones de consumo*”. Son estudios que, aunque limitados en sus caracteres, tienen un hondo volumen conceptual, y pasan revista a la agenda actual y futura del Derecho del Consumidor en el ámbito universal, regional y nacional.

Caben por tanto los agradecimientos. En primer lugar, a quienes han enviado sus contribuciones, adicionando al es-

fuerzo de participar en el Congreso, el tiempo de redacción de sus reflexiones. Luego, a la Dra. Sandra A. Frustagli, que prestó una ayuda invaluable para gestionar este valioso material. Y finalmente, a la Editorial “EL DERECHO”, en la persona del Dr. Alejandro Borda, quien desde un comienzo se mostró dispuesto para materializar en este suplemento parte de los estudios que serán objeto de discusión y debates en el XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor.

DR. CARLOS A. HERNÁNDEZ

Pte. del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor

Pte. del XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RELACIÓN DE CONSUMO - DERECHO COMERCIAL - COMERCIANTE - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - CONTRATOS BANCARIOS - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA - EMPRESAS - PUBLICIDAD - CONTRATOS INFORMÁTICOS - BASES DE DATOS - HABEAS DATA - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS - DEBER DE INFORMACIÓN - CONTRATO DE COMPRAVENTA - SALUD PÚBLICA - NORMAS DE EMERGENCIA - CONSENTIMIENTO - CLÁUSULAS CONTRACTUALES - ORDEN PÚBLICO - COMERCIO ELECTRÓNICO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS

Geoderecho del consumidor: un importante desafío en marcha

por CARLOS A. HERNÁNDEZ^(*)

Sumario: I. LOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI Y EL GEODERECHO. – II. DIFERENTES EXPRESIONES DEL GEODERECHO. – III. EL GEODERECHO DEL CONSUMIDOR. III.1. LAS DIRECTRICES DE NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR COMO MODELO PARA LA BÚSQUDA DE UNA PROTECCIÓN EFICAZ. III.2. LAS RESPUESTAS REGIONALES: EL CASO EUROPEO Y LOS AVANCES DEL MERCOSUR. III.3. EL SISTEMA INTERAMERICANO Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. – IV. LA CRECIENTE CONEXIÓN ENTRE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS GLOBALES Y LAS INTERNAS.

I. Los desafíos del siglo XXI y el Geoderecho

En el marco del XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, que se realizará en Rosario el 22 y 23 de septiembre próximo, en ocasión de la efeméride de los treinta años de la sanción de la ley 24.240, nos ha resultado pertinente evocar el pensamiento de unos de sus notables artífices, el Maestro Atilio A. Alterini, sobre un tema de gran interés para el tiempo actual, como lo es el Geoderecho, o derecho de la tierra. El autor sostenía en un excepcional estudio publicado hace casi dos décadas que se trataba de una perspectiva imprescindible frente al fenómeno del posmodernismo y la globalización⁽¹⁾.

Creemos que el Geoderecho es una expresión de la interdisciplina bajo la cual debe ser comprendida la ciencia jurídica del siglo XXI, signada por los cambios culturales, políticos, ambientales y especialmente tecnológicos que revisten rasgos de fuerte disrupción.

No puede dudarse que la ciencia y la tecnología han acelerado sus procesos, que con frecuencia producen disrupciones a partir de nuevos paradigmas que profundizan los debates epistémicos, éticos y morales⁽²⁾.

En las décadas recientes, el uso masivo de las computadoras personales o PC hacia fines de la década del

70 del siglo pasado⁽³⁾, y dos décadas después, la apertura de internet como red abierta⁽⁴⁾, constituyeron hitos sin los cuales no es posible entender a la sociedad del siglo XXI. El último lustro registra avances tecnológicos aún más notables, cuyo listado es siempre provisorio y en constante mutación. Entre ellos, se destacan la inteligencia artificial, la cadena de bloques o *blockchain*, la computación cuántica, la tecnología de seguridad cibernética, las aplicaciones de análisis de datos, los servicios en la nube, la *NoSQL* (tecnología habilitadora con bases de datos de gráficos), entre muchas otras⁽⁵⁾. Incluso, en estos días asistimos –con altos niveles de conmoción– a los debates sobre los efectos de una herramienta derivada de la inteligencia artificial, denominada *Chat GPT* (Chat Generativo Previamente Entrenado)⁽⁶⁾, que ya logró gran popularidad. El paradigma tecnológico⁽⁷⁾ se encuentra internalizado de modo masivo en la sociedad⁽⁸⁾, lo que provoca constantes transformaciones.

Algo similar acontece en el ámbito ambiental. El Papa Francisco en su célebre Encíclica *Laudato si'* –sobre el cuidado de la casa común– recuerda: “El cambio climático es un problema global con graves dimensiones ambientales, sociales, económicas, distributivas y políticas, y plantea uno de los principales desafíos actuales para la humanidad. Los peores impactos probablemente recaerán en las próximas décadas sobre los países en desarrollo. Muchos pobres viven en lugares particularmente afectados por fenómenos relacionados con el calentamiento, y sus medios de subsistencia dependen fuertemente de las reservas naturales y de los servicios ecosistémicos, como la agricultura, la pesca y los recursos forestales. No tienen otras actividades financieras y otros recursos que les permitan adaptarse a los impactos climáticos o hacer frente a situaciones catastróficas, y poseen poco acceso a servicios sociales y a protección. Por ejemplo, los cambios del clima originan migraciones de animales y vegetales que no siempre pueden adaptarse, y esto a su vez afecta los recursos productivos de los más pobres, quienes también se ven obligados a migrar con gran incertidumbre por el futuro de sus vidas y de sus hijos. Es trágico el aumento de los migrantes huyendo de la miseria empeorada por la degradación ambiental, que no son reconocidos como refugiados en las convenciones internacionales y llevan el peso de sus vidas abandonadas sin protección normativa alguna. Lamentablemente, hay una general indiferencia ante estas tragedias, que suceden ahora mismo en distintas partes del mundo. La falta de reacciones ante estos dramas de nuestros hermanos y hermanas es un signo de la pérdida de aquel sentido de responsabilidad por nuestros semejantes sobre el cual se funda toda sociedad civil”⁽⁹⁾.

Se trata de problemas y retos que se presentan a escala universal. Por ello se afirma con acierto: “Cualesquiera que sean los cambios que nos aguardan en el futuro, es probable que impliquen una lucha fraterna en el seno de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *La recepción del principio precautorio en la ley general del ambiente*, por SALVADOR DARIO BERGEL, ED Ambiental, diario n° 10.989 del 22-4-04; *El derecho-deber de información ambiental como herramienta eficaz de los principios de prevención y precautorio*, por MARÍA ISABEL BENAVENTE, ED, 208-854; *La responsabilidad del proveedor por producto elaborado en el marco de la relación de consumo*, por ADRIÁN O. MOREA, ED, 252-766; *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Principio precautorio. La construcción de sus criterios de aplicación y límites*, por EDUARDO A. PIGRETTI, ED, 267-1016; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. Un propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *El régimen administrativo sancionador en las relaciones de consumo*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288; *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Una nueva aplicación del principio precautorio en un fallo sobre la fumigación con agrotóxicos*, por DIEGO LO GIUDICE, Derecho Ambiental y Sustentabilidad, junio 2021 - Número 2; *El derecho del consumidor y el principio precautorio en el derecho argentino*, por LIDIA GARRIDO CORDOBERA, ED, 294. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado. Doctor en Derecho. Profesor Titular Ordinario de Derecho de los Contratos y Derecho del Consumidor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Miembro de diferentes comisiones de reformas legislativas. Presidente del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(1) “¿Hacia un Geoderecho?”, en Alterini, Atilio A. - Nicolau, Noemí L. (Directores), Hernández, Carlos A. (Coordinador), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 3 y ss.

(2) Raynaud, Dominique, *¿Qué es la tecnología?*, Laetoli, Pamplona, 2018.

(3) Sus orígenes se sitúan en el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América, en donde había sido pensada para brindar comunicaciones sin interrupciones a una red cerrada de cuarenta ordenadores.

(4) Souter, David - van der Spuy, Anri, *Indicadores de la UNESCO sobre la universalidad de Internet. Marco para la evaluación del desarrollo de Internet*, UNESCO, París, 2019.

(5) Rojo Gallego-Burín, Marina, “Blockchain y contratación”, en Cervilla Garzón, María Dolores - Blandino Garrido, María Amalia (Directoras), Nieto Cruz, Alejandro (Coordinador), *Declaración de voluntad en entorno virtual*, Thomson Reuters Aranzadi, Ilustre Colegio Notarial de Andalucía y Universidad de Cádiz, Navarra, 2021, pág. 422 y siguiente.

(6) Acciarri, Hugo A., “ChatGPT. Inteligencia Artificial como instrumento de aprendizaje y evaluación en la formación jurídica. Un modelo sencillo”, *La Ley*, diario del 01/03/2023, pág. 1.

(7) Lorenzetti, Ricardo Luis, *Comercio electrónico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 38.

(8) Martini, Luciano José, “Las comunicaciones electrónicas en tiempos de COVID-19. Una recta interpretación de los fundamentos, fines especiales de las normas jurídicas y pautas de interpretación en el contexto extraordinario de la emergencia sanitaria”, en Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, *Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, T. I., pág. 573 y ss.

(9) Ver punto 25, disponible en https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html (consulta del 17 de agosto de 2023).

una única civilización en lugar de una confrontación entre civilizaciones extrañas. Los grandes desafíos del siglo XXI serán de naturaleza global. ¿Qué ocurrirá cuando el cambio climático desencadene catástrofes ecológicas? ¿Qué ocurrirá cuando los ordenadores superen a los humanos cada vez más en tareas y los sustituyan en un número creciente de empleos? ¿Qué ocurrirá cuando la biotecnología nos permita mejorar a los humanos y alargar la duración de la vida? Sin duda, tendremos grandes debates y amargos conflictos sobre estas cuestiones. Pero es improbable que dichos debates y conflictos nos aislen a unos de otros. Justo lo contrario. Nos harán todavía más interdependientes. Aunque la humanidad está muy lejos de constituir una comunidad armoniosa, todos somos miembros de una única y revoltosa civilización global⁽¹⁰⁾.

Por tanto, la ciencia jurídica toda, en sus ramas tradicionales y transversales⁽¹¹⁾, se encuentra interpelada a los fines de dar respuestas eficaces a estos desafíos, las que inexorablemente requieren escala universal. Alterini se adelantó a su tiempo cuando decía que "... es el momento del Geoderecho, cuya impronta contribuirá a definir el destino del hombre, y cuyo armado debe ser empeño de juristas, pero también de filósofos, de sociólogos, de moralistas, de economistas sin economicismos, de profesionales de la salud, de técnicos en general, de políticos, de comunicadores sociales y de todos quienes estén fuertemente comprometidos con la condición humana y con su eje en la dignidad, porque *dignus* es lo valioso"⁽¹²⁾.

II. Diferentes expresiones del Geoderecho

Entre las manifestaciones del Geoderecho suelen reconocerse a las estructuras de supranacionalidad, universales –vg. Naciones Unidas– o comunitarias –vg. Unión Europea o Mercosur–, la protección internacional de los derechos humanos, las convenciones internacionales elaboradas con miras a una legislación común, los intentos de códigos de alcance regional y las diferentes expresiones de *soft law*⁽¹³⁾. Estos antecedentes encuentran una fuerte base de sustentación sociológica en el desarrollo y expansión del mercado internacional que ha permitido expandir la llamada *lex mercatoria*, así como también ciertas disrupciones tecnológicas, que han posibilitado interconectar al mercado y darle una escala global, siendo internet la madre de ese proceso.

En lo que concierne al derecho privado, se trata de un cuestionamiento a la nacionalización de sus fuentes, concretada a partir del proceso codificador del siglo XIX, que es visto en la actualidad como un obstáculo, razón por la cual el mercado pugna por la uniformidad del derecho privado⁽¹⁴⁾, queriendo imponer una nueva *lex mercatoria*⁽¹⁵⁾. Se pretende encauzar a los usos del tráfico mercantil, mediante nuevos marcos normativos caracterizados como *soft law*, *diritto debole* o "derecho blando", en el sentido de estar formulados en principios y reglas generales, ca-

rentes de fuerza legal⁽¹⁶⁾. A su influjo se asiste a recientes codificaciones, signadas por una mayor apertura y flexibilidad⁽¹⁷⁾. Se alude a recodificaciones⁽¹⁸⁾, que se valen de códigos incompletos en cuanto han de ser integrados por sus destinatarios⁽¹⁹⁾.

El fenómeno que se describe presenta también manifestaciones en el Derecho Internacional Privado, en donde se discurre sobre la conveniencia y factibilidad de propender a su codificación –al menos con proyección regional⁽²⁰⁾, o a debatir sobre las diferentes soluciones, métodos y axiología para los casos de consumo internacionales⁽²¹⁾.

En el Derecho Internacional Público, se encuentra la resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015, titulada "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", en cuyo preámbulo se destaca que se trata de "... un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad", y que se expresan en una agenda global estructurada en "... 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y 169 metas"⁽²²⁾, con innegables intersecciones sobre el Derecho del Consumidor.

Por ello no sorprende que un proceso similar se registre en nuestra disciplina. Aunque en sus orígenes el Derecho del Consumidor tuvo una impronta más localista –a esa filiación algunos la vinculan con la famosa Declaración del Presidente de EE.UU. John F. Kennedy alentando a la creación de agencias gubernamentales y de organizaciones de la sociedad civil dispuestas a llevar adelante acciones de clase equilibrando los intereses de las empresas y de los consumidores⁽²³⁾, a poco de andar logró una agenda regional y universal indubitable, que tuvo su primera manifestación en la Carta Europea de Protección de los Consumidores –aprobada por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa mediante resolución 543/1973–, y que hoy se exterioriza de modo contundente en las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor.

Los horizontes globales alcanzados por el Derecho del Consumidor no sorprenden, puesto que reconocen bases sólidas, que entroncan en la tradición romanista, de la que pueden apreciarse la relevancia de los principios generales y la centralidad de la persona⁽²⁴⁾.

En este breve estudio pasaremos revista a algunos registros del Geoderecho del consumidor, que presentan una notable influencia para el progreso del Derecho del Consumidor, en particular en sus despliegues de eficacia⁽²⁵⁾.

(16) Oliva Blázquez, Francisco, "Nuevos marcos normativos para los contratos nacionales e internacionales", en Hornero Méndez, César - Espejo Lerdo de Tejada, Manuel y Oliva Blázquez, Francisco, *Derecho de contratos: nuevos escenarios y propuestas*, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2016, pág. 59

(17) Sozzo, Gonzalo, "¿Es importante recodificar? (codificación revisitada)", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, 2001, pág. 83 y ss.

(18) Alegría, Héctor, "El Derecho Privado hoy y la innovación jurídica", *La Ley*, 2013-C-1020.

(19) Se registran ejemplos en Europa, Asia –el ejemplo del Código Civil Chino resulta paradigmático– y Latinoamérica. En este último ámbito, se reconoce al Código Civil peruano de 1984 –que ha sido sometido ya a varias reformas– y al Código Civil brasileño de 2002, emergiendo en el último lustro el CCC argentino. Estos nuevos códigos captan la compleja realidad actual, en donde los cambios de las estructuras familiares, sociales y económicas son muy profundos y cuya proyección futura resulta impredecible.

(20) Silva Alonso, Ramón, "La codificación del Derecho Internacional Privado en América", en Fernández Arroyo, Diego P. - Moreno Rodríguez, José Antonio (Coordinadores), *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, Cedep - La Ley Paraguaya, Asunción, 2007, pág. 69.

(21) Soto, Alfredo M., "El Derecho del Consumidor frente al fenómeno de la globalización y la internacionalización; perspectivas generales. La 'lex mercatoria' y el Derecho del Consumidor. Las normas de Derecho Internacional Privado", en Stiglitz, Gabriel A. - Hernández, Carlos A., *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, 2015, T. I., pág. 42.

(22) Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf (consulta del 16 de agosto de 2023).

(23) Arrighi, Jean Michel, "Algunos estudios para el estudio del tema de la protección del consumidor en la OEA", en Diego P. Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez (Coordinadores), *Protección de los consumidores en América. Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, op. cit., pág. 17.

(24) Alterini, Atilio Anibal, *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998; Lanni, Sabrina, *América Latina e tutela del consumatore. Le prospettive del MERCOSUR tra problema e tecniche di unificazione del Diritto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2005, pág. 1 y ss.

(25) Stiglitz, Gabriel A., *La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de Derecho sin políticas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.

(10) Harari, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, traducción de Joandomènec Ros, Penguin Random House Grupo Editorial, Colonia del Sacramento, 2020, pág. 131 y ss.

(11) Ya existen valiosos estudios generales que buscan abordar el impacto del paradigma tecnológico sobre las distintas ramas del mundo jurídico; entre otros que pueden consultarse con provecho: Bueno de Mata, Federico (Dir.) - González Pulido, Irene (Coord.), *Fodertics. Estudios sobre Derecho Digital*, Editorial Comares, Granada, 2019; Tobías, José W., *Las nuevas Tecnologías y el Derecho*, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, Buenos Aires, 2020; Cervilla Garzón, María Dolores - Blandino Garrido, María Amalia (Directoras), Nieto Cruz, Alejandro (Coordinador), *Declaración de voluntad en entorno virtual*, op. cit.; Barocelli, Sergio Sebastián (Director) - Torres Santomé, Natalia Eva, *La protección de los consumidores en el entorno digital*, El Derecho, Buenos Aires, 2021; Arnau Raventós, Lidia, *La digitalización del Derecho de Contratos en Europa*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2022; Weingarten, Celia, *La disrupción digital y sus impactos en el ser humano*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2023. En materia ambiental sucede algo similar; al respecto pueden verse: Sozzo, Gonzalo, *Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del Derecho Privado*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019; Lorenzetti, Ricardo Luis - Lorenzetti, Pablo, *Derecho Ambiental*, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2018.

(12) "¿Hacia un Geoderecho?", en Alterini, Atilio A. - Nicolau, Noemí L. (Directores), Hernández, Carlos A. (Coordinador), *El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización*, op. cit., pág. 19 y ss.

(13) Ídem, pág. 6 y ss.

(14) Galgano, Francesco, *Diritto privato*, Wolters Kluwer - Cedam, Vicenza, 2017, pág. 54 y ss.

(15) de Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, César Rodríguez (Traductor), Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. ILSA, Bogotá, 1998, pág. 106.

III. El Geoderecho del consumidor⁽²⁶⁾

III.1. Las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor como modelo para la búsqueda de una protección eficaz

Las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor aportan un modelo normativo flexible que en sus Principios (Punto III), determinan qué se debe respetar para una efectiva tutela del consumidor⁽²⁷⁾: “a) El acceso de los consumidores a bienes y servicios esenciales; b) La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja; c) La protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad; d) La promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores; e) El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual; f) La educación del consumidor, incluida la educación sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones; g) La disponibilidad para el consumidor de medios efectivos de solución de controversias y de compensación; h) La libertad de constituir grupos u otras organizaciones pertinentes de consumidores y la oportunidad para esas organizaciones de hacer oír sus opiniones en los procesos de adopción de decisiones que las afecten; i) La promoción de modalidades de consumo sostenible; j) Un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio; k) La protección de la privacidad del consumidor y la libre circulación de información a nivel mundial”. Constituyen ejes estratégicos que fijan una agenda global de acción para su implementación.

Es interesante destacar que en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) se despliega la actuación del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de Protección del Consumidor, que desde su primer período de sesiones –Ginebra, 17 y 18 de octubre de 2016–⁽²⁸⁾, ha tomado como punto de partida la revisión y la aplicación de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, desplegando una interesantísima agenda que actualmente se encuentra abocada a generar confianza en los mercados digitales mejorando la protección de los consumidores en las plataformas en línea, en la intersección entre consumidor y género, y en la seguridad de los productos de consumo⁽²⁹⁾.

III.2. Las respuestas regionales: el caso europeo y los avances del Mercosur

En el ámbito regional resulta de gran valía la experiencia europea, que presenta especial liderazgo en el tema digital, y constituye un punto de referencia obligado.

Allí reconocemos tres recientes instrumentos que merecen destacarse:

a) La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, proclamada por el Parlamento, el Consejo y la Comisión, el 23 de enero de 2023, por la cual se postula una transformación digital centrada en las personas; la solidaridad y la inclusión; la libertad de elección; la participación en el espacio público digital; la seguridad, la protección y el empoderamiento, y la sostenibilidad⁽³⁰⁾.

b) El Reglamento de la Unión Europea 2022/2065, del 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales, por el que se modifica la Directiva

(26) Una interesante reconstrucción de la tutela internacional y supranacional de los consumidores puede verse en la valiosa obra de Sahián, José, *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores*, Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 75.

(27) Tambussi, Carlos E., “Juntos a la par: las normas sobre comercio electrónico en el nuevo Código y la proyectada ampliación de las Directrices de Naciones Unidas para la Defensa del Consumidor”, La Ley online AR/DOC/5077/2015; Mendieta, Ezequiel N., “Las directrices de las naciones unidas para la protección del consumidor y su influencia en el proyecto de código de defensa de las y los consumidores”, RDCO 305, 191; Hernández, Carlos A. - Blanco Muiño, Fernando, “Las ‘Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor’. Su influencia en Argentina”, inédito.

(28) Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/cicplpd4_es.pdf (consulta del 16 de agosto de 2023).

(29) Disponible en: <https://unctad.org/es/meeting/grupo-intergubernamental-de-expertos-en-derecho-y-politica-de-proteccion-del-consumidor-1> (consulta del 16 de agosto de 2023).

(30) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=C.ELEX:32023C0123\(01\)&qid=1684248405089](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=C.ELEX:32023C0123(01)&qid=1684248405089) (consulta del 16 de agosto de 2023).

2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales)⁽³¹⁾, en miras de armonizar plenamente las normas aplicables a los servicios intermediarios en el mercado interior con el objetivo de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza y abordar la difusión de contenidos ilícitos en línea y los riesgos para la sociedad que puede generar la difusión de desinformación u otros contenidos, sin desconocer el valor de la innovación. En ese contexto se establecen mayores responsabilidades para las plataformas en línea⁽³²⁾.

c) La Ley de Inteligencia Artificial que propone un Reglamento con normas armonizadas sobre la materia, cuyas enmiendas fueron aprobadas por el Parlamento Europeo el 14 de junio de 2023⁽³³⁾. Persigue como objetivo “... promover la adopción de una inteligencia artificial fiable y centrada en el ser humano y garantizar un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad, los derechos fundamentales, la democracia y el Estado de Derecho y del medio ambiente frente a los efectos nocivos de los sistemas de inteligencia artificial...”.

En el ámbito del Mercosur es de destacar la resolución del GMC 36/2019 sobre Principios de Protección del Consumidor del Mercosur⁽³⁴⁾, por la cual se enuncian los principios “de transparencia de los mercados” (art. 1, inc. 4), de “protección especial para consumidores en situación vulnerable y de desventaja” (art. 1, inc. 6) y de “equiparación de derechos” (art. 1, inc. 14), entre otros. Todos estos principios cobran un rol fundamental frente a la contratación electrónica y digital emergente de las tecnologías consolidadas y de las disruptivas.

III.3. El sistema interamericano y la protección del consumidor

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, que es el organismo regional más antiguo del mundo, se reconocen importantes aportes que enriquecen al Geoderecho del consumidor.

Dentro de su ámbito, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) adoptó la resolución AG/RES 2974 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos de fecha 11 de noviembre de 2021 y aprobó los Principios Actualizados sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales. Sobre ellos se ha dicho que “... reflejan las distintas aproximaciones que prevalecen en los Estados miembros sobre los temas centrales de la protección de los datos personales, entre ellos el consentimiento, las finalidades y medios para la captación y tratamiento de estos datos, el flujo transfronterizo y la seguridad de los datos personales, la protección especial a los datos sensibles, y el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición y portabilidad”⁽³⁵⁾. El con-

(31) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065> (consulta del 16 de agosto de 2023).

(32) Alpa, Guido, “Sobre el poder contractual de las plataformas digitales”, en Suplemento Internacionalización del Derecho 2022 (agosto), pág. 2 y ss.; y en La Ley 2022-E, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1930/2022. El artículo 6, párrafo 3 del mencionado Reglamento hace responsables a “... las plataformas en línea que permitan que los consumidores celebren contratos a distancia con comerciantes, cuando dicha plataforma en línea presente el elemento de información concreto, o haga posible de otro modo la transacción concreta de que se trate, de manera que pueda inducir a un consumidor medio a creer que esa información, o el producto o servicio que sea el objeto de la transacción, se proporcione por la propia plataforma en línea o por un destinatario del servicio que actúe bajo su autoridad o control”.

(33) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_ES.pdf (consulta del 16 de agosto de 2023).

(34) La misma se incorporó a nuestro ordenamiento por la resolución 310/2020 de la Secretaría de Comercio Interior y reconoce como antecedente al “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”. Este último se encuentra publicado en el diario La Ley del 17 de diciembre de 2018.

A partir de esa propuesta, y desde el año 2020, se han presentado distintas iniciativas de Proyectos de Código de Defensa del Consumidor que siguen este mismo sendero. Sobre la cuestión, puede verse a Hernández, Carlos A. - Japaze, María Belén - Ossola, Federico A. - Sozzo, Gonzalo - Stiglitz, Gabriel A., “Antecedentes y estado actual del proyecto de código de defensa del consumidor”, La Ley, 2020-A-939; Frustagli, Sandra A. - Vallespinos, Carlos G., “El proyecto de código de defensa del consumidor, en pleno debate parlamentario. Una obra de la comunidad académica nacional, con apoyo institucional y profesional”, La Ley, diario del 18/09/2020, pág. 1; Stiglitz, Gabriel A., “Código de defensa del consumidor. Novedades parlamentarias”, La Ley, diario del 06/10/2020, pág. 1; Hernández, Carlos A. - Japaze, María Belén - Ossola, Federico A. - Sozzo, Gonzalo - Stiglitz, Gabriel A., “Hacia el código de defensa del consumidor”, La Ley, diario del 15/03/2021, pág. 1 y ss., entre otros.

(35) Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/Publicacion_Proteccion_Datos_Personales_Principios_Actualizados_2021.pdf (consulta del 16 de agosto de 2023).

sentimiento para el tratamiento de los datos personales, su revocación por medios sencillos y la protección de las personas vulnerables, de modo especial las niñas, los niños y los adolescentes, son ejes cruciales para articular respuestas jurídicas eficaces⁽³⁶⁾.

Aunque en el sistema jurídico interamericano la Convención Americana de Derechos Humanos no contiene una mención expresa a la protección de los consumidores⁽³⁷⁾, lo cual se ha reflejado en la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los últimos años, advertimos un incipiente cambio, que va en línea con el interés universal por la afirmación de los derechos de los consumidores.

Así, en la causa “Vera Rojas y otros vs. Chile” –sentencia del 1 de octubre de 2021–, concerniente a una niña diagnosticada con el síndrome de Leigh y a quien se había interrumpido por parte de la empresa prestadora del seguro de salud el retiro del régimen de hospitalización domiciliaria, la Corte Interamericana sostuvo que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y que los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas, adoptando las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia⁽³⁸⁾.

También en el reciente precedente “Olivera Fuentes vs. Perú”, de fecha 4 de febrero de 2023, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ingresa, por vía del trato discriminatorio, a uno de los ejes principales de protección de los consumidores, como lo son las prácticas abusivas⁽³⁹⁾.

Asistimos así a antecedentes relevantes que auguran un nuevo tiempo histórico para la agenda de protección de los consumidores frente a ese Tribunal.

IV. La creciente conexión entre las respuestas jurídicas globales y las internas

La existencia de un Geoderecho del consumidor se proyecta sobre el Derecho interno en sus diferentes fuen-

(36) Martínez Calvo, Javier, “El consentimiento para el tratamiento de datos personales en internet: con referencia específica a los datos de personas vulnerables”; el autor recuerda: “El considerando 38 del Reglamento (UE) 2017/679 señala que los niños, merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de los datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño”, en Nieto Cruz, Alejandro (Coordinador), *Declaración de voluntad en entorno virtual*, op. cit., pág. 291; ver también a Mazzilli, Elisabetta, “El consentimiento a la cesión y tratamiento de datos personales en la red por parte de menores de edad y los sujetos discapacitados”, idem, pág. 301.

(37) Sahián, José, *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores*, ob. cit., pág. 84.

(38) Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf [consulta del 16 de agosto de 2023].

(39) Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_484_esp.pdf [consulta del 16 de agosto de 2023].

tes. Así, por ejemplo, en lo que concierne a las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, frecuentemente son consideradas por parte de nuestra doctrina⁽⁴⁰⁾ y jurisprudencia⁽⁴¹⁾. Incluso, informan el movimiento de codificación tanto de la legislación de fondo⁽⁴²⁾ como de las normas de implementación⁽⁴³⁾.

El Geoderecho del consumidor también jerarquiza el rol de los códigos de conducta de alcance universal, regional, o local⁽⁴⁴⁾, como nuevas manifestaciones de *soft law*, que se articulan con la responsabilidad social empresarial⁽⁴⁵⁾. Se ve en estos modelos mecanismos de mayor eficacia frente a la siempre insuficiente y fragmentaria regulación legal.

En definitiva, el Geoderecho del consumidor se constituye como un importante instrumento, a la vez que desafío, para encontrar nuevas y eficaces respuestas a la tutela de los derechos fundamentales y humanos de los consumidores en indetenible proceso de mundialización y revolución digital⁽⁴⁶⁾.

VOCES: DERECHO AMBIENTAL - RESPONSABILIDAD AMBIENTAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIONES - CONTRATOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - COMERCIO E INDUSTRIA - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - ECONOMÍA - RECURSOS NATURALES

(40) Ver nota 27.

(41) Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, “Telefónica de Argentina S.A. c/ Provincia de Mendoza”, 30 de abril de 2002, La Ley Online AR/JUR/1996/2002; Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, Sala civil y penal, “Elizalde, Juan Manuel y Giori, Natalia c/ Patsa Turismo S.R.L. s/ daños y perjuicios”, 28 de agosto de 2014, La Ley Noroeste, 2015 (marzo), pág. 146; Cámara Contencioso Administrativa de Paraná Nro. 1, “Asociación de Defensa de Consumidores Entrerrianos (ADECEN) s/ medida cautelar”, 13 de diciembre de 2016, La Ley Online AR/JUR/83093/2016, entre muchas otras.

(42) Ver párrafo segundo de la nota 34.

(43) El reciente “Anteproyecto: Código Provincial de Implementación de los Derechos de las Consumidoras y los Consumidores”, expresamente consigna en el punto 3 de sus fundamentos a las Directrices; ver Revista de Derecho del Consumidor - Número 12 - Mayo 2022; disponible en: https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=3f04bbfba32617776c7e51270a7cbd10#indice_3 [consulta del 16 de agosto de 2023].

(44) La Provincia de Santa Fe acaba de aprobar una “Guía de Buenas Prácticas Comerciales”, mediante el decreto 206 del 13 de abril de 2022.

(45) García Rubio, María Paz, “Responsabilidad social empresarial y autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del derecho”, Boletín del Ministerio de Justicia, Año 66, N° 2141, 2012, págs. 2 y ss.; y Rojo Gallego-Burín, Marina, “Blockchain y contratación”, en Cervilla Garzón, María Dolores - Blandino Garrido, María Amalia (Directoras), Nieto Cruz, Alejandro (Coordinador), *Declaración de voluntad en entorno virtual*, op. cit., pág. 433. Nuestra región no es ajena a estos debates. En tal sentido cabe recordar la interesante iniciativa presentada al Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor del Mercosur del “Manual de protección de datos”, a partir de una propuesta de la prestigiosa profesora brasileña Claudia Lima Marques y la doctora Cintia Rosa Pereira de Lima.

(46) Mota Schleicher, Jamila, “A hipervulnerabilidade do imigrante na sociedade de consumo”, en Catalán, Marcos (Organizador), *Direito e Consumo. Discussões contemporâneas*, Thoth Editora, Londrina/PR, pág. 35.

La “convencionalización” e “internacionalización” del acceso gratuito a justicia en la agenda para la implementación de la tutela a los consumidores

por JOSÉ SAHIÁN

Sumario: I. RETROSPECCIÓN CONSTITUCIONAL Y PROPENSIÓN CONVENCIONAL. – II. FUNDAMENTACIÓN PARA LA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS A LOS CONSUMIDORES. 1. APROXIMACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS DE “CONSUMIDOR”, “CIUDADANO” Y “PERSONA”. 2. PARALELISMO ENTRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y LOS AMBIENTALES. 3. LA DIGNIDAD COMO JUSTIFICATIVO DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. 4. TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS NO ENUMERADOS. 5. SOLAPAMIENTO DE DERECHOS. 6. NIVEL DE VIDA ADECUADO. – III. ACCESO A LA JUSTICIA. – IV. ACCESO GRATUITO A LA JUSTICIA DE LOS CONSUMIDORES. – V. LA INCIDENCIA DE SOLVENCIA. – VI. CONCLUSIÓN.

I. Retrospección constitucional y propensión convencional

En este trabajo nos proponemos satisfacer el tópico “Retrospectiva y prospectiva de la defensa del consumidor a 30 años de la ley 24.240” del XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor.

Una mirada hacia atrás nos habilita a sostener que el paradigma de “constitucionalización” de los derechos de los consumidores⁽¹⁾ (art. 42, CN, arts. 1098 y 1099, CCyC) se yergue como una batalla ganada.

La siguiente consolidación debe ser el empleo de estándares presentes en convenciones e instrumentos internacionales. Este proceso ya se encuentra en marcha⁽²⁾, con distintos matices, desde quienes directamente asimilan los derechos de los consumidores como especie de derechos humanos, hasta quienes sin admitir tal equiparación postulan la extrapolación de mecanismos del Derecho Internacional al Derecho del Consumidor. Este objetivo –“introspectivamente” en el Derecho del Consumidor– ya se consiente casi uniformemente. Así: Stiglitz, Caramelo⁽³⁾,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VITOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARZINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2017-949; *Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos*, por MACARENA BARICCO PRATS, ED, 278-833; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *Daños punitivos: la petición de parte y el estadio procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 287-753; *El daño punitivo y la “tolerancia cero”*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290-393; *Vulnerabilidad, ahorro y consumo: Hacia la acentuación de la cuantificación de los daños punitivos a través de la aplicación de la fórmula de Irigoyen Testa*, por MARTÍN TESTA, ED, 291-219; *Un acertado fallo que resguarda la libertad contractual del consumidor y limita las prácticas abusivas de las administradoras de planes de ahorro*, por DIEGO S. GONZÁLEZ VILA y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 295-973; *Críticas y propuestas para el sistema de planes de ahorro para la adquisición de automóviles en nuestro país*, por ADRIÁN BENGOLEA, ED, 295-1125. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Ver SAHIÁN, José H., “Dimensión Constitucional de la tutela a los consumidores”, *La Ley*, Buenos Aires, 2017. SAHIÁN, J., “Principios de Progresividad y No Regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, *Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 111, Cita Online: AR/DOC/596/2019; SAHIÁN, J., “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, *LA LEY* 2018-A, 545.

(2) Cfr. SAHIÁN, José H., “Los principios del derecho de los consumidores. Consideraciones generales y breve aproximación a la problemática de los usuarios en entornos digitales”, *RCCyC* 2022 (septiembre-octubre), 105. SAHIÁN, José H., “Principios generales de protección del consumidor en el proceso e interpretación de las normas”, *RDCO* 308, 04/05/2021, 21. SAHIÁN, José H., “Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores”, *LA LEY* 2018-A, 545. SAHIÁN, José H., “Principios de progresividad y no regresión en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, *Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 27/03/2019, 111.

(3) CAMELO, Gustavo, “La Constitucionalización de los derechos de los consumidores”, en Picasso y Vázquez Ferreyra –dirs.–, *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Buenos Aires, *La Ley*, t. III, 2011, pp. 43 y ss y 57.

Wlasic⁽⁴⁾, Tambussi, Torres Buteler⁽⁵⁾, Sobrino⁽⁶⁾, Gherisi⁽⁷⁾, Arias⁽⁸⁾, Vinti⁽⁹⁾, Lovece⁽¹⁰⁾, Chamatropulos⁽¹¹⁾, entre muchos otros. Con menor énfasis también jurisprudencialmente⁽¹²⁾. Extra micro sistémicamente hay pronunciamientos aislados⁽¹³⁾.

Pero una mirada rigurosa de “exterioridad” nos advierte que esta lógica requiere todavía de debates sólidos con otras disciplinas jurídicas. Dicho camino no ha logrado plasmarse de manera irreversible en ámbitos científicos foráneos al Derecho del Consumidor nacional, en la jurisprudencia de los Tribunales de Derechos Humanos, ni en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, y en ciertos sectores de la doctrina internacional, con la salvedad –paradójica– de investigaciones en el *Common Law* inglés (Sinai Deutch⁽¹⁴⁾, Jagielska y Jagielski⁽¹⁵⁾, Iris Benöhr⁽¹⁶⁾) y China⁽¹⁷⁾. En nuestras latitudes se ha afianzado una ligadura entre derechos humanos y de los consumidores, como era previsible en Brasil⁽¹⁸⁾.

En el ámbito internacional merece recalcar, precisamente en relación con la tutela efectiva, la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas del 22 de diciembre de 2015 (punto III.5). Pero aún no llega a concretarse en áreas estratégicas como los organismos de derechos humanos, como lo viene anotando Sozzo⁽¹⁹⁾.

Otro de los puntos cruciales en la agenda del Microsistema de Defensa del Consumidor es una discusión robusta sobre los modos de “implementación” de la tutela de los consumidores, y dentro de ésta las tutelas procesales diferenciadas, como manifestaciones de tutela efectiva.

Uniendo ambos ejes, que –entendemos– deben estar en la agenda inmediata del Derecho del Consumidor, la extra-

(4) WLASIC, Juan C., *Manual Crítico de Derechos Humanos*, Buenos Aires, *La Ley*, 2º ed. act., 2011, pp. 329-333.

(5) TORRES BUTELER, Eduardo, “La Protección del consumidor a la luz de los Tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina*, vol. 2, 2009, pp. 125 y ss, en <http://bibdigital.uccor.edu.ar/ojs/index.php/RFD/issue/view/201>.

(6) SOBRINO, Waldo A. R., “Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código”, *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 2015-A, pp. 1008 y ss.

(7) GHERSI, Carlos y otros, *Derecho y responsabilidades de las empresas y consumidores*, Buenos Aires, Ediciones Organización Mora Libros, 1994, pp. 22-23.

(8) ARIAS, María P., “Beneficio de justicia gratuita en las relaciones de consumo. Situación de los Tribunales Provinciales de la Ciudad de Rosario”, *La Ley Litoral*, Buenos Aires, *La Ley*, septiembre, 2015, pp. 815 y ss.

(9) VINTI, Ángela M., “Cuando el cliente no tiene la razón. A propósito de un fallo”, *La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, *La Ley*, febrero, 2015, pp. 60 y ss.

(10) LOVECE, Graciela I., “Las relaciones de consumo. La prevención, la seguridad y el riesgo empresario”, *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, diario del 04/08/2016, 2016, pp. 7 y ss.

(11) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Defensa del Consumidor”, en Chomer, Héctor y Sicoli Silvio, *Derecho Comercial*, Buenos Aires, *La Ley*, t. IV, 2015, pp. 294-295.

(12) Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, 28/11/2014, “Finanpro S.R.L. vs. García, Ramón s/Ejecutivo”.

(13) XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y XIV Congreso Argentino de Derecho Internacional.

(14) DEUTCH, Sinai, “Are Consumer Rights Human Rights?”, *Osgoode Hall Law Journal*, York University, vol. 32, num. 3, 1994, pp. 537-578.

(15) JAGIELSKA, Monika y JAGIELSKI, Mariusz, “Are consumers rights human rights?”, en Devenney, James y Kenny, Mel –eds.–, *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 343-344.

(16) BENÖHR, Iris, *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 48.

(17) GAN, Shaoping, “Essay: Consumer Rights: A Part Of Human Rights”, *Journal of International Business Ethics*, Beijing, Center for Applied Ethics - Chinese Academy of Social Sciences, vol. 1, num. 1, 2008, p. 18, en http://www.americanscholarspress.com/content/BusEth_Abstract/v1n108-art2.pdf.

(18) PASQUALOTTO, Adalberto, “Fundamentalidade e Efectividade de Defesa do Consumidor”, *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, HS Editora, núm. 9, octubre - diciembre, 2009, p. 68.

(19) SOZZO, Gonzalo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor (Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, pp. 142-143 y 145-148, en <http://unl.academia.edu/cosimogonzalosozzo>.

polación de herramientas del Derecho de los Derechos Humanos e Internacional deviene indispensable para una apropiada implementación de la tutela de los consumidores.

Para dotar de pragmatismo a estas reflexiones nos tendremos en un ítem concreto: el acceso gratuito a la justicia; pero antes, repasaremos los fundamentos dogmáticos que nos habilita a la propuesta extrapolación.

II. Fundamentación para la aplicación de principios de los derechos humanos a los consumidores

1. Aproximación entre los conceptos de “consumidor”, “ciudadano” y “persona”

Los consumidores no son un grupo separado de personas⁽²⁰⁾ en una sociedad de consumo. Los derechos de los consumidores se caracterizan por pertenecer a todas las personas⁽²¹⁾.

La noción de consumidor frente a una economía de mercado se aproxima a la figura del ciudadano en el constitucionalismo clásico⁽²²⁾. Pero ahora ya no es el Estado la única amenaza. Las empresas lo son en igual o mayor grado. Las *Digital Service Act* y *Market Service Act* de la UE dan cuenta de ello.

El *homo político* ha sido desplazado por el *homo consumens*⁽²³⁾.

Se ha producido un devenir de la concepción de ciudadano a la faceta de consumidor⁽²⁴⁾. En esta línea, BENJAMIN define al Derecho del Consumidor como “la disciplina jurídica de la ‘vida cotidiana’ del habitante de la sociedad de consumo”⁽²⁵⁾.

2. Paralelismo entre los derechos de los consumidores y los ambientales

Existe una intensa propensión en favor de que los derechos ambientales sean subsumidos en el tipo de los derechos humanos “económicos, sociales y culturales” (“DESCA”⁽²⁶⁾).

Y, a su turno, ambiente y consumo confluyen en lo que se designa “derechos de la sustentabilidad”, que se sintetiza, en el ODS 12: “Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles”. Crece así una propensión del Derecho del Consumidor hacia el “paradigma ambiental”, lo que ha forjado la expresión “consumo verde” o “ambientalización del Derecho del Consumidor”⁽²⁷⁾. En ese afán, el art. 1094 CCyC insta, como principio, el de “acceso al consumo sustentable”, tendiendo un explícito diálogo de fuentes con el Derecho Ambiental.

(20) FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, “Política y derecho del consumo: reflexiones teóricas y análisis normativo”, *Estudios sobre Consumo*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, núm. 34, 1995, p. 38.

(21) BARRAL, Inmaculada, “Los derechos de los consumidores y los límites del marco competencial en el estatuto de Cataluña de 2006”, en Castella Andreu J. y Grammond S. –coords.–, *Diversidad, Derechos Fundamentales y Federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, Barcelona, Atelier Libros, 2010, p. 131.

(22) En contra “GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Los Enemigos Ocultos de los Derechos Sociales –cinco creencias erróneas sobre los derechos humanos–”, Cuaderno Electrónico n° 5. Derechos Humanos y Democracia, 2009, p. 14, en www.portalfio.org/inicio/presentacion/cuaderno-electronico-n-5.html.

(23) BAUMAN, Zygmunt, “Exit Homo Politicus, Enter Homo Consumens”, en Soper, K. y Trentmann, F. –eds.–, *Citizenship and Consumption*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2008 pp. 139-153. También: SOPER, K. y TRENTMANN, F., “Introduction”, en Soper, K. y Trentmann, F. –eds.–, *Citizenship and Consumption*, Nueva York, Palgrave MacMillan, 2008, pp. 1 y ss.

(24) BARRÍA BAHAMONDES, Marcelo, “Ciudadanía, mercado y violencia estructural en el marco de la modernización del Estado: abandono y exclusión del ciudadano consumidor en Chile”, *Revista de Derechos Fundamentales*, Valparaíso, Universidad Viña del Mar, núm. 10, 2013, pp. 23 y 25. RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, “Fundamentos sociales y políticos en los derechos sociales de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 71, 1991, p. 178. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, “La sociedad de consumo: crítica rehabilitación ideológica”, *Estudios sobre Consumo*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo: Instituto Nacional del Consumo, núm. 59, 2001, p. 55.

(25) BENJAMIN, Antonio H., “El derecho del consumidor”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, t. II, 1993, p. 913.

(26) SANDOVAL TERÁN, Areli, *Comprendiendo los Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)*, México, DESCA Equipo Pueblo A.C., 2007, p. 8, nota al pie 3.

(27) SOZZO, Gonzalo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor (Sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, pp. 139-140 y 151, en <http://unl.academia.edu/cosimogonzalosozzo>. SOZZO, Gonzalo, “La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012”, *Revista de Derecho Privado*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, año II, núm. 4, 2013, p. 87.

En términos de la norma, hay constante reglamentación conjunta (arts. 41, 42 y 43 de la CN; arts. 37 y 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; arts. 97 y 98 del fallido intento de Constitución europea).

Ahora bien, a los derechos ambientales se les ha atribuido doctrinal⁽²⁸⁾ y jurisprudencialmente⁽²⁹⁾, con cierta facilidad, la garantía de progresión y no reversibilidad⁽³⁰⁾; en cambio, en el Derecho del Consumidor ha requerido mayores esfuerzos⁽³¹⁾, lo que exige proseguir con investigaciones como la presente.

3. La dignidad como justificativo de los derechos de los consumidores

Se han catalogado a los derechos de los consumidores como derechos humanos, a partir de que los primeros involucran precisamente diversas manifestaciones de la dignidad de la persona.

Los arts. 1097 y 1098 del CCyC dan cuenta de esa conexión. Y con base en el principio de discriminación positiva, la CIDH⁽³²⁾ ha asumido, de manera elíptica, una problemática de prácticas empresariales contra usuarios discriminados.

4. Teoría de los derechos humanos no enumerados

Los Tratados de Derechos Humanos sólo importan un estándar mínimo, que no implica negación de aquellos otros derechos que no se encuentran explícitamente consagrados (art. 29, CADH, art. 5, PIDESC y PIDCP); para nosotros los de los consumidores.

En el sistema europeo de derechos humanos no concurren reglas sobre derechos no enunciados, sin embargo, mediante una exégesis evolutiva se ha acogido excepcionalmente la posibilidad de contemplar derechos no enumerados⁽³³⁾. Mismo fin cumplió la idea de dignidad.

5. Solapamiento de derechos

El medio ambiente no se encuentra formalmente tutelado en el CEDH, no obstante lo cual el TEDH⁽³⁴⁾ demuestra sensibilidad al amparo de los derechos ambientales⁽³⁵⁾.

No se advierte argumento alguno, teórico o positivo, para evitar que tales conclusiones puedan ser también exportables al ámbito consumerista, en los supuestos en que se verifique una análoga y adecuada yuxtaposición.

Ciertamente, los derechos de los consumidores autónomamente percibidos, enunciados en las Leyes Fundamentales, se replican en varios de los Tratados de Derechos Humanos. A modo de ejemplo: “salud”⁽³⁶⁾; “trato digno”⁽³⁷⁾, tutela judicial efectiva⁽³⁸⁾, entre otros. Pero se destaca el derecho que analizaremos seguidamente.

6. Nivel de vida adecuado

El derecho a “un nivel de vida adecuado” (25.1 DUDH, 11 PIDESC, más elípticamente XI DADDH, 13 Carta Social europea) para la persona y su familia no puede

(28) PRIEUR, Michel, “Prólogo”, en Peña Chacón, Mario –dir.–, *El principio de no regresión ambiental en el derecho ambiental comparado* [Libro en línea], San José de Costa Rica, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2013, p. 10.

(29) Corte de Costa Rica, Sala Constitucional, voto 2012-13367 del 21 de setiembre del 2012.

(30) Esaín, José A.; citado en GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R., “Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine. Desafío ambiental del Siglo XXI”, *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. F, 2014, pp. 1199 y ss.

(31) Resolución 36/2019 Mercosur.

(32) “Olivera Fuentes Vs. Perú”, 04/02/2023 (C. 97).

(33) GROS ESPIELL, Héctor, “Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el art. 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 4, 2000, p. 168; quien cita a Gerard Cohen-Jonathan.

(34) Sentencia “Hatton I” del 02/10/2001.

(35) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La defensa cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Jurídico de La Rioja, Anales del Convenio Universidad de La Rioja - Parlamento de La Rioja*, núm. 10, 2005, p. 20.

(36) Arts. 3 y 25.1 de la DUDH, art. 12.1 del PIDESC y los arts. 1 y XI de la DADDH. La Carta Social europea avala el derecho a la salud en sus arts. 11 y 13. Mientras que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo asegura en el art. 35.

(37) En el art. 1 de la DUDH. De un modo más mediato también puede decirse que la educación (para el consumo) está garantizada en el art. 26 de la DUDH y en el 13 del PIDESC. A su vez, la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios puede extraerse de los arts. 22 del PIDCP, 22 de la DADDH y 16 de la CADH.

(38) Se garantiza en los arts. 8 de la DUDH, 14 del PIDCP, XVIII de la DADDH y en los arts. 8 y 25 de la CADH

sino concretarse a través del consumo, por lo que la satisfacción de dicha garantía requiere una suficiente tutela de los derechos de los consumidores.

III. Acceso a la justicia

La tutela efectiva debe reunir distintos caracteres: plazo razonablemente breve⁽³⁹⁾, eficacia⁽⁴⁰⁾, que el factor económico no actué como condicionante, entre otros. La remoción de obstáculos económicos conforma, entonces, un elemento dirimente para cumplir con la garantía *sub examen*.

Respecto de esto último, la Corte IDH en el caso “Cantos”⁽⁴¹⁾ se abocó a decidir si el monto que los tribunales argentinos le requerían al peticionario en carácter de tasa de justicia (3% del total del valor de la litis) resultaba compatible con los derechos consagrados en los arts. 8 y 25, CADH.

Lo descrito ha sido especialmente tenido presente, para el caso de los derechos sociales, por la Comisión IDH⁽⁴²⁾. Tal problemática también ha sido estudiada por el TJUE⁽⁴³⁾, el TEDH⁽⁴⁴⁾ y el TC español⁽⁴⁵⁾.

En la Agenda 2030 de Naciones Unidas, el Objetivo 16 trata: Promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas”, lo que se puede vincular con el ya aludido Objetivo 12: Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles; en la temática que nos incumbe.

IV. Acceso gratuito a la justicia de los consumidores

Hay una fundamentalidad⁽⁴⁶⁾ asegurada de la tutela efectiva (42.3, CN). También se observa en el derecho comparado: art. 51.1 de la Constitución española como principio rector, y como derecho fundamental en el art. 60 de la Constitución Portugal: “acceso a la justicia”. En los regímenes de nuestra región, en general, los sistemas han sido mucho más generosos con la “constitucionalización”; Vgr. la Constitución de Ecuador (art. 52 *in fine*). Y cuando no ha sido el constituyente, los supremos tribunales se han hecho cargo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú⁽⁴⁷⁾ y la Corte Constitucional colombiana⁽⁴⁸⁾.

En ese marco, en el art. 53 de la Ley 26.361 introdujo, como una tutela procesal diferenciada, el beneficio del consumidor a la justicia gratuita; que ciertamente ha sido estimada de raigambre constitucional por la doctrina⁽⁴⁹⁾ y la jurisprudencia desde hace tiempo⁽⁵⁰⁾. Así también se

concluyó en el XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor⁽⁵¹⁾. Incluso, en lo que nos importa, se ha cimentado en el principio *pro homine* de los derechos humanos⁽⁵²⁾.

Una originaria tacha de inconstitucionalidad, por supuesta subyugación de competencias tributarias provinciales⁽⁵³⁾, se replicó en varias provincias argentinas⁽⁵⁴⁾ (Córdoba⁽⁵⁵⁾, Santa Fe⁽⁵⁶⁾).

En cuanto al alcance, se polemizó enérgicamente⁽⁵⁷⁾, si solo exime de la tasa de justicia o gastos iniciales⁽⁵⁸⁾; o si, por el contrario, importa una franquicia hasta de la responsabilidad por las costas, inclusive, de los costos de las vías recursivas extraordinarias⁽⁵⁹⁾. El sector doctrinal mayoritario se alzó a favor de la tesis extensa. La CSJN la receptó especialmente en “ADDUC y otros c/ AySA SA” del 14/10/2021, en procesos colectivos.

V. La incidencia de solvencia

Las legislaciones y los proyectos de Código de Defensa de los Consumidores en debate parlamentario han tomado nota de la gratuidad, en dicho sentido extenso.

Ahora bien, la reglamentación sobre la posibilidad de cese del beneficio de justicia gratuito es disímil.

La Ley 24.240, en el art. 53, admite la posibilidad de incidente de solvencia. Asimismo, el art. 28 del Código de Implementación de Derechos de los Consumidores de San Juan.

El Código de la CABA también, pero con un efecto limitado, ya que el artículo 66 segundo párrafo regla: “En caso de consumidores o usuarios que actúen en interés propio, en reclamos superiores a un monto que exceda las (cien) 100 UMA, el demandado podrá acreditar por incidente separado y sin suspensión del trámite principal, que el/los actor/es dispone/n de recursos económicos suficientes para soportar los gastos del juicio, conforme se regula en el presente Código en lo relativo al incidente de solvencia. En ningún caso el incidente de solvencia que prospere importará la obligación del consumidor actor de abonar la tasa de justicia”. O sea, procede, pero solo en ciertos casos y con límites en el alcance.

En cambio, parecería que el Código Procesal de Tucumán habría asumido la más dilatada de las posturas, al no haber regulado el incidente de solvencia en el título donde se reglamenta el proceso de consumo⁽⁶⁰⁾.

A nuestro entender, la diferencia con el beneficio de litigar sin gastos, donde el incidente de solvencia se consiente, es notable; en tanto la antes llamada carta de pobreza solo se asienta en una vulnerabilidad económica coyuntural, depende de pedido de parte, es provisional; todas tipologías opuestas a la justicia gratuita de los consumidores.

La inconveniencia de la equiparación se ha explicitado en el mensaje de elevación del primer Proyecto de refor-

(39) “Furlan y Familiares vs. Argentina” (Sentencia del 31/08/2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 246). Ver QUADRI, Gabriel H., “Anticipación de tutela y derecho del consumo”, La Ley Buenos Aires, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 377 y ss.

(40) Ver Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios de consumo en el Mercado Único de 1993.

(41) Corte IDH, Sentencia del 28/11/2002, “Cantos vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 97.

(42) Informe de la Comisión IDH: “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 7 de septiembre de 2007.

(43) TJUE, Sentencia del 22/12/2010, “DEB”, asunto C-279/09.

(44) TEDH: (Sección 1a), Sentencia del 19/06/2001, “Kreuz c. Polonia” (TEDH 2001/398); (Sección 4a), Sentencia del 26/07/2005, “Kniat c. Polonia” (TEDH 2005/78); (Sección 2a), Sentencia del 28/11/2006, “Apóstol c. Georgia” (JUR 2006/267037); (Sección 5a), Sentencia del 24/09/2009, “Agromodel Ood c. Bulgaria” (JUR 2009/397642); (Sección 1a), Sentencia del 09/12/2010, “Urbanek c. Austria” (JUR 2010/401082).

(45) STC español: (Pleno), núm. 20/2012, de 16 de febrero; (Pleno), núm. 79/2012, de 17 de abril; (Pleno), núm. 85/2012, de 18 de abril; (Pleno), núm. 103/2012, de 9 de mayo; (Pleno), núm. 104/2012, de 10 de mayo; (Sala Primera), núm. 116/2012, de 4 de junio.

(46) Congreso de Derecho del Consumidor de Mar del Plata de 2017.

(47) Tribunal Constitucional de Perú, 23/02/2006, “Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real SRL”, f. 22; Tribunal Constitucional de Perú, Pleno, 15/06/2010, “Más de 5.000 ciudadanos”, f. 21.

(48) Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-909/12, expediente D-9075. Sin perjuicio de lo cual, el carácter programático de los derechos de los consumidores, puede extraerse de: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1141/00, del 30/08/2000, expediente D-2830. En similar tesitura Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-313/2013, del 23/05/2013, expte. D-9345.

(49) JUNYENT BAS, Francisco y FLORES, Fernando M., “La tutela constitucional del beneficio de gratuidad contenido en el art. 53 de la L.D.C.”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Buenos Aires, La Ley, año III, núm. 1, 2012, p. 68. AVELLANEDA, Mirta del C., “La justicia gratuita para consumidores y usuarios y su aplicación en la provincia de Salta”, La Ley Noroeste Argentino, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 699.

(50) Cámara de Apel. Civil, Comercial y Minería de General Roca, 20/11/2012, “Janavel, Andrés Orlando y otro c. Telefónica Móviles Argentina S.A. –Movistar– s/sumarísimo”, voto de Martínez.

(51) “Comisión N° 2 Medios alternativos y protección procesal del consumidor, conclusión 10; Mar del Plata, 3 y 4 de noviembre de 2017.

(52) REDONDO, María B., *Justicia comunitaria de las pequeñas causas de Santa Fe, en el marco del derecho de acceso a la justicia*, Rosario, Editorial Juris, 2014, p. 26. PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El Código Civil y Comercial y el federalismo”, La Ley, Buenos Aires, La Ley, t. C, 2015, pp. 662 y ss.

(53) DOGLIANI, Juan F. y FERNÁNDEZ ECHEN, Patricio J., “¿El beneficio de gratuidad previsto en la Ley de Defensa del Consumidor implica exención del pago de tributos locales?”, *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, diario del 04/07/2012, pp. 1 y ss.

(54) MEROI, Andrea, “Reglas y principios procesales en las relaciones de consumo”, en Stiglitz, Gabriel A. y Hernández, Carlos –dirs.–, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, t. IV, 2015, pp. 75 y ss.

(55) TSC, Sala Contencioso Administrativo, 18/02/2013, “First Trust of New York National Association c. Rojas del Giorgio de Alfei, Norma Mabel s/Ejecución hipotecaria - recurso directo”.

(56) Diversas Cámaras. Luego cambió de criterio por resolución del Superior Tribunal en “Salvato, Flavia Vanesa c/ Bgh S.A. –Daños y Perjuicios– S/ Recurso de Inconstitucionalidad (Concedido Cámara)” del 15/08/2017, por una excepción de arraigo.

(57) Vid. RITTO, Graciela B., “La justicia gratuita en la Ley de Defensa del Consumidor y la defensa del débil jurídico”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, t. VIII, 2013, pp. 167 y ss.

(58) CNCom., Salas C, E y F del fuero Nacional Comercial adhieren a la postura extensiva, pero las Salas A, B y D del mismo fuero comercial han emitido sentencias con el criterio restrictivo. Aunque la CN Comercial en Acuerdo Extraordinario “Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella S.A. s/ sumarísimo”, 21/12/2021 finalizó el debate de sus salas, con la postura amplia.

(59) CSJTuc., Sentencia n° 332 del 28/04/2014, “Romano María Gabriela y Otros vs. Sociedad Aguas del Tucumán s/Sumarísimo”.

(60) Cfr. arts. 481 y 487.

ma de Ley de Defensa del Consumidor, en debate parlamentario.

VI. Conclusión

Creemos que bajo ciertas argumentaciones constitucionales ya consolidadas (interpretación conforme el art. 42.3, CN); una renovada lógica convencional, con base en los principios de progresividad, complementariedad y tutela cruzada de derechos⁽⁶¹⁾; y el justificativo del principio protectorio precipitarían los estándares convencionales e internacionales al derecho de acceso gratuito de los consumidores, en tanto vulnerables estructurales. Esto llevaría a una inconventionalidad del art. 53, LDC, en cuanto admite la posibilidad del incidente de solvencia.

Por tanto, el subsiguiente mojón de evolución sería rechazar la posibilidad de que el beneficio de justicia gratuita se identifique con el beneficio de litigar sin gastos en este aspecto; lo que se potenciaría mediando hipervulnerabilidad⁽⁶²⁾, bajo la idea de interseccionalidad de vulnerabilidades.

(61) Del TEDH. Se llama también “por carambola” o *par ricochet*.

(62) Sobre el concepto, ver: FRUSTAGLI, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino”, Revista de Derecho del Consumidor, Buenos Aires, IJ Editores, núm. 1, noviembre, 2016, cita IJ-CCLI-396. FRUSTAGLI, Sandra A., “La tutela del consumidor hipervulnerable en el derecho argentino”, Revista de Derecho del Consumidor, Buenos Aires, IJ Editores, núm. 1, noviembre, 2016. 289. FRUSTAGLI, Sandra A. y HERNÁNDEZ, Carlos A., “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino”, La Ley, Buenos Aires, La Ley, t. E, 2011. Cfr. HERNÁNDEZ, C.; “Relación de

La gratuidad se ha acentuado en los instrumentos internacionales que tutelan personas en situación de vulnerabilidad. Así: el considerando 36 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y los ítems 25 y 26 de la OC 11/90 “excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b convención americana sobre derechos humanos”.

En síntesis, la extrapolación de principios del Derecho Internacional y Convencional, de aplicación a la especie conforme lo argumentado en el acápite II del presente, justificarían el progreso hacia la desestimación del incidente de solvencia en el marco del beneficio de justicia gratuita de los consumidores.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA - DERECHOS HUMANOS - DERECHO AMBIENTAL - ACCESO A LA JUSTICIA

consumo”, en Stiglitz, Gabriel A. y Hernández, Carlos –dirs.–, Tratado de Derecho del Consumidor, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, t. I, 2015, pp. 414-416. PUCCINELLI, O.; “Una mirada a los subconsumidores desde las normativas constitucionales, convencionales y legales (a propósito de la sanción del Código Civil y Comercial)”, en Arias, María P. - Urrutia, Liliana A. B. –coord.–, Protección jurídica de los subconsumidores, Rosario, Juris, 2017, p. 72.

Impulsar la transición ecológica: Una nueva directriz del Derecho del Consumidor

por GONZALO SOZZO

Sumario: INTRODUCCIÓN. – 1. LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA. EL CAMINO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA. – 2. EL DERECHO DE LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA. LA TRANSICIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ESTADO DE DERECHO ECOLÓGICO. CAMBIAR LOS MODOS DE VIDA. ¿CÓMO EL DERECHO INCIDE EN EL CAMBIO EN LOS MODOS DE VIDA? – 3. EL ROL CLAVE DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL CAMBIO EN LOS MODOS DE VIDA. – 4. CONTRIBUCIONES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR A LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA. 4.1. DESPERDICIOS Y DESECHOS COMO UN CAPÍTULO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. a. Disminuir la generación de desechos y desperdicios. b. Impulsar la reutilización y reciclado de productos. c. Minimizar el impacto de los desechos ya producidos. 4.2. EL ENFOQUE TRANSICIONISTA DE LA DURABILIDAD DEL PRODUCTO. LAS BIENES DE CONSUMO DURABLES. a. Introducir la falta de durabilidad del producto como un vicio de calidad por inadecuación. b. La publicidad relativa a la durabilidad del producto. c. Incorporar de manera expresa el deber de informar la vida útil del producto. d. Sancionar como publicidad abusiva a la que impulse estereotipos de consumo contrarios a la durabilidad del producto. e. Luchar contra la obsolescencia programada considerándola un vicio de calidad por inadecuación. f. Introducir un enfoque transicionista de las garantías post-venta. 4.3. AHORRO ENERGÉTICO. a. Implementar los certificados de eficiencia energética de inmuebles y productos. b. Incentivar conductas de consumo que colectiven el esfuerzo. c. Facilitar el acceso de las personas consumidoras a los servicios de performance energética. – REFLEXIÓN FINAL.

Introducción

Un breve recorrido por las regulaciones más recientes del Derecho del Consumidor comparado muestra que existe un incipiente pero creciente compromiso de esta rama del derecho con el impulso del cambio en los modos de vida de las sociedades humanas en un sentido más ecológico, es decir, con la transición ecológica.

La tesis central de este texto es que contribuir a producir la transición ecológica de las sociedades humanas asoma, según muestra el derecho comparado, como una nueva directriz del Derecho del Consumidor que requiere ser debidamente identificada y caracterizada para generar su consolidación.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VITOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARZINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2017-949; *Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos*, por MACARENA BARICCO PRATS, ED, 278-833; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *Daños punitivos: la petición de parte y el estado procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 287-753; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289-1500; *El daño punitivo y la "tolerancia cero"*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290-393; *Vulnerabilidad, ahorro y consumo: Hacia la acentuación de la cuantificación de los daños punitivos a través de la aplicación de la fórmula de Irigoyen Testa*, por MARTÍN TESTA, ED, 291-219; *Una nueva aplicación del principio precautorio en un fallo sobre la fumigación con agrotóxicos*, por DIEGO LO GIUDICE, *Derecho Ambiental y Sustentabilidad*, junio 2021 - Número 2; *El derecho del consumidor y el principio precautorio en el derecho argentino*, por LIDIA GARRIDO CORDOBERA, ED, 294; *La tutela de los derechos humanos en el ámbito del consumo. Para muestra, basta la "Publicidad 4.0"*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 295-1015; *Cuestiones de la publicidad no tradicional: influencers, "publnotas" y responsabilidad*, por WALTER F. KRIEGER, ED, 296-; *Los nuevos desafíos en la regulación de la publicidad*, por WALTER F. KRIEGER, ED, 298. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

1. La transición ecológica. El camino de la transición ecológica

La idea de transición significa pasar de un estado al otro, de un "lugar conocido a otro lugar menos conocido"⁽¹⁾ es decir, que invoca la idea de un pasaje, de un no lugar y al mismo tiempo de futuro, de un futuro incierto, de ir "más allá de"⁽²⁾, aunque sin saber a ciencia cierta cuál será el punto de arribo.

La transición ecológica es el paso de sociedades humanas con un modo de vida antropocéntrico a otras con modos de vida más centrados sobre la Tierra o, si se quiere, de un tipo de relacionamiento con el mundo natural a otro en razón de la imposibilidad material de seguir sosteniendo la vida social contemporánea⁽³⁾.

Así, es necesario, además de proteger los ecosistemas naturales, generar un proceso de pasaje del modo de vida que ha hecho de la era actual la "era del hombre" a un modo de organización societal que plantee otro tipo de relacionamiento, más deferente con los sistemas naturales.

En realidad, la transición ecológica se compone de las transiciones; hay una transición en la movilidad urbana, una transición energética, una transición alimentaria, distintas transiciones para poder construir una sociedad diferente, que tenga otra cosmovisión y otra relación con los sistemas naturales.

Estas transiciones deben ser articuladas en un ecosistema de transición ecológica. No es solo una idea, sino es algo que está en marcha. Así, las estructuras ministeriales de distintos países están cambiando, generando espacios institucionales de convergencia, a la vez que se está traduciendo en una nueva normatividad, en leyes de transición ecológica.

2. El derecho de la transición ecológica. La transición de los sistemas sociales y Estado de derecho ecológico

Los niveles de transformación a escala geológica que la humanidad ha producido en la Tierra, por ejemplo, habiendo transformado entre un tercio y la mitad de la superficie del planeta⁽⁴⁾, generando la acidificación de los océanos, constituyen cambios definitivos de los sistemas naturales y, por tanto, requieren una transformación correlativa de los modos de vida de las sociedades humanas a través de una transición ecológica.

Las sociedades humanas tienen una arquitectura jurídica que las sostiene. Por ello no cabe duda que una línea de desarrollo de contenidos del estado de derecho ecológico debe estar vinculada con la promoción de los cambios sociales necesarios para adaptar los modos de vida al estado actual de los sistemas naturales. En este sentido se ha señalado que el Derecho juega un rol central en producir esa transición, organizando el camino para poder pasar de un estadio al otro⁽⁵⁾.

Es por ello que el objetivo es generar un derecho mucho más orientado hacia las transiciones que deben ser implementadas y que un desafío central del estado ecológico de derecho en el Antropoceno sea promover la transición ecológica justa. No se trata que la tarea de diseñar la arquitectura jurídica de la transición ecológica sea asumida por tal o cual rama del derecho, por eso digo que debe ser un vector transversal inscripto en la idea misma de estado de derecho que, además de ecológico, debe ser transicionista.

(1) BOURG, Dominique, Alain KAUFMANN, Dominique MÉDA, «Introduction: vers quoi transitions-nous?», AA. VV., «L'âge de la transition», Institut Veblen, Les petits Matins, Paris, France, 2016. p. 7.

(2) CHABOT, Pascal, «L'âge des transitions», PUF, France, 2015, ps. 17-19.

(3) BOURG, Dominique, Alain Kaufmann, Dominique Méda, cit., p. 9.

(4) Shalanda H. BAKER, "Adaptive Law in the Anthropocene", 90 Chi.-Kent L. Rev. 563 (2015), Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/ccklawreview/vol90/iss2/7>, p. 566.

(5) VAN LANG, Agathe, 2018, "Droit et transition écologique", Collart Dutilleul, François, Valerie Pironon et Aghate Vang Lang, Dictionnaire Juridique des transitions écologiques", Institut Universitaire Varenne, Francia, 2018, ps. 300-308.

Cambiar los modos de vida

¿Cuál es la agenda del derecho para la transición ecológica? Centralmente avanzar en impulsar la transformación de los modos de vida, para acompañar las sociedades humanas con el estado de los sistemas naturales.

Esta transformación no puede operarse sin recurrir al campo legal. Es que los modos de vida suponen además de la existencia de un hábito, un cuadro institucional que lo entorna; dicho de otra manera, tienen un componente estructural e institucional.

Es justamente allí donde el Derecho Privado y del Consumidor, que regulan las acciones cotidianas de la vida de las sociedades humanas, aparecen como un campo de acción clave.

¿Cómo el Derecho incide en el cambio en los modos de vida?

Cambiar los modos de vida exige que el derecho despliegue dos tareas.

Por un lado, impulsar comportamientos sociales transicionistas como reciclar, reutilizar, regenerar, caminar, andar en bicicleta, consumir sustentablemente, producir sustentablemente, descontaminar. Y por otro, una serie de comportamientos negativos, estableciendo limitaciones a los derechos que pueden clasificarse en diferentes subtipos.

Un primer sub tipo de limitaciones en relación a los derechos se vincula con el carácter relativo de los derechos y el abuso del derecho⁽⁶⁾, así por ejemplo, (a) un propietario puede construir, plantar, pero no puede limitar el acceso al viento o al sol a su vecino de modo de impedirle el uso de dispositivos de energías renovables; (b) un propietario puede abandonar los desechos, pero no puede hacer *littering*; (c) no se puede ejercer la libertad de publicitar de manera abusiva, por ejemplo creando estereotipos del tipo de “úselo y tírelo”; (d) ni emplear la libertad contractual para establecer cláusulas abusivas en relación al ambiente, como la cesión de la obligación de descontaminar el inmueble al comprador.

El segundo subtipo de limitaciones en relación a los derechos consiste en establecer normativamente deberes que limitan el poder del titular del derecho derivados del objetivo de la transición ecológica y que hacen a su ejercicio regular: por ejemplo (a) el propietario debe admitir deberes derivados de normas internacionales que obligan a permitir el acceso de terceros al bien; (b) luego hay una serie de deberes de este tipo que limitan los derechos individuales que derivan de normas administrativas, entre ellos: el deber del vendedor de descontaminar el inmueble vendido, el deber del empresario de exigir la receta agronómica para vender productos sanitarios al productor, el deber para el desarrollador inmobiliario de prever una cuota de producción de energía renovable o una cierta cantidad de metros cuadrados para el estacionamiento de bicicletas, o el deber para los empresarios de contribuir a combatir la contaminación lumínica; (c) derivadas del derecho de fondo: el deber del empresario de informar los aspectos del bien que hacen a la transición ecológica, por ejemplo, la durabilidad, la vida útil o cómo disponer finalmente de las baterías usadas; (d) derivadas de normas constitucionales: la prohibición de contratar sobre los servicios ambientales, o las normas que prohíben la mercantilización de ciertos bienes como por ejemplo el agua potable.

3. El rol clave del Derecho del Consumidor en el cambio en los modos de vida

El Derecho Privado y el Derecho del Consumidor son sectores del Derecho que regulan las acciones cotidianas que los particulares pueden realizar en el seno de las sociedades humanas y las relaciones que pueden establecer.

Al regular las relaciones humanas en el espacio de la ciudad, el hogar, el mercado y la ruralidad que conforman el mundo social es claro que juegan un rol central si la agenda es cambiar los modos de vida.

El Derecho del Consumidor ha venido a efectuar un aporte no menor como regulación de la vida cotidiana de las sociedades humanas. Pero ¿por qué el lugar que ocupa el Derecho del Consumidor en llevar adelante la agenda de la transición ecológica es central? Porque el Derecho del Consumidor contribuye a generar una determinada

cultura de consumo, es decir, moldea cómo deben actuar las y los consumidores; en otras palabras, actúa sobre la manera en la que se comporta la demanda de bienes en los mercados globales. Por ello cambiar los modos de vida implica una disputa por construir un Derecho del Consumidor que abrace la perspectiva ecológica y climática y adopte el paradigma de la visión integral del ciclo de vida del producto y contribuya a impulsar modos de consumo en este sentido. Son varias las herramientas del Derecho del Consumidor que deberían ser rediseñadas a estos fines, como veremos enseguida.

4. Contribuciones del Derecho del Consumidor a la transición ecológica

4.1. Desperdicios y desechos como un capítulo del Derecho del Consumidor

El Derecho del Consumidor debe incorporar una visión más integral del ciclo de vida del producto y el desarrollo de una caja de herramientas acorde. La introducción de esta directriz conlleva hacerse cargo de la cuestión del tiempo del post-consumo y distribuir tareas y responsabilidades entre proveedores y consumidores en relación a ello. La idea incluye dos objetivos: actuar preventivamente para disminuir la generación de residuos y desperdicios futura, y atender a los residuos inevitablemente producidos para minimizar su impacto.

a) Disminuir la generación de desechos y desperdicios

Aquí pueden implementarse una serie de medidas preventivas: (a) instituir el circuito corto de alimentos, es decir, la obligación de comprar a productores de proximidad, lo que conduciría a reducir el desperdicio originado en la distribución; (b) eliminar o minimizar las normas estéticas existentes que conducen a su eliminación de productos antes de llegar a la góndola por razones insustanciales; (c) obligar al proveedor a ejecutar el contrato evitando generar desperdicios de materias primas, como hace el Código Civil de China; (d) educar a las personas consumidoras sobre la estética de los alimentos de origen natural; (e) instituir el llamado *doggy bag* como derecho del consumidor; (f) incluir la obsolescencia programada y las “necesidades impuestas” en los contenidos de la educación para el consumo (Ley N° 453 de Bolivia, 2013, art. 37); (g) obligar a las partes del contrato a ejecutar las obligaciones evitando el desperdicio de recursos naturales (art. 509 del Código Civil de China); (h) obligar a los proveedores a ahorrar en *packaging*, evitando sobre embalar los productos; (i) instituir la obligación post contractual del proveedor de reciclar los residuos de los productos.

b) Impulsar la reutilización y reciclado de productos

Dentro del espectro de medidas preventivas de la generación de desechos sin dudas el impulso de los mecanismos de reutilización y reciclado desde la perspectiva consumerista constituyen un factor clave.

La ley 24.240 (art. 11) introdujo en el Derecho Privado nuevos tipos de bienes de materiales: nuevos y usados⁽⁷⁾, “que presenten alguna deficiencia”, es decir, de “segunda selección” o que tienen alguna falla siempre que no lleve a impedir su comercialización –pues no afecta su seguridad–, y “reconstituidos”. En relación a estos últimos se estableció que cuando se realiza una oferta debe informarse de manera precisa y notoria que son reconstituidos. El objetivo es la prevención, poniendo sobre aviso a la persona consumidora acerca de que está adquiriendo un producto que es usado, que ha sido objeto de un proceso de reconstitución, que puede exponerlo a riesgos.

Este conjunto normativo aborda un tema vital para la transición ecológica que es la reutilización y el reciclado de productos y debería ser reenfocado desde esta perspectiva. En efecto, la norma, originaria de la ley fue aprobada en un contexto completamente diferente del actual, en que el cambio climático, la acción climática, la idea de economía circular, de Antropoceno y muchas otras que han cambiado el curso de las cosas, no habían sido aún desarrolladas. Es por ello que creo que la norma puede ser resignificada y reorientada en función de la transición ecológica y ser asumida como una regla legal de gran valor potencial valiéndonos de la función interpretativa del principio de consumo sustentable (art. 1094, CCC). Existen dos vías alternativas para ello: (a) podría entenderse

(6) Obviamente habrá sistemas jurídicos nacionales en los cuales algunas de estas situaciones hayan sido resueltas en normas positivas.

(7) Idea que también está presente en el art. 9, que constituye una particular aplicación del deber de información.

que cuando el artículo menciona las cosas reconstituidas y usadas, se está haciendo referencia al sentido que es más usual de la expresión, es decir, a los “bienes reciclados”; (b) podría recurrirse a la interpretación de la idea de cosas usadas para deducir la existencia de esta categoría de bienes reciclados, puesto que nadie niega que las cosas recicladas son una especie de bienes usados.

Incluso tal vez haya llegado el momento de reglamentarla o de dictar una resolución que la despliegue para incluir allí lo relativo a la promoción del reciclado. Esto no significa de ninguna manera desatender o abandonar la finalidad originaria del texto; siempre la existencia de niveles socialmente aceptables de seguridad para la persona consumidora debe ser considerada en primer lugar.

c) Minimizar el impacto de los desechos ya producidos

El segundo objetivo es procurar un mejor manejo de los desechos ya producidos. Se trata de una batería de medidas que busca ocuparse del problema del destino final de los productos usados –v.gr., la llamada basura electrónica–; las baterías usadas y los embalajes.

Aquí se han empleado varias acciones en distintos contextos normativos: (a) establecer el deber de los consumidores de no causar daños a la Madre Tierra por (...) residuo de productos o servicios” (Ley General de los derechos de las usuarias y los usuarios y de las consumidoras y los consumidores de Bolivia de 2013, art. 39, inc. c); (b) limitar –como hacen los códigos civiles recientes– el abandono en la naturaleza o *littering* –que era una libertad del propietario en los Códigos Civiles modernos–, señalando que el abandono no debería afectar la sustentabilidad ni el buen funcionamiento de los ecosistemas; (c) establecer como deber de los consumidores “cumplir con las normas sobre reciclaje y disposición de desechos de bienes consumidos” (Ley 1480, de Colombia de 2011, art. 3.2.3.); (d) obligar a los proveedores de productos elaborados a hacerse cargo del destino final de los desechos que producen sus productos o en que se transforman cuando termina su vida útil. Por ejemplo, la obligación de poner en funcionamiento dispositivos para que los productos o las baterías que utilizan sean dispuestos finalmente cuando no sirven más o de establecer sistemas de “logística inversa” de los embalajes⁽⁸⁾.

4.2. *El enfoque transicionista de la durabilidad del producto. Los bienes de consumo durables*

La dogmática consumerista ha creado una categoría específica de bienes para abordar la problemática de productos como los electrodomésticos y automóviles a la que se ha denominado bienes muebles de consumo durables. Para el Derecho del Consumidor este grupo de cosas deberían durar un cierto tiempo, lo cual forma parte de las expectativas legítimas de las y los consumidores. Esta categoría de bienes, que ya tiene base legal, es un excelente punto de partida para desplegar la directriz transicionista. Por supuesto que ello exige redireccionar los objetivos que impulsaron su creación, pues no se trata de asegurar al consumidor cierta durabilidad porque ello le permite satisfacer sus necesidades sino porque si los productos duran más tiempo, el recambio se ralentiza y, en definitiva, contribuimos a la transición ecológica.

Existe algunas herramientas que podrían profundizarse para acentuar el rumbo hacia la transición:

a) Introducir la falta de durabilidad del producto como un vicio de calidad por inadecuación

Sería deseable que la falta de duración de los productos durables, estuviera identificada claramente como un vicio de calidad por inadecuación, con lo cual debería dar lugar al funcionamiento de la garantía post-venta y –opcionalmente– a la posibilidad de resolver el contrato. En este sentido avanzan los Proyectos de Códigos de Defensa del Consumidor de los bloques mayoritarios presentados en 2020 y 2022 en el Congreso de la Nación que establecen entre los “vicios de calidad por inadecuación” que el producto “No tenga cierta calidad o funcionalidad durante un tiempo determinado o exista obsolescencia programada”.

b) La publicidad relativa a la durabilidad del producto

Un recurso para instalar un enfoque transicionista de la durabilidad de los productos es considerar a la publicidad

que induzca a error o confusión sobre la “d) ...durabilidad” (...) o “vida útil del bien” (Ley 37.930, 2004 de Venezuela, art. 62). En el mismo sentido la ley de protección de los derechos de los consumidores de Chile (n° 19496 de 1997 modificada por la ley 20.720 en 2014) establece en su art. 28 inc. f que “se considera publicidad engañosa a aquella que induce a error sobre “su condición de no producir daño al medioambiente (...) y de ser reciclable o reutilizable”. En Argentina hasta el momento no existen normas equivalentes. Sin embargo, es perfectamente posible redireccionar el deber de información (art. 1100, CCC) y la regulación de la publicidad engañosa en esa dirección (art. 1101, CCC).

c) Incorporar de manera expresa el deber de informar la vida útil del producto

En Argentina, como ha explicado Lorena Bianchi, existieron proyectos legislativos orientados a introducir entre los contenidos específicos del deber de información a las personas consumidoras, lo relativo a la vida útil del producto. El objetivo era combatir la obsolescencia programada, permitiendo así que el consumidor ejerza mejor su derecho a la libertad de elección en el mercado (art. 42, Constitución Nacional) y generando una competencia al respecto entre los proveedores⁽⁹⁾.

Coincido con Lorena BIANCHI en que, si bien la existencia de una norma expresa en este sentido es sin dudas útil, a la misma idea puede llegarse mediante la interpretación a favor del consumo sustentable del art. 1094 del Código Civil y Comercial (en adelante CCC), cuando se interprete el art. 1100 del mismo Código⁽¹⁰⁾.

d) Sancionar como publicidad abusiva a la que impulse estereotipos de consumo contrarios a la durabilidad del producto

La interpretación del art. 1101, inc. c), del CCC, conforme el principio del consumo sustentable y sus fuentes regionales,⁽¹¹⁾ permite sostener que la expresión “publicidad abusiva” que comprende en general las que constituyen un ejercicio abusivo relativo a la libertad de publicar, incluye el uso que se haga de esa libertad contrariando el mandato constitucional de proteger los ecosistemas, por ejemplo, generando estereotipos de conducta contrarios a la maximización de la durabilidad de los productos tales como el *fast fashion*.

e) Luchar contra la obsolescencia programada considerándola un vicio de calidad por inadecuación

Los Proyectos de Códigos de Defensa del Consumidor de los bloques mayoritarios presentados en 2020 y 2022 en el Congreso de la Nación consideran como un vicio de calidad por inadecuación la falta de duración del producto por obsolescencia programada. En efecto, al regular las diferentes hipótesis en las que existe un vicio de calidad por inadecuación figura cuando “2. No tengan cierta calidad o funcionalidad durante un tiempo determinado o exista obsolescencia programada”. El inciso introduce dos reglas: primero, la falta de calidad en el bien y segundo haber empleado como práctica la obsolescencia programada y, como explica la doctrina, ambas refieren a la “inadecuación por falta de durabilidad”⁽¹²⁾. Este tópico no encuentra una solución expresa en el derecho vigente en Argentina; sin embargo, puede recurrirse al “valor dogmático del derecho proyectado” lo que habilita a emplear las normas proyectadas como doctrina.

f) Introducir un enfoque transicionista de las garantías post-venta

La directriz de la transición ecológica exige dar la regulación de las garantías post-venta de los productos durables un nuevo objetivo que es profundizar la cultura de la durabilidad de los productos para favorecer la transi-

(9) LIBAERT, Thierry, *Déprogrammer l'obsolescence*, Les petits matins, Francia, 2017, p. 75.

(10) BIANCHI Lorena, “La influencia del principio del consumo sustentable en el combate de la obsolescencia programada, la garantía de los “productos durables” y el derecho a la información de los consumidores en Argentina”, en Revista de Derecho Privado, n° 34, enero-junio de 2018, ps. 295-296.

(11) El Código de Defensa del Consumidor de Brasil (1990), art. 6.IV y 37 2 párrafo, y Ley 1334 de defensa del consumidor de Paraguay (1998), art. 37.

(12) ZETNER, Diego, “El régimen de garantías en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en AA. VV., Santarelli, Fulvio - Chamatropulos, Alejandro D., *Comentarios al anteproyecto de ley de defensa del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2019, p. 384.

(8) DEBINNER, Falvia, *Sociedade de hiperconsumo*, Planeta verde, Brasil, 2015.

ción ecológica. La introducción de este nuevo objetivo exige revisar la regulación generando algunos cambios:

a) Generar servicios de reparación más prolongados. Los Proyectos de Códigos de Defensa del Consumidor de los bloques mayoritarios presentados en 2020 y 2022 en el Congreso de la Nación duplican los plazos de la garantía gratuita de reparación respecto de los vigentes. Esta ampliación no sólo beneficia a la persona consumidora sino que también contribuye a impulsar la transición ecológica, pues la existencia de servicios de reparación gratuitos más extensos, constituyen un fuerte incentivo para que el consumidor conserve el producto y no busque descartarlo para adquirir otro. Lo deseable sería que además se establecieran legalmente incentivos para que las empresas organicen estos servicios prolongados y que contribuyan a instalar la durabilidad *a vie* de un producto como un valor.

b) Obligar al suministro de partes y repuestos durante toda la vida útil del producto. La norma equivalente al actual art. 12 de la ley 24.240 incluida en los Proyectos de Códigos de Defensa del Consumidor de los bloques mayoritarios presentados en 2020 y 2022 en el Congreso de la Nación introduce la idea de que el proveedor debe garantizar la disponibilidad de las partes y repuestos durante la duración de la vida útil del producto. Es una regla que va en la dirección de la transición ecológica pues procura junto con los servicios de reparación más extensos extender la durabilidad de los productos, evitando la necesidad de reemplazarlos por otro nuevo y de combate contra la versión de la obsolescencia programada consistente en transformar al producto en obsoleto por falta de repuestos. En esta línea en Francia la ley 2020-105 del 10 de febrero de 2020 de lucha contra el desperdicio y por la economía circular establece la obligación de fabricantes e importadores de garantizar la provisión de repuestos y piezas separadas durante la comercialización del producto y por un período de 5 años a contar desde la fecha de comercialización del último producto (C. Consommation art. 111-4).

c) Habilitar el uso de piezas usadas y reacondicionadas seguras. En Francia la ley 2020-105 también establece la obligación de los proveedores de servicios de reparación de electrodomésticos, productos electrónicos, informáticos, de telefonía móvil, pantallas y monitores, de realizar una oferta de piezas separadas y repuestos provenientes de la economía circular. En Argentina, el Decreto Reglamentario de la Ley 24.240 (Decreto n° 1798/94) autoriza la utilización de piezas usadas cuando no existan en el mercado nacional piezas nuevas. Más allá de los problemas de importación o exportación que pudieron haber estado en la base de la regla legal, la idea de emplear elementos usados reacondicionados seguros va en la dirección de la transición ecológica. Lo deseable sería que la norma fuera revisada para incorporar expresamente las piezas provenientes de la economía circular, siempre dejando a salvo la garantía de seguridad del producto. En el mismo sentido la Autoridad de Aplicación nacional o provinciales pueden tomar esta iniciativa a través de resoluciones dictadas al respecto.

d) Generar un índice de reparabilidad del producto para informar al consumidor sobre la viabilidad de la reparación. En Francia la ley n° 2020-105 puso en funcionamiento un índice de reparabilidad a partir de 2021 que clasifica los productos electrónicos y electrodomésticos en cinco categorías: lavarropas, ordenadores portátiles, smartphones, televisores y cortadoras de césped eléctricas. Este índice permite a las personas consumidoras conocer si el producto que desea adquirir es reparable o no, y en su caso con qué nivel de dificultad lo es. La nota (consistente en una puntuación de 1 a 10) que tiene el producto es informada a las y los consumidores en una etiqueta en el embalaje del producto y en las páginas webs de venta *online* en un recuadro al costado del precio. La implementación del índice de reparabilidad deberá dar lugar progresivamente a la conformación de un segundo índice, un índice de durabilidad de los productos que entrará en vigencia a partir del 01 de enero de 2024.

Como agudamente se ha señalado, se trata de un “derecho incitativo” que persigue cambiar los modos de vida a partir de una actitud proactiva del consumidor en este sentido, lo que ha sido criticado al no haberse dado aún el caso de transformar la calidad de los bienes de consumo ambiental a partir de un conjunto de reglas prescriptivas que impongan a los fabricantes e importadores, como un

aspecto de la calidad del producto, su eco compatibilidad.⁽¹³⁾ Esta observación crítica que comparto va en la dirección de lo que, inspirados en los estudios sobre la gubernamentalidad hemos señalado en varias ocasiones acerca del riesgo de reindividualización del sujeto y la sobrecarga en las espaldas del consumidor que produce el recurso permanente a la creación de deberes de información hacia el consumidor.

4.3. Ahorro energético

Usualmente las regulaciones del Derecho del Consumidor no se ocupan de la cuestión del consumo de energía, salvo como servicio público. Desde una perspectiva que procure profundizar la transición ecológica este enfoque debería cambiar pues la transición energética y en particular el ahorro de energía es un capítulo muy relevante.

Existe una caja de herramientas que busca impulsar la conducta de las personas consumidoras en la dirección del ahorro de energía en los productos que se vinculan directamente con el Derecho del Consumidor aunque no suele ponérselas en relación:

a) Implementar los certificados de eficiencia energética de inmuebles y productos

La existencia de certificaciones de eficiencia energética es clave para un consumo transicionista. La certificación de la eficiencia energética no solo de productos electrodomésticos y de iluminación (Res. Secretaría de Industria y Comercio, 319/99), sino también de inmuebles (ley 27.520, art. 24 inc. h; art. 16 ley 14019, Provincia de Santa Fe y ley 13.903, Provincia de Santa Fe), son claves para la transición energética y para generar un consumo que considere como elemento clave el factor del consumo energético. Observado desde la perspectiva del Derecho del consumidor se trata de la imposición de nuevos contenidos al deber de información que versan sobre el consumo de energía.

b) Incentivar conductas de consumo que colectivicen el esfuerzo

Futuras normas que incentiven a los consumidores adoptar comportamientos de consumo energético colectivizando el esfuerzo serían deseables. En esta línea podrían regularse iniciativas que ya existen tales como el *carpool* –uso compartido de vehículos automotor–, la instalación de biodigestores en los “pulmones de manzana” o de paneles solares compartidos entre varios inmuebles. Normas consumeristas que incentiven cualquiera de estas herramientas pueden contribuir a mejorar la distribución de los costos y riesgos entre los consumidores, y por tanto, contribuir a impulsar estas conductas transicionistas.

c) Facilitar el acceso de las personas consumidoras a los servicios de performance energética

Lograr un mayor ahorro de energía refaccionando un inmueble requiere que la persona consumidora se vea protegida por una batería de normas que le garanticen que la decisión que toma es correcta, en el sentido que la relación de los resultados a obtener con los costos que van a pagar es adecuada.

El problema principal se encuentra en la ausencia de regulación del mercado de servicios de eficiencia energética y de los contratos de performance energética. En Argentina este contrato no tiene regulación específica; se rige por las reglas del CCC relativas a la locación de servicios en sentido amplio y del contrato de obras en sentido estricto, a lo que se suman las normas que rigen los contratos de consumo tanto en el CCC y la ley 24.240. Ello es así puesto que este contrato es el que se celebra entre una empresa de servicios de performance energética y el propietario de un inmueble con la finalidad de hacer que funcione de manera más eficiente energéticamente y tiene por objeto una obra intelectual y, en ciertos casos, material sobre el inmueble –por ejemplo, aislarlo mejor, cambiar el sistema de calefacción que tiene por otro más eficiente, cambiar los sistemas de aberturas–. La empresa de servicios energéticos lo que hace es idear una obra material que permitirá lograr como resultado una mayor eficiencia energética edilicia. En una palabra, el hacer de la empresa se dirige a obtener una cierta disminución del consumo energético futuro del inmueble y es lo que garantiza.

(13) HAUTEREAU-BOUTONNET, Mathilde, *Le code civil, un code pour l'environnement*, Dalloz, Francia, 2021, ps. 77-81.

El problema aquí es que los costos de transacción y la incertidumbre para las personas consumidoras son muy altos. Se requiere de un apoyo institucional a las personas consumidoras con el objetivo de reducir los márgenes de error e incertidumbre. En definitiva, establecer normas que regulen la transparencia del mercado de servicios de performance energética y que balicen y auditen técnicamente los contratos para dar seguridad a las personas humanas con vocación transicionista el clave.

Reflexión final

Los datos que surgen de la realidad normativa del Derecho del Consumidor comparado permiten afirmar la existencia de un paradigma emergente: impulsar la transición ecológica de las sociedades humanas.

He procurado identificar el perfil de esta directriz emergente y construir una primera sistematización de la caja de herramientas que emplea.

El objetivo es, como señalé al comienzo, convencido de la imperiosa necesidad de este enfoque, contribuir a su desarrollo futuro, promoviendo no solo reformas normativas en este sentido, sino incentivando a abogados y abogadas, jueces y juezas a realizar interpretaciones evolutivas con los instrumentos existentes que den acogida a la idea.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS HUMANOS - DERECHO AMBIENTAL - ACCESO A LA JUSTICIA - RESPONSABILIDAD AMBIENTAL - DEBER DE INFORMACIÓN - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - PUBLICIDAD - RECURSOS NATURALES - CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

La sofisticación como el gran desafío del Derecho del Consumidor en prospectiva

por MARÍA PAULA ARIAS^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA SOFISTICACIÓN COMO EL GRAN DESAFÍO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. A) EL CONSTANTE CRECIMIENTO DE LA TECNOLOGÍA. B) LOS ABUSOS Y LAS DESVIACIONES COMO MODO PREPONDERANTE DE BURLAR EL PLEXO CONSUMERIL. C) EL IMPACTO AMBIENTAL DE LA SOFISTICACIÓN. – III. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

A 30 años de la entrada en vigencia de la ley 24.240 resulta imperioso mirar hacia el pasado, es decir, en retrospectiva a los fines de reflexionar y analizar el camino recorrido y poder determinar qué salió bien y qué necesita ajustes o ser modificado para lograr mejoras en un futuro.

Por su parte, la visión en prospectiva nos posiciona en el presente reconociendo lo que está ocurriendo en la realidad, pero a través de la movilización de capacidades sociales –técnicas, cognitivas e institucionales–, construir un futuro deseado. Así, se deben identificar los posibles elementos y factores tanto de ruptura como de continuidad. En breve, requiere disponer de las formas de organización y de acción necesarias para su consecución⁽¹⁾.

Bajo estas coordenadas, uno de los tantos desafíos que nos presenta el Derecho del Consumidor actual se encuentra signado por la sofisticación. El Diccionario de la Real Academia Española define al término “*sofisticación*” como acción y efecto de sofisticar. Por su parte, la palabra “*sofisticado*” en su primera acepción se refiere a aquello falto de naturalidad, afectadamente refinado, y en su tercera acepción hace referencia a un sistema o mecanismo complejo o avanzado. Ambas acepciones aportan contenido al sentido que se otorga al término en el presente trabajo.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Comercio electrónico y relaciones de consumo*, por EMILIANO CARLOS LAMANNA GUIÑAZÚ, ED, 225-989; *Estafa por medios electrónicos. Análisis del art. 173, inc. 16 (ley 26.388). Crítica. Manipulación informática. Estafas cometidas vía Internet*, por GUSTAVO JUAN VANINETTI y HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 223-776; *Responsabilidad civil en internet: avance de las nuevas tecnologías de la información y asignaturas pendientes del sistema jurídico*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 261-860; *Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino*, por JOHN GROVER DORADO (H.), ED, 270-641; *Régimen jurídico de un sitio web. Identificación. Contenidos. Responsabilidades civiles derivadas de internet*, por HORACIO FERNÁNDEZ DELPECH, ED, 273-799; *Luces y sombras en un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la responsabilidad civil de los buscadores de internet*, por GUSTAVO ARIEL ATTA, ED, 275-521; *El carácter de la responsabilidad del operador de sitio de e-commerce*, por RITA CASTIGLIONI y NICOLÁS MOFFAT, ED, 278; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los “e-consumers”?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTI, ED, 296. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor y del Usuario y de Derecho de los Contratos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigadora Docente Categoría 3 del Programa de Incentivos. Presidenta del Instituto de Protección Jurídica del Consumidor del Colegio de Abogados de Rosario. Magíster en Derecho Privado graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Miembro del Instituto Argentino de Defensa del Consumidor. Presidenta de la Asociación Civil para la Educación y Protección del Consumidor (APRECO).

(1) <https://biblioguias.cepal.org/ProspectivayDesarrollo/Prospectiva>.

II. La sofisticación como el gran desafío del Derecho del Consumidor

La sofisticación que impacta de lleno en el Derecho del Consumidor y constituye su gran desafío, pueda darse desde diversas perspectivas.

a) El constante crecimiento de la tecnología

Desde una primera perspectiva, la sofisticación cada vez mayor que presenta la tecnología por su complejidad y avance se expande en la realidad social y termina por impactar en los problemas que se susciten como las soluciones que frente a ellos debe brindar el Derecho del Consumidor.

Evidentemente, nos encontramos ante a una verdadera revolución digital que ha atravesado la realidad material de todos. Las “tecnologías de la información y la comunicación” se han incorporado a la vida diaria de los consumidores y sus grupos familiares y sociales, por ser una herramienta básica que permite el acceso a otros bienes y servicios, incluso también al ejercicio de derechos⁽²⁾.

La vorágine del crecimiento tecnológico resulta imparable. Lo que ayer era una novedad hoy es algo propio del pasado. Esta aceleración implica que el conocimiento pleno de las nuevas tecnologías esté al alcance de unos pocos enfrentándonos a desafíos inéditos, que generan el denominado analfabetismo digital. Por ello, se postula que el consumidor digital reviste generalmente el carácter de hipervulnerable. Ello es así porque a las asimetrías tradicionales en la relación de consumo se suma una muy acrecentada desigualdad tecnológica, ya que en el medio virtual la diferencia cognoscitiva respecto del medio empleado es absoluta. La tecnología es cada vez más compleja, aunque se presente de modo simplificado frente al usuario, ocultando una gran cantidad de aspectos que permanecen en la esfera de control del proveedor⁽³⁾. En consecuencia, puede afirmarse que la tecnología incrementa la vulnerabilidad de los consumidores y, por ende, el principio protectorio debe manifestarse con toda su potencia⁽⁴⁾.

Bajo estas directrices, el consumidor digital posee una protección acentuada tanto en la LDC como en el CCyC. En este sentido, se le reconoce al consumidor que contrata por medios electrónicos el derecho de arrepentimiento entre otros derechos que no posee el consumidor presencial.

Sin embargo, esa tutela normativa diferenciada del consumidor digital no es suficiente y se debe recurrir a construcciones jurídicas más artesanales para dar solución a las complejidades que nos presenta día a día el entorno digital.

De este modo, la constante celebración de contratos por medios electrónicos trajo consigo la cada vez más frecuente comisión de ciberdelitos que en el marco de ciertas relaciones de consumo ha ocasionado múltiples daños a los consumidores. Por supuesto que la normativa vigente no proporciona una solución directa y lineal para esta problemática.

Por el contrario, los operadores del derecho deben realizar construcciones jurídicas con una mirada desde la realidad hacia el derecho sirviendo de puente o nexo los principios generales y el diálogo de fuentes. Así, generalmente en el caso de los ciberdelitos y más precisamente las estafas bancarias cuando el usuario proporciona los datos o claves de acceso, se debe hacer un análisis desde un prisma especial. En este sentido, el hecho de la víctima o el hecho del tercero por el cual la entidad bancaria no debería –en principio– responder, se desdibujan frente

(2) ARIAS, María Paula, Los consumidores hipervulnerables frente a los entornos digitales desde una perspectiva constitucional, JA, 24/02/23, pág. 8.

(3) LORENZETTI, Ricardo L., “Comercio electrónico”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 221.

(4) Idem, pág. 49.

al incumplimiento previo del banco de su obligación de seguridad y la circunstancia de considerar dicha actividad como riesgosa y colocada en el mercado en beneficio del proveedor. En esta línea, las construcciones que se fueron delineando por la jurisprudencia y la doctrina⁽⁵⁾ tienden a acentuar la obligación de seguridad de la entidad bancaria y achicar el ámbito de aplicación de las eximentes de responsabilidad, casi reduciéndolas al casus.

Otra manifestación de la sofisticación de la tecnología está dada por la inteligencia artificial. En esta línea, se puede mencionar el “ChatGPT” como uno de los ejemplos más disruptivos de ella. Así, los contenidos producidos por los “chatbots” que parecen veraces y fiables son a menudo incorrectos y pueden inducir a error a los consumidores y dar lugar a publicidad engañosa. Los consumidores más jóvenes y los niños son más vulnerables a estos riesgos. En consecuencia, un desafío es investigar los riesgos que estos sistemas de inteligencia artificial suponen para los consumidores, identificar su presencia en los mercados de consumo y estudiar qué medidas correctoras deben adoptarse para evitar daños a consumidores⁽⁶⁾.

La tecnología ya se está utilizando para generar textos publicitarios, crear fotos y modelos sintéticos y como parte de trucos de marketing. Esto puede tener efectos adversos en las personas consumidoras, particularmente al hacer que sea más fácil y eficiente poder manipularlas mediante la creación de publicidad personalizada y/o conversacional⁽⁷⁾.

En este orden de ideas, la normativa sobre publicidad comercial puede dar una respuesta, sin embargo, nunca será completa porque, por ejemplo, el caso que analizamos tiene un legitimado pasivo difuso no tan fácil de individualizar. Por ello, se requieren construcciones jurídicas que brinden respuestas eficientes para esta problemática, echando mano de la normativa vigente específica pero también otorgando completa operatividad a los principios generales que indican un norte a seguir, que limitan el ejercicio irregular de derechos y que integran lagunas normativas.

b) Los abusos y las desviaciones como modo preponderante de burlar el plexo consumeril

En segundo lugar, se ha refinado el modo de incumplir el plexo normativo consumeril. Es decir, muchas veces no pueden identificarse fácilmente las ilicitudes. De este modo, han adquirido protagonismo los abusos y las desviaciones que se emplazan en las fronteras de la legalidad, generando un esfuerzo potenciado para su individualización y luego su rectificación o sanción.

El ejercicio antifuncional o abusivo de derechos es una especie de ilícito, que se presenta cuando el sujeto ha excedido los límites de su propio derecho. Los operadores del derecho –primero los abogados y luego los jueces–, en razón de su tarea que los ponen a diario en contacto con los aspectos patológicos del funcionamiento social, son los primeros en advertir el inadecuado uso que se da al dispositivo legal, y –con las armas que le brinda la teoría del abuso– deben procurar poner un correctivo. De este modo, si las prácticas desleales se multiplican, habrá llegado el momento de que intervenga el legislador para consagrar nuevas fórmulas que atiendan adecuadamente a los problemas que se plantean, y en esa oportunidad le serán útiles todos los precedentes judiciales, que aportarán un cúmulo de experiencias que deberán ser tomadas en consideración por el legislador⁽⁸⁾.

Como se sostuvo con absoluta claridad, el CCyC revisió la teoría de los derechos y de su ejercicio; esto último centralmente a través de la jerarquización de las cláusulas generales de la buena fe y del abuso del derecho (arts. 9, 10 y 14). Así las cosas, el abuso del derecho ha sido, jerarquizado como categoría general del derecho privado y amplificado sus hipótesis de base comprendiendo, entre

otras, ahora el abuso del derecho, al abuso de la posición dominante en el mercado y las situaciones abusivas⁽⁹⁾.

Actualmente, el ejercicio de los derechos de los proveedores de bienes y servicios suele contrariar o desbordar las exigencias de la buena fe o los fines económicos y sociales de su reconocimiento. Ejemplo claro de lo expuesto lo constituye las marcadas desviaciones de los sistemas de ahorro previo para la adquisición de automóviles por los grupos económicos que los conforman.

Dicha desviación que se da en la realidad de los sistemas de ahorro previo ya ha sido puesta de manifiesto hace años al sostenerse que no son los ahorristas los que normalmente promueven la formación de estos sistemas, sino que es la misma empresa terminal la que, necesitada de colocar sus productos, crea la sociedad de ahorro y préstamo para que esta se encargue de conseguir a los interesados de ingresar en los planes –sea directamente o por intermedio de los concesionarios de la empresa terminal–⁽¹⁰⁾.

En realidad, la administradora funciona como un departamento financiero del fabricante. Por ello, lo que opera habitualmente es un auténtico conflicto de intereses entre los ahorristas-mandantes y la sociedad de ahorro y préstamo-mandataria, ya que esta pertenece a su vez a la empresa terminal que es la vendedora de los productos y la que fija el precio de los vehículos voluntariamente. En consecuencia, se desvirtúa el sistema porque ha sido pensado originariamente para que los mismos ahorristas logren el acceso a determinados bienes sobre la base del crédito y del ahorro recíprocos, y se ha transformado en un instrumento destinado a asegurar las ventas de la empresa terminal y a producir las mayores utilidades posibles al conjunto económico –integrado por el fabricante, la administradora y la concesionaria–⁽¹¹⁾.

Sin embargo, esa desviación ha sido refinada o complejizada con el correr de los años y la desnaturalización del sistema se ha visto profundizada. De este modo, gran parte de los vehículos de los ahorristas que conforman el grupo son adjudicados en las primeras cuotas a través de las denominadas “entregas pactadas” o “entregas aseguradas”. El grupo se sostiene porque no funciona como tal y las integrantes del sistema de ahorro previo –particularmente la fabricante–, en realidad, financian los automóviles que se adjudicaron en los primeros meses del supuesto plan de ahorro. Esta modalidad es ocultada por el grupo económico porque pone de manifiesto que quien verdaderamente financia los automóviles no es el grupo de ahorristas, sino el fabricante y su pretexto del denominado “valor móvil” cobran intereses usurarios por esa financiación encubierta⁽¹²⁾. A mayor abundamiento la jurisprudencia⁽¹³⁾ ha advertido que existe gran cantidad de rescindidos y renunciados por grupos –generalmente más de 100 sobre los 168 que lo conforman– lo que constituye un indicio de que los grupos no se autofinancian, sino que requieren de fondos exógenos.

Es decir, bajo la pantalla del funcionamiento ideal del sistema de ahorro previo se incumple de un modo sofisticado la ley, burlándola en forma solapada ya que generalmente estos incumplimientos pueden advertirse teniendo una perspectiva global, general o de análisis de gran cantidad de casos. En otras palabras, frente al caso individual y aislado, el abuso pasa inadvertido.

Al respecto cabe preguntarse, ¿cuándo estamos frente a un acto abusivo? Cuando el acto resulta aparentemente lícito, pero su ejercicio resulta irregular por contrariar los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 10 del CCyC). En estos casos, como se manifestó,

(9) SOZZO, Gonzalo, “El giro ecológico del abuso de derecho”, RDAMB 51, 15/09/2017, 1, La Ley on line AR/DOC/3884/2017.

(10) PEYRANO, Guillermo, Ahorro y préstamo para fines determinados. La desviación de su finalidad y la protección del ahorrista, LA LEY 1984-C, 1202, cita online: AR/DOC/17471/2001.

(11) ARIAS, María Paula, “Una mirada crítica al funcionamiento de los sistemas de ahorro previo para la adquisición de automotores”, en Análisis de casos. Relaciones de consumo, Ministerio Público de la Defensa, Poder Judicial de CABA, Diseño y edición a cargo de la Dirección de Comunicación Institucional, Junio 2023, pág. 77 y ss.

(12) Idem, pág. 78.

(13) Juz. 1era. Inst. Civil y Comercial de Distrito de Décimo Tercera Nom. de Rosario, “Elsesser Boris Noel c/ FCA S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ demanda de derecho de consumo” (CUJ 21-01526925-9/1), Clave 7109, 22/12/22, Res. 1153, y Juz. 1era. Inst. Civil y Comercial de Distrito de la Décimo Octava Nom. de Rosario, “Mauroni, Leonardo Román c/ Volkswagen Argentina S.A. y otros s/ demanda de derecho de consumo” (CUJ 21-02926947-2), Clave 1513, 09/05/23, Res. 528.

(5) ARIAS, María Paula - MÜLER, Germán E., La obligación de seguridad en las operaciones financieras con consumidores en la era digital. Con especial referencia a la problemática del phishing y del vishing, SJA 14/07/2021, 43 -TR LALEY AR/DOC/1657/2021.

(6) <https://www.lanacion.com.ar/agencias/organismos-de-proteccion-de-consumidores-en-la-ue-reciben-presion-para-investigar-chatgpt-y-otros-nid24042023/>.

(7) https://cecu.es/wp-content/uploads/2023/06/Abordar-los-daños-a-las-personas-consumidoras-de-la-IA-generativa_CECU.pdf. Federación de Consumidores y Usuarios –CECU–, “Abordar los daños de las personas consumidoras de la IA generativa”, pág. 32 y ss.

(8) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “El abuso del derecho” pág. 4, <https://www.acadec.org.ar/2004/11/19/el-abuso-del-derecho/>.

se da un supuesto específico de abuso de derecho, que es el abuso de posición dominante en el mercado del grupo económico (art. 11 del CCyC), a través de la configuración de una situación jurídica abusiva, ya que el mismo resultado se alcanza a través de una pluralidad de actos jurídicos conexos (art. 1120 del CCyC). El efecto jurídico de la calificación esbozada, además de traer aparejado la aplicación de las normas sobre conexidad contractual tal como lo dispone el art. 1120 del CCyC, es que la autoridad judicial ordene lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o la situación jurídica abusiva con el fin de procurar la reposición del estado de hecho anterior y fijar una indemnización (art. 10 del CCyC).

Como lo ha sostenido la jurisprudencia de antaño con acierto⁽¹⁴⁾, no basta con invocar el “abuso del derecho”, sino que es menester que la parte explique “cuál es el derecho, cuál el abuso que se comete con ese derecho y en qué se supera el límite impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Es decir, en dicha sentencia se insistía que no era suficiente mencionar el art. 1071 del Código Civil por su número, ni afirmar que existió un abuso del derecho, sino que debía efectuarse un análisis razonado del “por qué el ejercicio del derecho no es regular”, y también del contraste que existe entre los fines que la ley tuvo en mira al reconocer el derecho, y el actuar del sujeto que “contraría” o “excede” esos límites. Asimismo, la necesidad de ejercitar esa actividad probatoria es señalada también en otros precedentes⁽¹⁵⁾.

De ahí que sostenemos el gran desafío que representa para los operadores del Derecho del Consumidor efectuar las construcciones jurídicas necesarias a partir de los hechos que identifiquen el ejercicio irregular de derechos que tienen una apariencia de legalidad.

Subsumiendo la problemática al funcionamiento de los sistemas de ahorro previo, el art. 32 de la de la reolución 8/2015 de la IGJ⁽¹⁶⁾, tiene por finalidad poner un límite al valor del bien tipo, estableciendo como techo aquel valor que surja de aplicar bonificaciones y descuentos a los agentes y concesionarios en las mejores condiciones de otorgamiento. Es decir, a través de la comercialización de planes de ahorro se encuentra vedado fijar un valor móvil superior al indicado. En este sentido, el mentado límite tiene por finalidad económica social poner un coto a los eventuales abusos que puedan producirse al encontrarse el consumidor preso del sistema y sometido al precio que se le quiera cobrar unilateralmente por la fabricante y la administradora durante siete años.

A pesar de lo expuesto dichos abusos se producen solapadamente, verbigracia, ocultando las bonificaciones y descuentos entre las empresas o estableciendo valores de automóviles de gama estándar –que se comercializan a través de planes de ahorro–, más elevados que los vehículos de gama superior.

De este modo, acreditada esta situación y desbaratado el ejercicio abusivo o antifuncional del derecho, corresponde que el grupo económico indemnice el daño patrimonial ocasionado al ahorrista integrado por todas aquellas diferencias cobradas de más como consecuencia de haber fijado un valor del bien tipo superior al autorizado por la normativa legal y contractual.

Otro ejemplo de incumplimiento solapado de la normativa consumeril está dado por las cada vez más ingeniosas publicidades comerciales. Así, el mensaje publicitario: 1) transforma y modifica los patrones de consumo y el estilo de vida de los consumidores; 2) crea y recrea falsas historias para convencer; 3) estimula el deseo hacia un producto; 4) contiene agresividad, humor, simpatía...; 5) apela a los sentimientos más profundos del consumidor, y 6) integra un ritmo, una cadencia, una estética, unos valores..., y todo ello para asegurar su objetivo: la venta y el beneficio económico. Para conseguirlo, la publicidad persuade, seduce, fascina. Busca diferentes modos sutiles, pero efectivos, de persuasión⁽¹⁷⁾. Bajo estas coordenadas,

muchas veces la creatividad de los publicistas genera publicidad abusiva desde diversas perspectivas. Puede resultar una publicidad oculta porque no es identificada como tal o ser calificada como abusiva.

Es lo que ocurre con la utilización de publicidad ecológica o publicidad verde con fines desviados, deviniendo en publicidad abusiva medioambiental. Así, como las empresas necesitan demostrar que no solo les importa el mercado sino la sociedad en que se insertan, publicitan sus productos o servicios con publicidad verde que no siempre resulta lícita. En buena parte de los mensajes publicitarios no se desarrolla un discurso informativo sobre el ambiente, que ayude a incrementar la conciencia ecológica de los consumidores, sino un discurso simbólico, metafórico, encargado de mejorar la imagen de los productos o de la empresa y con una clara tendencia a la utilización abusiva o engañosa de los valores ecológicos⁽¹⁸⁾.

Nuevamente el desafío del Derecho del Consumidor frente a la mencionada sofisticación es poder identificar dicha utilización desviada para contrarrestar sus efectos a través de construcciones jurídicas brindadas por herramientas como los principios generales y el diálogo de fuentes.

c) El impacto ambiental de la sofisticación

La velocidad del cambio climático es inusitada. Las altas temperaturas y los incendios forestales están generando caos en el norte de África, Europa y América del Norte. Los científicos especializados en calentamiento global de la ONU han comunicado que “la era del calentamiento global ha terminado y la era de la ebullición global ha llegado”. Por ello, las temperaturas aceleradas exigen una acción acelerada⁽¹⁹⁾.

El desarrollo de la inteligencia artificial agrava el problema de la escasez del agua y ocasiona un gran consumo de energía produciendo un importante impacto ambiental.

En mayo de 2023 se reportó que la IA “usa más energía que otras formas de computación y que entrenar un solo modelo puede consumir más electricidad que la que usan 100 hogares estadounidenses en todo un año”. Se sabe que los centros de datos utilizan una cantidad increíble de energía. Hace cinco años ya se predijo que la demanda de energía de la informática mundial podría superar la total demanda mundial de generación de energía eléctrica en una década. Esto fue antes del rápido desarrollo y despliegue de la IA generativa. Con el crecimiento exponencial de los modelos de IA generativa y la inversión en infraestructura para respaldar tal crecimiento, se espera que el uso de energía y las emisiones de carbono se disparen. En otras palabras, está claro que la tecnología de IA viene con una alta huella de carbono y que la energía es necesaria en cada paso, es decir, al diseñar, entrenar, desarrollar, implementar y usar modelos generativos de IA⁽²⁰⁾.

Por su parte, como se sabe, el agua está en el centro de la crisis climática, y la industria de la tecnología, incluido el desarrollo y la implementación de IA, es un sector que contribuye al aumento de su consumo. Así, el agua se utiliza principalmente para enfriar los centros de datos. Por ejemplo, Microsoft informó haber consumido 6,4 millones de m³ de agua en 2022, 1,7 millones de m³ más que el año anterior. El desarrollo, el entrenamiento, el despliegue y el uso de la IA hacen que esta necesidad de agua sea aún mayor⁽²¹⁾.

De este modo, el principio de consumo sustentable debe servir de límite al desarrollo indiscriminado de la inteligencia artificial o cumplir una función integrativa de la laguna legal exigiéndose que las empresas desarrolladoras compensen el impacto ambiental que generan llevando

(14) Cám. Civil Capital, Sala B, 21 de marzo de 1978: “González de Martí, Cirila C. c/ Masgoret, Ángel, suc.”, JA, 1978-II-552.

(15) Cám. Civil y Com. Santa Fe, sala 10, 29 noviembre 1996, “Pagliettini S.A. c/ Provincia de Santa Fe”, Zeus, T. 75, R - 3, caso 17.660.

(16) “Toda bonificación o descuento que efectúe el fabricante a los agentes y concesionarios de su red de comercialización deberá trasladarse, en las mejores condiciones de su otorgamiento, al precio del bien-tipo a los fines de la determinación de la cuota pura”.

(17) RODRÍGUEZ GARCÍA, Sonia Ester, “Connotación y persuasión en la imagen publicitaria”, *Gazeta de Antropología*, 2008, 24 (2), artículo 55 - <http://hdl.handle.net/10481/6958>.

(18) ARIAS, María Paula, “Consumo sustentable. Con especial referencia a la publicidad ecológica”, en *Revista de Derecho del Consumidor* N° 4, 18/04/2018, IJ Editores, Cita: IJ-CDLXXXIII-580, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f86feced32c479aa314d7734c0f09a6>.

(19) <https://www.nationalgeographicla.com/medio-ambiente/2023/07/calentamiento-global-que-es-la-era-de-la-ebullicion/>; <https://www.elextremosur.com/nota/44734-termino-el-calentamiento-global-ha-llegado-la-era-de-la-ebullicion/#:~:text=En%20una%20conferencia%20de%20prensa,de%20prensa%20de%20la%20ONU>.

(20) https://cecu.es/wp-content/uploads/2023/06/Abordar-los-danos-a-las-personas-consumidoras-de-la-IA-generativa_CECU.pdf. Federación de Consumidores y Usuarios –CECU–, “Abordar los daños de las personas consumidoras de la IA generativa”, pág. 43.

(21) https://cecu.es/wp-content/uploads/2023/06/Abordar-los-danos-a-las-personas-consumidoras-de-la-IA-generativa_CECU.pdf. Federación de Consumidores y Usuarios –CECU–, “Abordar los daños de las personas consumidoras de la IA generativa”, pág. 45 y ss.

adelante proyectos de reposición de agua y de compensación de carbono. Por último, dicho principio de consumo sustentable deberá propender a la información y la educación del consumidor, exigiendo a dichas empresas que informen en forma completa, clara y detallada la efectiva huella de carbono que generan para que el consumidor, en base a dicha información, pueda tomar una decisión de consumo adecuada.

Por otro lado, el “greenwashing” o “lavado verde” es una práctica publicitaria que generalmente utiliza la preocupación social por el ambiente para limpiar la imagen de una empresa como principal objetivo, atribuyéndose una imagen verde.

Así, el “greenwashing” resulta inadecuado desde la perspectiva ambiental ya que induce a consumir productos o servicios que en definitiva son perjudiciales para el medio ambiente o que, al menos, no lo benefician como se pretende hacer creer. Sin embargo, en virtud de la sofisticación del método publicitario utilizado dicha intención se diluye y pasa absolutamente inadvertida.

El principio de consumo sustentable en su función limitativa en el ejercicio de los derechos –siguiendo la directriz dispuesta por el art. 240 del CCyC–, permite interpretar que una publicidad comercial no puede vulnerar derechos de incidencia colectiva vinculados con el ambiente, sus postulados o precisiones no deben afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, y si lo hace, dicha publicidad resulta abusiva [arts. 1101, inc. c), y 10, CCyC; art. 81, inc. i), ley 26.522]⁽²²⁾.

Por su parte, el principio que veda el ejercicio abusivo de derechos adquiere un rol crucial. Como se afirmó con agudeza⁽²³⁾, los movimientos que opera el abuso del derecho en el CCyC son dos: por un lado, deja el papel tradicional de ser un mecanismo de limitación del derecho propietario exclusivamente para pasar a ser con toda claridad una limitación socioambiental de ejercicio de todos los derechos privados y, en segundo lugar, el abuso del derecho deja de ser solo un límite interno de los derechos

privados para transformarse en el canal que permite internalizar en la estructura de los derechos subjetivos la existencia de derechos de incidencia colectiva y darles así una nueva función: la función pro bienes comunes. En definitiva, se debe revisar el abuso del derecho para que contribuya al desarrollo de la función socioambiental.

Como se pone en evidencia, tanto el desarrollo tecnológico cada vez más sofisticado como los modos de incumplir la normativa vigente cada vez más refinados, solapados e imperceptibles producen un impacto ambiental que constituye un desafío para el Derecho del Consumidor en prospectiva.

III. Conclusión

Como se puso de manifiesto con algunos ejemplos desarrollados en el presente trabajo a modo de muestreo, la sofisticación constituye un gran desafío del Derecho del Consumidor.

Esto se pone en evidencia con el crecimiento vertiginoso del desarrollo tecnológico como en el modo cada vez más subrepticio de incumplir el plexo consumeril. Por su parte, ya emplazados en la era de la ebullición global la sofisticación ocasiona un impacto ambiental negativo respecto del cual resulta imperioso dar respuestas que lo contrarresten.

Las complejidades indicadas y la falta de respuesta normativa directa a los problemas planteados tiene como consecuencia que se deban construir respuestas jurídicas echando mano a herramientas como el diálogo de fuentes y los principios generales –abuso del derecho o buena fe– y principios propios del Derecho del Consumidor como el protectorio y el de acceso al consumo sustentable.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - COMERCIANTE - ACTOS DE COMERCIO - CONTRATOS COMERCIALES - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - CONTRATOS BANCARIOS - OBLIGACIONES - ECONOMÍA - DEBER DE INFORMACIÓN - PERSONAS JURÍDICAS - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

(22) ARIAS, María Paula, “Consumo sustentable. Con especial referencia a la publicidad ecológica”, Revista de Derecho de Consumidor N° 4, 18/04/2018, II Editores, II-CDLXXXIII-580.

(23) SOZZO, Gonzalo, “El giro ecológico del abuso de derecho”, RDAmb 51, 15/09/2017, 1, La Ley on line AR/DOC/3884/2017.

Ley 24.240, la fábrica del Derecho del Consumidor (miradas y autorretrato)

por ARIEL ARIZA

Sumario: 1. LA TARDÍA LEY 24.240. – 2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – 3. LA ETAPA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. – 4. RETRACCIONES, CONTRACCIONES Y EXPANSIONES DE SU NORMATIVA. – 5. VISIÓN DE SU DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA. – 6. CONFLICTIVIDAD: INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS Y JURISPRUDENCIA. – 7. LA EMPRESA MULTIDISCIPLINAR. – 8. MI AUTORRETRATO, LEY 24.240.

El transcurso de treinta años desde la sanción y entrada en vigencia de la ley 24.240 invita a la reflexión. Estos años transcurridos evocan una multiplicidad de perspectivas tendientes a rescatar su significado en el tiempo. Los enfoques son diversos y combinan lo disciplinar con lo multidisciplinar y también con lo emotivo.

Pese a tratarse de un análisis predominantemente centrado en un cuerpo normativo, como lo han sido las distintas versiones de la ley 24.240, las consideraciones en realidad no pueden circunscribirse a una visión puramente legalista, dado que en torno a la ley 24.240 se ha desplegado una cantidad de fenómenos no inscriptos ni explicables con la sola referencia normológica.

Se propondrá un recorrido por algunos de estos enfoques, centrando el interés en cómo desde esos ángulos se puede observar el desarrollo del Derecho del Consumidor al fragor de la ley 24.240. Serán perspectivas “en torno a” y “desde” la ley 24.240.

Finalmente, ensayaremos una convocatoria imaginaria a la propia ley 24.240, para que, munida de voz propia, describa cómo se podría escuchar este largo camino, en una íntima primera persona del singular.

1. La tardía ley 24.240

Como estamos frente al reconocimiento por los treinta años de vigencia de la ley 24.240, quizá convenga mencionar que su aparición en la escena legislativa resultó tardía. Podríamos expresar “algo” tardía, pero en homenaje a la sinceridad corresponde suprimir el adverbio y decir sencillamente “tardía”. Durante la década de aquellos '80 del siglo pasado, se fue gestando la evolución de la cultura jurídica argentina que reconoció que era necesario otorgar reglas especiales para un conjunto de relaciones en las que una de las partes se caracterizaba por la debilidad. El concepto de debilidad operó como anticipo del que luego, más específicamente, iba a constituir la caracterización socio-axiológica de consumidor: la vulnerabilidad.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *La responsabilidad del proveedor por producto elaborado en el marco de la relación de consumo*, por ADRIÁN O. MOREA, ED, 252-766; *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *La tutela al usuario de servicios en el ámbito de las relaciones de consumo: un interesante precedente. Comentario al fallo “T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ordinario”*, por GABRIEL ABAD y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 287-190; *El régimen administrativo sancionador en las relaciones de consumo*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-918; *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-1211; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *El Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: un paso hacia el fuero especial*, por WALTER F. KRIEGER, ED, 290; *La codificación del Derecho del Consumidor en Argentina*, por CARLOS A. HERNÁNDEZ, ED, 292. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho-digital.com.ar.

La doctrina jurídica había acompañado la necesidad de adecuación de las tradicionales estructuras civilistas y comercialistas de la contratación y la responsabilidad, para contar con soluciones que puedan responder a los fenómenos del consumo. Sin embargo, las respuestas no llegaban ni por la renovación del Código Civil ni por el camino de una ley dirigida a la protección de los consumidores. Por ello, la sanción de la ley 24.240 fue un reconocimiento normativo esperado, que permitía que nuestro país acorte la diferencia comparativa que se producía en la región con la normativa de avanzada con la que sí contaba Brasil, uno de los socios del Mercosur.

2. La reforma constitucional de 1994

Es usual considerar la jerarquización normativo-valorativa que importó la reforma constitucional del año 1994 al reconocer en el artículo 42 un conjunto de los derechos garantizados a consumidores y usuarios. No es tan habitual, en cambio, describir cómo esta jerarquización constitucional implicó un anclaje para la regulación contenida en la ley 24.240.

Desde la perspectiva de la ley 24.240, el artículo 42 de la CN supuso más que reforzar el ámbito de tutela. La garantía suprallegal de la Constitución nacional equivale a la publicitación de la regulación de las relaciones de consumo.

En la tarea de reelaboración que supuso el artículo 3 de la ley 24.240 al integrar la ley con las relaciones jurídicas aplicables, la jerarquización constitucional ahondó sensiblemente la intensidad de la adecuación de la regulación sectorial. Para la ley 24.240 el reconocimiento constitucional es un basamento que sigue ampliando su praxis aplicativa, diversificando su horizonte hermenéutico a punto tal de seguir renovándose con el paso del tiempo los significados de las previsiones legales.

3. La etapa del Código Civil y Comercial

La entrada en vigencia de la ley 26.994, que aprobó el Código Civil y Comercial, importó una deslocalización de la ley 24.240 como así también una reconfiguración de las bases mismas del Derecho del Consumidor. Reconfiguración positiva, a nuestro juicio.

Se deslocaliza la ley 24.240 en la medida en que la integración dispuesta por su artículo 3 se efectuaría, no ya sobre un sistema de matriz decimonónica como lo eran los códigos civil y de comercio derogados, sino sobre una regulación actual, diseñada sobre la base de una concepción abierta y axiológicamente basada en el espacio de los Derechos Humanos. El actual sistema de Derecho Privado cuenta con instituciones y principios tanto o más protectores, en las relaciones de consumo, que la propia ley 24.240. Por supuesto que se mantiene la originalidad de tratamiento de sus soluciones propias, pero con la particularidad de que también ciertas instituciones del Derecho del Consumidor han sido incorporadas al Código vigente (v. gr., cláusulas abusivas, prácticas abusivas, ventas a distancia), en una especie de duplicación, con un renovado vigor conceptual que permite constantemente plantear una sugerente juego de las diferencias.

La nueva fisonomía del Derecho del Consumidor —que suma disposiciones por fuera de corpus de la ley 24.240— aparece abarcada no solo por las disposiciones de este campo incluidas en el Título III del Libro III del Código, sino por las demás instituciones del Derecho Privado, general, contractual y de la responsabilidad, que permiten conformar los conflictos individuales con nuevos criterios en una convergencia valorativa que indica que hay en la actualidad territorios comunes con el Derecho Privado y también territorios compartidos. La regulación que el Código dedica a los contratos por adhesión a cláusulas generales predisuestas añade a relaciones en las que el adherente no es consumidor. No obstante, el propio Código dispone la extensión de ese régimen normativo a los contratos de consumo, con las modificaciones que son particulares a este ámbito. Se produce así una absorción de sectores del Derecho Civil y Comercial al campo del Derecho del Consumidor.

4. Retracciones, contracciones y expansiones de su normativa

Desde lo normativo, el enfoque sobre la ley 24.240 no refleja una imagen estática, dado que desde su sanción experimentó movimientos que marcaron fricciones y expansiones. El terreno de su extensión ha sido un campo de confrontaciones, de pujas y predominios ideológicos que, con sus capas, también fueron conformando su historia heterogénea.

La promulgación de la ley mediante el decreto 2089/93 supuso el veto parcial de aspectos relevantes del diseño originario. Su decreto reglamentario 1798/94 tuvo por finalidad efectuar algunas aclaraciones, pero en varias de sus disposiciones fue más allá del texto de la ley, en sentido favorable en ocasiones, aunque también en sentido limitativo. Un balanceo de ambivalencias.

Sucesivas leyes posteriores conforman el marco de gradual ampliación de la ley, con capítulos relevantes como la ley 24.999 que restituyó instituciones inicialmente vetadas y luego una transformación sustancial con la ley 26.361. En 2022, la incidencia del proceso inflacionario dejó su marca en la ley al actualizar las sumas de las sanciones determinadas en su artículo 43, a través de la adopción de canastas básicas, mediante la ley 27.701.

Episodios anecdóticos tienen todas las tramas legislativas, pero la ley 24.240 se reserva alguno que ocupa un lugar destacado en el firmamento de las curiosidades legislativas a nivel universal. Mediante el decreto de necesidad y urgencia conocido como de Desburocratización y Simplificación n° 27/2018, se reemplazó el texto nada menos que del artículo 4 sobre obligación de información. La ley 27.442 dejó sin efecto el texto de ese decreto referido al artículo 4. De tal modo, que la derogación del texto del artículo 4, aprobado según el DNU 27/2018 sin disponer la recuperación de la vigencia del texto anterior, ha dejado a este artículo en situación de limbo legislativo. La adherencia del texto anterior del artículo 4 según ley 27.250 a la vigente ley 24.240, se hilvana con una nota de la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Cámara de Diputados de fecha 20.11.2018.

5. Visión de su dimensión sociológica

La dimensión sociológica constituye el barómetro y también el termómetro de la eficacia de la ley, de su desenvolvimiento no reflejado en el lenguaje normativo y de la concreción para ciudadanas y ciudadanos de carne y hueso de todos los despliegues de las leyes.

La ley 24.240 ha supuesto una diversa referencia a dimensiones sociológicas variadas que son precisamente sus campos aplicativos. En lo concerniente a las relaciones de consumo, la característica de esta perspectiva sociológica ha sido la diversidad de ámbitos económicos en los que ha ido ganando terreno. Las áreas de las relaciones financieras, asegurativas, turísticas, de entretenimientos, espectáculos, de transporte, inmobiliarias, etc., han ido marcando perfiles de llegada de las soluciones del Derecho del Consumidor a estos campos. Desde estos segmentos económicos, desde sus territorios, nos han mostrado nuevos significados de las soluciones de la ley que sin esta expansión sociológica no se hubieran siquiera podido imaginar. Para los actores económicos pensar sus relaciones en términos de consumo ha significado en la mayoría de los casos tomar en cuenta, en los hechos, el modelo imaginario de la relación equitativa.

La ley también fue dando paso a la demostración de una idea que, hoy por hoy, puede considerarse un postulado apodóctico: el caso de consumo, para lograr un mejoramiento en el mercado, es de incidencia colectiva. Esta fisonomía colectiva del caso de consumo lleva también a mirar lo colectivo de las relaciones de consumo que no se transforman en caso. Es raro el supuesto en que cabe analizar una circunstancia aislada de consumo sin representarse su repercusión en un conjunto de personas consumidoras.

Desde la mirada sociológica de la ley 24.240 se pueden reconocer conjuntos de relaciones que intervienen y se entrelazan con los conflictos de consumo. Uno de ellos, relevante, es el espacio de las asociaciones de consumidores. Un universo particular que ostenta el carácter de garante del resguardo de intereses y situaciones que, de otro modo, no estarían suficientemente protegidas ni se articularían los planteos que las atiendan. Su actuación tiene un

rol preponderante en materia de servicios públicos aunque también se destacan las intervenciones relacionadas en iniciativas legislativas. La actuación de las asociaciones de consumidores requeriría que se observe su rol estratégico en la dinámica de la ley. El apoyo estatal para su funcionamiento ha sido fluctuante, por momentos declinante y, en algunos otros, declamativo.

Asoma como un espacio de respuesta sistematizada y de coordinación de las políticas, el nucleamiento de las autoridades de aplicación. La ley 24.240 ha tenido respaldos consolidados en iniciativas de la autoridad de aplicación nacional y de las autoridades locales.

6. Conflictividad: instancias administrativas y jurisprudencia

La gestión de la conflictividad ocupa un rol sobresaliente en la perspectiva que puede conformarse de estos 30 años de vigencia de la ley 24.240. En esta materia pueden dividirse en dos los enfoques: el más práctico e informal de los métodos alternativos y administrativos de solución, y el más conceptual y progresivo de la jurisprudencia. Resultaría parcial analizar la vigencia de la ley 24.240 sin examinar los canales que dan curso a la respuesta sobre su conflictividad.

Las líneas de acción desplegadas en materia de métodos alternativos y procedimientos administrativos ha sido sólida y variada. Debe ser aspiración que siga ese camino de profundización. Las instancias extrajudiciales de solución de conflictos en materia de consumo cuentan con razones de preferencia por sobre el conflicto judicial por su rapidez, disminución de costos y posibilidad de arribar a acuerdos de solución variados. En esta materia las regulaciones provienen de facultades reglamentarias de la autoridad de aplicación y de disposiciones provinciales de fuente legal o también reglamentaria. Se conforma un conglomerado normativo que da expresión al soporte de conflictividad a partir de la ley 24.240, que habilita a distintas autoridades.

La jurisprudencia también ha cumplido un rol insoslayable, aunque en lo cuantitativo pueda estar lógicamente –y afortunadamente– superada por las instancias administrativas. Desde el punto de vista sociológico, ocupa un rol regulador del orden de conductas que son el núcleo de las relaciones de consumo. Esto quiere decir que al hilo de las decisiones jurisprudenciales se establece un marco de previsibilidad que, no obstante, va experimentando cambios constantes. La materialización de una sentencia de consumo produce impacto en el conflicto individual pero a la vez deja señalados criterios que aunque evolutivos son estables para indicar el marco de criterios vigente para ordenar las conductas.

Es en el campo jurisprudencial en donde se concreta la evolución de los conceptos legales y la incidencia de los principios del Derecho del Consumidor para dar justificación a las soluciones. Pese a las oscilaciones propias de la tarea jurisprudencial cabe reconocer que este ha sido uno de los ámbitos de proyección más significativos de la ley 24.240. Es difícil entender la ley si no se la mira a la luz de la jurisprudencia que la ha aplicado, estableciendo su significado y alcances. No está de más indicar que la decisión de consumo es el resultado del litigio que le precedió. Allí la actividad de abogadas y abogados ha logrado crear un espíritu propio en la propuesta de argumentos, circulación de información y prácticas probatorias que hacen que este sector de la vida forense-judicial haya ganado identidad propia. Se trata de fortalezas y de un capital humano que en cierto modo también se desenvuelve entre los sentidos de la ley 24.240.

Si bien el panorama jurisprudencial resulta al presente inabarcable como para realizar un muestreo o una visión resumida, no es posible omitir el relevante papel dinamizador desplegado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La Corte nacional ha actuado como uno de los motores en la fábrica del Derecho del Consumidor –que representó la ley 24.240–, su desempeño ha sido estratégico. La ley no sería vista como lo es hoy, sin esas definiciones. Han derivado de las decisiones de la Corte criterios valorativos, modos de interpretar las disposiciones, extensión del alcances de distintas soluciones (obligación de seguridad, principio protectorio, información, etc.). Sin embargo, a nuestro modo de ver, el aporte que vale subrayar como cauce jurisprudencial creado en sostén y proyección de la vigencia de la ley ha residido en las acordadas 32/2014 y 12/2016, reglamentaria del Registro

de Acciones Colectivas y creadora del Reglamento de Actuación en procesos colectivos, respectivamente.

7. La empresa multidisciplinar

La relación que desde el Derecho del Consumidor se establece con la multidisciplinariedad del fenómeno del consumo sigue siendo débil. El surgimiento del Derecho del Consumidor en forma inherente a su autonomía es epistemológicamente estructurado en relación con los demás saberes que tienen por aportar a su comprensión. Economía, marketing, publicidad, ciencias del comportamiento, tecnologías digitales, psicología social y, en los últimos tiempos, la antropología conforman algunos de los marcos de conocimiento que reflejan la realidad del consumo en la actualidad.

La propia ley 24.240 hace residir algunos de estas bases conceptuales en el cometido que se encarga que cumplan las asociaciones de consumidores en el artículo 56, incisos f) y g), y en el artículo 61, en materia de educación a consumidores. Una mirada realista de los estudios sobre Derecho del Consumidor denota que este apoyarse en los demás saberes es una meta con un cumplimiento insatisfactorio. El propio saber jurídico no cuenta con elementos que indiquen la necesidad de asentarse en estudios de otras áreas como para poder tomar nota de en qué medida el método jurídico se autolimita y simplifica el fenómeno que aspira a regular.

Por lo tanto, la ley 24.240 no ha sido captada ni ampliada en todo su despliegue con apoyatura interdisciplinar. Sí se ha abierto una relación más estrecha y comunicante con el Derecho Ambiental y con el Derecho de la Salud. Interesa indicar que estas interrelaciones se dan dentro del campo jurídico, de modo que los temas se interconectan en el ordenamiento jurídico intrasistémicamente. No se logra necesariamente con estas conexiones ampliar las bases de sustento epistemológico, con conocimientos aportados por otras ciencias. En estos últimos años se registran en nuestro país avances destacables en materia de ciencias del comportamiento que tienden a mostrar en qué grado las decisiones de consumo tienden a ser progresivamente menos racionales.

El gran desafío será avanzar con ley 24.240, o con la legislación de que se disponga en la materia, hacia la comprensión y el diálogo con las tecnologías de la inteligencia artificial (IA), que están marcando no solo el futuro, sino el presente del Derecho del Consumidor.

8. Mi autorretrato, ley 24.240

Siendo que hay un importante número de personalidades que se convoca en torno a otro aniversario de mi existencia, me ha parecido oportuno decir algo, expresar algunas ideas que, como acabo de anticipar no conforman una autobiografía autorizada, sino tan solo un autorretrato. Me resulta más sencillo retratarme con pinceladas que dejan alguna idea o imagen de mí misma, según yo la veo y recuerdo. Será, por supuesto, una tarea trabajosa evitar la autorreferencialidad, defecto por el cual me disculpo por adelantado.

¿Cómo empezar después de tantos años? No debería tener inhibiciones para expresarme porque mi textura está hecha de palabras. No solo de palabras, pero diré inicialmente que mi vida –no solo la mía, también la vida de leyes como yo– suele ser nombrada por aquellas personas, a quienes se reconoce como teóricos de la ciencia jurídica, como vigencia. Para mí es una paradoja comparativa esta vigencia. Las personas tienen vida, y en el caso de las leyes, tenemos vigencia. Una vigencia fluctuante. Agradezco a quienes se han hecho cargo de proponer que tener vigencia no es vivir solo en las palabras o conceptos que me constituyen, sino, sobre todo, en medio de las personas y su realidad, en ese territorio de lo real al que se supone que he estado destinada a ofrecer fuerza reguladora de sus problemas y conflictos.

En esa vigencia durante treinta años pude dejar el espacio urbano en el que fue concebida, la ciudad capital. Pude llegar a los confines del territorio, inmersa en las distintas formas de vivir propias de las culturas regionales y étnicas. Pude ingresar en los hogares y constatar cuánta necesidad hay de que se observen mis reglas.

No todo han sido logros, dado que hay partes constitutivas de mí que no he podido desplegar. Ha sido un sueño bosquejado el poder influir en la formación de la niñez y las juventudes, permitiendo que se despliegue la destreza de la planificación de las economías personales y también

la posibilidad de planificación de las familias. La sociedad de consumo debería dejar margen para las previsiones y para el ahorro personal y familiar. Conozco también que las personas adultas tienen sus dificultades en el desenvolvimiento digital y sé también que se brinda alguna ayuda para acotar esas brechas. No creo que esas asistencias cubran las necesidades que se presentan en la realidad.

He ido creciendo, madurando, y en ese trayecto personal fui tomando dimensión de mi esencia política, en particular en mis reiteradas visitas al espacio público en el que fui creada, el Congreso nacional. De a poco fui valorando cómo cambió, en torno a mí y a mi modo de ser, la relación de las fuerzas políticas, modificaciones que fui detectando en el trajinar de pasillos de las cámaras y las comisiones. Por supuesto que percibí que hay leyes más notorias que yo, también me di cuenta de que no vengo a ser alguien por quien se ganen elecciones. Así y todo, he sentido esa mirada, ese lugar de respeto que descansa en la idea de conjunción plural no por mí misma sino por aquellas personas a quienes en un plano ideal se aspira que logre proteger. En el espacio legislativo también me sorprendió encontrarme con miradas sobre mí misma que fui descubriendo y que no he tenido tantas ocasiones de mencionar: cada vez más, me doy cuenta de que la significación de la palabra ciudadanía comprende y aun absorbe la de personas consumidoras. Al fragor de la cocina de lo político, mis roles y proyecciones han ido modificándose: lo que primero parecía presentarse como un marco de mínimos para el rocó de las atmósferas de clientes exigentes, ahora se expande por todo el campo de la economía, generalizándose en lo cotidiano.

He sido convocada al campo social de las desigualdades, de las discriminaciones, del acceso a lo que no se tiene y de la preservación de nuestra casa común, el ambiente. Sin habérmelo propuesto también, casi sin advertirlo al inicio, mi personalidad se fue volviendo más interesante. He venido a encontrar en mi camino la rebeldía con unos cuantos años ya sobre mis espaldas, también la esperanza y los horizontes de mejores formas de convivencia.

De rebeldías y crecimientos voy a mencionar tres momentos de mi vida que han sido cruciales. Lo haré refiriendo a los años, porque los números los dejo a cargo de ustedes que los conocen. En 1994, no tenía la perspectiva de medir lo que estaba ocurriendo: a modo de resguardo fiduciario me encontré reflejada en un espejo que me devolvía una imagen mejor que la mía. En pocas palabras, otra asamblea captó mi esencia mejor que yo misma, lo que me fue permitiendo seguir mis años con ese máximo apoyo silencioso. En 2008, llegó un cambio para el que no estaba preparada. Un vigoroso salir a escena nuevamente que tuvo la particularidad de provenir de la sociedad misma. No es que sea por presuntuosa vanidad –que la hay en mis entornos–, pero hay un dejo de satisfacción, de reconocimiento, cuando se deposita algo así como una renovada confianza que proviene de quienes están en el día a día de las necesidades y las frustraciones. Así me encontré llegando a campos que estaban alejados de mi influencia con la posibilidad de dinamizar soluciones distintas, enérgicas, concretas. Para completar esta secuencia también diré algo de la significación que tuvo 2015, año en el que se modificó esa realidad normativa que desde mi origen estuvo alcanzada por mí, bajo el misterioso influjo de lo que se suele denominar integración. No sería incorrecto describir que he sido actualizada por la legislación general. 2015 y los años siguientes me llevan a ver con otros ojos el paso del tiempo, otra sociedad y, por lo tanto, otra regulación. ¿Cómo lo proceso? En gran medida bien, porque es como verme reflejada, dentro mismo de una nueva regulación: es, en parte, una renovación de la imagen de mí misma. También diré que en lugar de tener que cumplir aquel rol de aceitar viejas estructuras, viene a ponerme también a mí en la sintonía de otras formas de regular la sociedad. Desde 2015 veo que hay una especie de trabajo en el equipo, en la que me toca ser la más experimentada del equipo, frecuentemente superada o puesta en jaque por la creatividad de las instituciones jóvenes, rebosantes de imaginación.

Cuando me detengo a ver el consumo a lo largo de estos años, me doy cuenta de cómo ha ido cambiando todo. ¿Puedo subsistir con toda esta dimensión que va tomando la tecnología? En 2020, ante el desconcierto vivido por el mundo, todavía bajo mi influjo, fue surgiendo la normativa reglamentaria ante este fenómeno dominante del mundo digital. No fui concebida pensando en este modo de

vivir esta sociedad. Menos aún para su enigmático motor subyacente desde hace algún tiempo que es la inteligencia artificial: sus lógicas –si es que llega a ser posible conocerlas y controlarlas, respecto de lo cual no desbordo de optimismo– habrán de discurrir por el amplio tamiz y el cedazo de la dignidad de las personas consumidoras. Todo está por verse.

Esta paradoja tecnológica se presenta en un contexto de profundos contrastes sociales en la Argentina de hoy. Cómo puedo sentirme vigente con índices de pobreza que dejan fuera de todo lo que aspiro a regular a una relevante mayoría ciudadana. Allí, mal que me pese, no estoy vigente, el acceso al consumo sigue pendiente. En el desierto de las penurias no hay fulgor posible. Veo últimamente que el decir de las juezas y jueces se ocupa en forma constante de invocarme. Pero es un momento en que esa fama de lo cotidiano de los despachos y las salas de audiencias se opone a otras marcadas carencias en las que, como decía, mi alcance declina o se apaga preocupantemente.

En cuanto a los ciclos y las etapas, la experiencia de estos años ha desplegado en mí una fina intuición social. Si bien hay leyes que tienen bastante más tiempo que el mío, diré que mis treinta años me han parecido más que treinta. No sé si habrá sido una vida difícil, pero seguro que al menos ha sido intensa.

¿Ha llegado el momento de dar vuelta la página y pensar en mi retiro? Los hechos demuestran que a la intelectualidad argentina no le han faltado recursos ni ideas ni ingenio ni experiencias comparativas para diseñar esquemas regulatorios sistemáticos que, comparados conmigo, me vuelven como pasada de moda. Brilla el talento en la nueva regulación proyectada, con la plenitud de lo sistemático y también de lo posmoderno.

Cuando llegan estas etapas de culminación, es más cómodo no tener tantos defensores, más entusiastas por mí que mi propia lectura de los tiempos. Veo entre mi patrimonio simbólico, además de un espectro de actores so-

ciales nucleados en este campo, la digna satisfacción del deber cumplido que, entiendo, es la mejor congratulación que interiormente me toca llevar, sin que sea necesaria la indicación de dónde se encuentra la puerta de salida.

Queda para mi consuelo la idea de continuidad. Es que por encima de mis preceptos están esos clamores profundos del ordenamiento jurídico que son las exigencias de justicia, adecuadas a este campo. En esas exigencias y principios, que son los mismos que surgieron con mi vigencia, seguiré presente. También en la cultura que desplegaron tantos actores sociales y económicos.

Mientras tanto, a medida que se despliega la rayuela de los trámites parlamentarios, los pasos, los acuerdos y los procesos inherentes a una nueva legislación, estaré llevando adelante mis roles probablemente postreros, atenta, abocada al cuidado silencioso de estos principios que me dan razón de ser. No hace falta que diga, a este público sutil, que pese a mis años despunta todavía una llamativa lozanía en mi apariencia que la aporta no un maquillaje efímero sino una decisión bautismal que marcó mi derrotero entre tantas crisis y cambios económicos en este país: es la impronta del orden público, que no solo se asienta en mis palabras, sino mucho más en las palabras del constituyente, cuyo eco resuena en los tenaces corazones ciudadanos como la cara más actual de la justicia concreta. Nos seguiremos viendo.

VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIONES - CONTRATOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - COMERCIO E INDUSTRIA - PODER JUDICIAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DAÑO - DERECHO CIVIL - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - ECONOMÍA - RESPONSABILIDAD CIVIL - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA

El ámbito de aplicación del Derecho de Consumidores. Transformaciones y desafíos a treinta años de la ley 24.240.

por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. ESCENARIO INICIAL: LA LEY 24.240 DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR DE 1993. – III. PRIMER CAMBIO: EL DECRETO 1798/94. – IV. NUEVO ESCENARIO: LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. – V. LA GRAN TRANSFORMACIÓN: LA REFORMA DE LA LEY 26.361. – VI. CONSOLIDACIONES Y FORTALECIMIENTOS: EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. – VII. HIPERVULNERABILIDAD Y EL CONTEXTO DE PANDEMIA: LAS RES. SCI 139/2020 Y 11/GMC/2021. – VIII. LOS DESAFÍOS DEL DERECHO PROYECTADO. – IX. A MODO DE CONCLUSIÓN. – X. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

Hacer una retrospectiva y pensar en los desafíos de la agenda del Derecho de Consumidores no puede hacerse sin recordar en quienes dejaron su huella en la materia, como el querido Gabriel Stiglitz, verdadero mentor, maestro y hacedor de ayer y de hoy del Derecho de Consumidores en Argentina y en tantos que dejaron su legado, como Atilio Alterini, Roberto López Cabana, Rubén Stiglitz, Jorge Mosset Iturraspe, Carlos Ghersi, Antonio Rinesi, entre otros.

En el presente trabajo haremos foco en las transformaciones ocurridas en el ámbito de aplicación del Derecho de Consumidores en Argentina a lo largo del tiempo y de los principales desafíos en la materia.

II. Escenario inicial: la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor de 1993

En la redacción original, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) tenía un alcance acotado del ámbito de aplicación del Derecho de Consumidores.

1) En cuanto al criterio delimitador del concepto de consumidor, hacía referencia expresamente al “consumidor final, en beneficio propio o del grupo familiar o social” (art. 1). El artículo 2, en tanto, señalaba que “no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o ser-

vicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Se trataba de una definición finalista compuesta, determinada por los criterios positivos de “consumo final, en beneficio propio, familiar o social” y negativo de “no profesionalidad”.

2) El concepto de consumidor se asociaba casi exclusivamente al rol de parte contractual. Tutelaba, sin embargo, el llamado *iter precontractual*, al reconocer como alcanzados por la protección del artículo 7 a los consumidores potenciales indeterminados.

3) Además de las personas humanas, siguiendo la tendencia iberoamericana, reconocía también la posibilidad de calificar como consumidores a las personas jurídicas.

4) Desde el punto de vista del proveedor, el artículo 2 incluía a quienes produjeran, importaran, distribuyeran o comercializaran cosas o prestaran servicios.

El universo de operaciones comprendidas era también restringido.

1) Solo estaban comprendidos los contratos a título oneroso.

2) Solo un elenco limitado de vínculos contractuales estaban comprendidos: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.

3) Quedaban excluidos los bienes inmateriales, los llamados “contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas” y la contratación inmobiliaria poseía muchas limitaciones. La lectura de la ley en su versión original nos da un panorama de una problemática de consumo centrada principalmente en las cosas muebles. Ver, por ejemplo, en lo relativo a la seguridad de productos, documento de venta, garantías, venta domiciliaria, por correspondencia y otras o venta de crédito.

4) En materia de prestación de servicios el campo aquí era más amplio, estando comprendidas una serie ilimitada de prestaciones de hacer o no hacer, más allá de la frontera del contrato de “locación de servicios” del Código Civil de Vélez Sarsfield. Las limitaciones en la materia estaban:

a) en los servicios de profesionales liberales;

b) en los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, que se regían por esas normas, aplicándose la LDC supletoriamente. Se nota la preocupación por esta problemática en el contexto de privatizaciones de la época.

c) en el contrato de transporte aéreo, a los que se aplicarían las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la LDC.

5) Desde la sanción de la LDC hasta la actualidad, algunas opiniones doctrinarias y jurisprudenciales, con mayor o menor adhesión, han resistido el encuadramiento de muchos servicios como objeto de las relaciones de consumo. Los argumentos giran, en general, en torno a su aplicación solamente de manera supletoria, subsidiaria o analógica, a no encontrarse comprendidas dichas actividades dentro de la noción de servicios, y a la existencia de legislación especial o autoridad de contralor propia. Podemos mencionar aquí algunas opiniones respecto a los seguros, los servicios turísticos, los servicios financieros, la navegación por agua o las inversiones.

III. Primer cambio: el decreto 1798/94

El decreto 1798/94 aprobó la reglamentación de la LDC y con ella vinieron algunas ampliaciones y aclaraciones del ámbito de aplicación.

1) Consideró asimismo consumidores o usuarios a quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, recibieran a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis).

2) Aclaró en relación al elemento negativo del concepto de consumidor que “se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: La responsabilidad del proveedor por producto elaborado en el marco de la relación de consumo*, por ADRIÁN O. MOREA, ED, 252-766; *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAOU, ED, 269-699; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *La tutela al usuario de servicios en el ámbito de las relaciones de consumo: un interesante precedente. Comentario al fallo “T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ordinario”*, por GABRIEL ABAD y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 287-190; *El régimen administrativo sancionador en las relaciones de consumo*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-918; *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-1211; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *El Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: un paso hacia el fuero especial*, por WALTER F. KRIEGER, ED, 290; *La codificación del Derecho del Consumidor en Argentina*, por CARLOS A. HERNÁNDEZ, ED, 292. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho (UBA). Prof. regular adjunto Contratos Civiles y Comerciales y Elementos de Derecho Civil (UBA). Prof. titular ordinario Contratos Civiles y Comerciales y de Derecho Regulatorio del Mercado (USAL). Prof. UNDAV. Prof. permanente de posgrado UBA-USAL-UCA-UNLaPam. Investigador adscripto Instituto “Ambrosio L. Gioja” (UBA). Miembro Mesa Directiva IACL. Secretario Académico IADC. Ex Director Nacional de Defensa del Consumidor de Argentina. A cargo del Departamento de Estudios en Derecho del Consumo MPD-CABA.

se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica”.

3) Incluyó expresamente a las viviendas prefabricadas, y respecto de los inmuebles, aclaró que se entendían por nuevos los inmuebles a construirse, en construcción o que nunca hubieran sido ocupados.

IV. Nuevos escenario: la reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 trajo el reconocimiento de los derechos de las y los consumidores como derechos fundamentales

La Constitución Nacional, en su artículo 42, establece expresamente como sujetos de las relaciones de consumo a los consumidores y usuarios, y también amplió significativamente el universo de relaciones y situaciones jurídicas comprendidas al establecer la relación de consumo como categoría delimitadora del ámbito de aplicación del Derecho de Consumidores.

Esto llevó a sostener a parte de la doctrina que al consagrar como ámbito de aplicación a la “relación de consumo”, las limitaciones de la LDC original devenían inconstitucionales.

Haciéndose eco de esta perspectiva la jurisprudencia entendió que resultaban comprendidas dentro del objeto de las relaciones de consumo, por ejemplo, servicios en los que resultaba controvertida si había vínculo contractual, como en el caso de las concesiones viales o frente a prácticas que vulneren los derechos de los consumidores, como por ejemplo la obligación de seguridad frente a sujetos expuestos a la relación de consumo.

V. La gran transformación: la reforma de la ley 26.361

Los primeros años del nuevo siglo trajeron nuevos escenarios que aumentaron significativamente la conflictividad en el consumo: el auge de la telefonía móvil e internet, la creciente “bancaización obligatoria” de muchas operaciones cotidianas y el incipiente comercio electrónico.

Esos nuevos escenarios, sumado al nuevo estándar constitucional antes referido, reforzado también por la adopción de criterios amplios en la materia en el ámbito del MERCOSUR, fueron inspiración de la reforma que la ley 26.361 del año 2008 hizo a la LDC, produciendo una profunda transformación de los escenarios comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho de Consumidores.

Podemos sintetizarlos así:

1) Al incardinar a la relación de consumo como la categoría delimitadora del ámbito de aplicación del marco jurídico protectorio de las y los consumidores, algo que se consolidaría como una tendencia y nota distintiva de la perspectiva iberoamericana y de los países de lengua portuguesa del Derecho de Consumidores. Esto permitirá darle al ámbito de aplicación una dimensión vertical, horizontal, espacial, individual y colectiva más rica y diversa.

2) En esa misma tendencia iberoamericana, al establecer el destino final como concepto clave perfilador del concepto de consumidor. El destinatario final posee un doble alcance: destino final en sentido fáctico, esto es, retiro de la cadena de producción, no adquirirlo para la reventa, como económico, es decir, utilizarlo para uso privado, para la satisfacción de necesidades domésticas, en beneficio personal, de su familia o grupo de relación y no para un uso profesional, como insumo de una actividad económica, comercial, industrial, agropecuaria o de servicios. A nuestro modo de ver, el Derecho de Consumidores argentino ha pasado, por tanto, de tener una definición de consumidor finalista compuesta en su redacción original a una definición finalista positiva, determinada por el criterio de destino final tanto en su faz fáctica como económica.

3) La ampliación del concepto de consumidor, incluyendo expresamente como sujetos equiparados al consumidor a los consumidores indirectos y a los sujetos expuestos a la relación de consumo.

4) En cuanto al concepto de proveedor, el nuevo artículo 2 realizó una enumeración más exhaustiva de las actividades comprendidas dentro del concepto de proveedor.

5) La eliminación de muchas limitaciones objetivas: ya no se trataba de un *numerus clausus* de relaciones contractuales, sino que las relaciones de consumo podrían tener como causa fuente a otras vicisitudes de las relaciones contractuales (precontractuales, por efecto del contrato,

poscontractuales), como a relaciones jurídicas de derecho público y privado de naturaleza no contractual o inscriptas tradicionalmente en la esfera extracontractual. También la ley estableció como objeto de las relaciones de consumo toda adquisición o utilización de bienes o servicios en forma gratuita u onerosa, por lo que reemplazó el elenco restrictivo de cosas al universo genérico de bienes, comprendiendo a los bienes inmateriales y los bienes inmuebles y muebles sin limitación; incluso incluyendo expresamente operaciones inmobiliarias como las de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

6) Incorporó en el texto legal a los supuestos de relaciones de consumo gratuitas.

7) Respecto de los servicios públicos domiciliarios, eliminó la aplicación subsidiaria de la ley bajo el prisma de la regla de la norma más favorable.

8) Eliminó también la restricción de los llamados “contratos entre consumidores de cosas usadas” del campo de las relaciones de consumo. Esto tendrá su impacto fundamentalmente en el campo de los entornos digitales.

9) Reemplazó el término “prestación de servicios” por el más inequívoco de “servicios”, constituyendo un nuevo argumento para quienes combatían, como dijimos anteriormente, su aplicación a las materias de seguros, financiera, turística o de transporte.

10) Si bien se preveía la eliminación de la restricción en materia de servicios profesionales, ella fue motivo de modificación en su paso por el Senado, criterio que ratificó en su sanción definitiva la Cámara de Diputados. Respecto del transporte aéreo, la ley 26.361 preveía la derogación del artículo 63, pero se vetó el artículo que lo proponía.

Estos nuevos escenarios tuvieron un impacto significativo en el Derecho de Consumidores, que le dieron un mayor impulso a partir del ensanchamiento de su ámbito de aplicación.

Sin embargo, también fue motivo para que se produzcan ciertos desvíos en su aplicación. Esto se produjo fundamentalmente por el impulso de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que enarbolaban la existencia de un supuesto *consumidor-empresario*, a partir de la eliminación del apartado del artículo 2 que afirmaba que no tenían el carácter de consumidores o usuarios, “quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”. Estas posturas, si bien ya contaban con algunos precedentes antes de la reforma, aunque acotado a actividades económicas de subsistencia en situaciones de vulnerabilidad o con carácter restrictivo, tras la reforma encontraron mayor predicamento.

Así, por ejemplo, emergieron minoritariamente posiciones como el maximalismo, que ponen el foco en el concepto “destino final” del bien o servicio bajo un criterio objetivo, siendo el consumidor simplemente el último eslabón de la cadena de comercialización. Para los maximalistas el destinatario fáctico del producto es aquel que lo retira del mercado y lo utiliza, no teniendo importancia la finalidad o utilidad a ser conferida al destino final. Así, el concepto de consumidor se ve asimilado al de cliente. Para esta posición, por lo tanto, los profesionales liberales: las empresas, sean a título de empresario individual o constituido como persona jurídica, públicas o privadas, con fin de lucro o sin él, podrán revestir, por consiguiente, la calidad de consumidores. Este argumento ha sido acogido por alguna jurisprudencia. Algún autor, siguiendo esta perspectiva, incluso ha planteado que el carácter de consumidor también lo podría revestir el Estado, cuando adquiere bienes o servicios para el desarrollo de sus actividades.

En una visión menos radical, las posiciones que proponen un finalismo “mitigado” o “relacional” consideran como eje central de la determinación del concepto de consumidor la “vulnerabilidad” del sujeto protegido y que es producto de las circunstancias del caso. Afirman los adherentes a esta posición que en el caso de las personas humanas y de las personas jurídicas sin ánimo de lucro, por constituir uso privado, el carácter de consumidor se presume siempre, en tanto que esa presunción no opera respecto de comerciantes, profesionales o empresas. Se considera en estos casos que considerarlos consumidores es la excepción, no la regla. Sostienen los adherentes a esta postura que hay que bucear, en el caso concreto, anali-

zando si la empresa acredita la vulnerabilidad en la actuación empresarial, para ser considerada como consumidor. Teniendo en cuenta como criterio, por ejemplo, el carácter monopólico del proveedor, en particular, en supuestos de servicios públicos domiciliarios en supuestos de abuso de posición dominante, distinguiendo entre la integración directa o indirecta del bien o servicio a una actividad productiva: operaciones realizadas “fuera del giro del negocio o ámbito de su actividad profesional habitual o relevante” según el tipo de la empresa, pregonando la inclusión de los emprendimiento o autónomos “parasubordinados” o las pequeñas y hasta medianas empresas, la desigualdad comercial o por la imposición de contratos de adhesión y condiciones generales de contratación: situaciones de vulnerabilidad material o criterios combinados.

No compartimos estas visiones, por adherir a la posición finalista antes referida en cuanto al alcance de la noción de destino final, tanto en su dimensión fáctica como económica. A esto podría agregarse que, en el caso de las sociedades, nunca podría darse a ninguna operación realizada por dichos entes un “fin extrasocietario” o contrario al desarrollo de las actividades por las que fueron constituidas sin caer en fraude o ilicitud.

VI. Consolidaciones y fortalecimientos: el Código Civil y Comercial de la Nación

El nuevo rumbo abierto por la ley 26.361 vino a ser consolidado y fortalecido por la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) en el año 2014 por la ley 26.994.

Servicialización del consumo, entornos digitales cada vez más vibrantes, el auge de las redes sociales, la novedad incipiente de las plataformas de *economía colaborativa* y la profundización de la incidencia de los servicios financieros en la agenda de consumo marcaron aquellos contextos.

El CCCN fortaleció la protección de las y los consumidores al integrar no solamente el contrato de consumo como una de las tipologías de la teoría contractual, perfilar el concepto de consumidor e insertar también a la relación de consumo en su articulado, sino también al regular reglas, principios e instituciones diferenciadas de manera transversal en su articulado, desde el título preliminar con los efectos de la ley en el tiempo hasta el derecho internacional privado, pasando por el derecho de las obligaciones, contratos y derechos reales.

En cuanto al ámbito de aplicación, el CCCN trajo las siguientes novedades:

1) Introdujo en definición del contrato de consumo el criterio de “uso privado, familiar o social”, lo cual, a nuestro juicio, fortalece el criterio finalista positivo para la calificación del concepto de consumidor. Creemos que la posición finalista es la que responde más adecuadamente a una interpretación sistémica del Derecho de Consumidores, teniendo en cuenta sus fundamentos sociológicos y axiológicos, en su perspectiva de función económica y social.

2) La reforma, lejos de cercenar o limitar los conceptos de consumidor y proveedor como alguna voz alzó, los consolidó y amplió, readecuando algunas cuestiones terminológicas y metodológicas.

3) La sustitución del concepto de “expuesto a una relación de consumo” por la de “expuestos a una práctica comercial” perfila una definición más adecuada e incluso más amplia del término, al comprender a sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufre o está en peligro de sufrir un daño, como consecuencia de una acción u omisión originada en un acto de mercado. Esto puede configurarse bajo la forma de un “consumidor potencial” (destinatario de las prácticas comerciales en la etapa precontractual), de un “consumidor pasivo” (potencial o víctima efectiva, sin vínculo directo o indirecto con el proveedor, que sufre o está en peligro de sufrir un daño por una acción u omisión antijurídica imputable a uno o más proveedores, sin intenciones de contratar con el proveedor, resulta damnificado en su persona o su patrimonio por un acto de mercado) o de un “damnificado indirecto” (tercero sobre quien repercute el daño que sufre otra persona).

4) El concepto de proveedor también se ve consolidado y fortalecido, al prever como polo opuesto al consumidor en el artículo 1093 no solo a las personas humanas y jurídicas, sino también a la “empresa” y al equiparar

el desarrollo de actividades de manera profesional como ocasional. A ello se suma que el CCCN elimina de nuestro Derecho los conceptos de comerciante y acto de comercio. Por tanto, dicha noción se perfila, entonces, por el desarrollo de los “actos de mercado”, por distintos tipos de entes (persona humana, persona jurídica, de derecho privado o público u organizaciones empresarias sin personalidad jurídica, como contratos asociativos, fideicomisos, uniones transitorias de empresas, acuerdos de colaboración, consorcios de cooperación, contratos de participación público-privada u otros contratos atípicos) y niveles de desempeño en el mercado (proveedor profesional u ocasional), de manera real, presunta o aparente. Esto asimismo facilita la aplicación al concepto de proveedor de los supuestos de apariencia y su vinculación con los institutos de la marca, la representación aparente, el “corrimiento del velo societario” y la responsabilidad de los administradores societarios.

5) Al regularse el contrato de adhesión en general, pudiendo perfilarse entonces también en el ámbito interempresario, desalienta los desvíos que generaron la emergencia de las posiciones que enarbolaban la existencia de un supuesto “consumidor empresario”.

VII. Hipervulnerabilidad y el contexto de pandemia: las resoluciones SCI 139/2020 y 11/GMC/2021

El contexto de la pandemia de la COVID-19 puso de relieve también las desigualdades y vulnerabilidades preexistentes, acentuándolas aún más, por lo que fue el tiempo propicio para el reconocimiento normativo a nivel nacional y regional de la categoría de “consumidores hipervulnerables”, categoría que alentaba nuestra doctrina e incipientemente ya reconocía la jurisprudencia.

Cuando hablamos de consumidores hipervulnerables, hablamos de consumidores que a la vulnerabilidad estructural de ser consumidores se le adiciona otra vulnerabilidad en función de la edad, género, etnia, situación socioeconómica o cultural, entre otras, que acentúa su vulnerabilidad y le provoca mayores dificultades en el acceso a la justicia.

A través de resolución SCI 139/2020 se institucionaliza una política diferenciada y preferente de protección de los consumidores hipervulnerables en la autoridad de aplicación nacional de la LDC.

La resolución no adopta un criterio cerrado en cuanto a los colectivos alcanzados. El artículo 1 establece que se consideran consumidores hipervulnerables a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. La categoría por tanto se torna dinámica, flexible y relacional, que parte de la concepción de la vulnerabilidad estructural de todos los consumidores, pero que reconoce que la vulnerabilidad de ser consumidor puede interseccionarse con otras vulnerabilidades, complejizando la cuestión, acentuando las diferencias y visibilizando la necesidad de medidas focalizadas. Esto debe analizarse en cada relación de consumo en particular. La norma menciona algunas situaciones que pueden configurar hipervulnerabilidad, sin que dicha enunciación constituya un *numerus clausus*, ni una situación que puede configurar la hipervulnerabilidad *per se*.

La hipervulnerabilidad como principio ha sido reconocido también expresamente por la resolución 36/GCM/19. La norma sigue la experiencia argentina y ha sido internalizada por Argentina y tiene jerarquía suprallegal. También la resolución 11/GMC/2021, siguiendo el ejemplo de la reglamentación argentina, ha replicado su contenido en el ámbito del MERCOSUR.

En el supuesto particular de niñas, niños y adolescentes, la resolución SCI 236/2021 dio mayores precisiones sobre este colectivo, reglamentando el derecho a reclamar de las y los adolescentes, y el derecho a ser oído y participar en los procedimientos de resolución de conflictos.

VIII. Los desafíos del derecho proyectado

En la actualidad en el Derecho del Consumidor argentino soplan vientos de reforma.

En el ámbito académico, profesional, del movimiento de consumidores y en los ámbitos político-institucionales

se fue construyendo el consenso sobre la necesidad de la renovación y actualización de la legislación en materia de protección de consumidores, yendo a una codificación de la materia.

Los proyectos presentados en el Congreso Nacional⁽¹⁾, en lo que refiere al ámbito de aplicación, señalan:

1) Los proyectos mantienen, a nuestro entender, el criterio finalista como elemento delimitador del concepto de consumidor el carácter de “destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

2) Los proyectos perfilan el concepto de consumidor en el artículo 2, con más los artículos 19 y 108, manteniendo los mencionados supuestos de consumidor directo, indirecto y expuesto, despejando definitivamente las hipótesis regresivas en la materia.

3) El concepto de proveedor mantiene los mismos verbos típicos que emplazan los actos de mercado, en tanto, agrega a la prestación de servicios y al transporte y detalla que la creación puede ser material o intelectual.

4) Se incluye también la categoría de consumidores hipervulnerables, en consonancia con la normativa reglamentaria e internacional antes referida.

IX. A modo de conclusión

Podemos observar que, a 30 años de la sanción de la LDC, el ámbito de aplicación del Derecho de Consumidores se ha ampliado y consolidado de manera progresiva, respondiendo a las demandas de las problemáticas de las y los consumidores.

Argentina se ha nutrido y ha contribuido a construir una perspectiva iberoamericana del Derecho de Consumidores, que se fundamenta en la vulnerabilidad estructural de las y los consumidores, el reconocimiento de sus derechos como derechos humanos fundamentales, a la relación de consumo como categoría delimitadora de su ámbito de aplicación, al destino final como el criterio delimitador de la noción de consumidor y la protección acentuada de las hipervulnerabilidades.

Las resistencias que en algún tiempo tuvo y quizá todavía tienen la plena aplicación de sus normas, principios e instituciones, responden a visiones restrictivas ancladas en las limitaciones que en algún momento estuvieron vigentes o a visiones que responden a intereses sectoriales. No obstante ello, aun en las actividades que antes referíamos como de las más renuentes, las autoridades de aplicación específicas han dictado normas reconociendo la aplicación del sistema de protección de las y los consumidores.

(1) Nos referimos a los proyectos 2576-S-19, 3143-D-2020, 5156-D-2020, 1745-S-2021, 0841-D-2022, 3607-D-2022, 7236-D-2022 y 0337-S-2023. En otra perspectiva los proyectos 1898-D-2021 y 3357-S-2022.

El Derecho de Consumidores se ve, por tanto, fortalecido, vigoroso y con ansias de seguir creciendo y consolidándose.

X. Bibliografía

ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. (director) - RODRÍGUEZ, Gonzalo M. (coordinador), *Manual de Derecho del Consumo*, Erreius, Bs. As., 2017.

BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Teoría General de las Relaciones de Consumo*, IJ Editores, Bs. As., 2021.

CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Bs. As., 2016.

FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4ª edición, Astrea, Bs. As., 2008.

GHERSI, Carlos A., “Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas?”, MJ-DOC-5755-AR.

HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A. “A diez años de la ley de defensa del consumidor. Panorama jurisprudencial”, JA 2.003-IV-1541.

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

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - TAVANO DE ARETES, María J., “La Protección al Consumidor en el Derecho Comparado”, Revista de Derecho del Consumidor, N° 1, Editorial Juris, Rosario.

LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6ª edición, Revista dos Tribunais, San Pablo, 2011.

MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAINTRAUB, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Comentarios a la Ley de Defensa del Consumidor*, Juris, Rosario, 1993.

ZENTNER, Diego H., *Contrato de consumo*, La Ley, Bs As, 2.010.

VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIONES - CONTRATOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - COMERCIO E INDUSTRIA - PODER JUDICIAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DAÑO - DERECHO CIVIL - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - ECONOMÍA - RESPONSABILIDAD CIVIL - RESPONSABILIDAD SUBJETIVA - RELACIÓN DE CONSUMO - CONSUMIDOR - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - JURISPRUDENCIA - SALUD PUBLICA - NORMAS DE EMERGENCIA

El Derecho del Consumidor a la luz de la estrategia jurídica: la necesaria convergencia entre sistema jurídico y políticas públicas

por SANDRA A. FRUSTAGLI^(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. DERECHO DEL CONSUMIDOR Y ESTRATEGIA JURÍDICA. – 3. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.

1. Introducción

A treinta años de vigencia de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor⁽¹⁾, un recorrido retrospectivo sobre la evolución experimentada por la disciplina en los planos normativo, doctrinario y jurisprudencial conduce a concluir sin esfuerzo ni hesitaciones que el Derecho del Consumidor se ha consolidado en nuestro país como una nueva rama de la juridicidad⁽²⁾, transversal, con autonomía legislativa y científica, que enriquece y complementa el complejo de ramas jurídicas tradicionales⁽³⁾.

Las particularidades de persona, tiempo y lugar que le han dado origen son resultantes de procesos socioeconómicos gestados durante el siglo XX y ligados a la expansión y afirmación del capitalismo a nivel mundial⁽⁴⁾, caracterizada –entre otros tópicos– por la estandarización de la producción y de las relaciones contractuales, por la intensa influencia de la publicidad en la modelación de hábitos de consumo –y de la cultura– y la multiplicación progresiva de técnicas y herramientas de financiamiento que retroalimentan e impulsan al propio sistema económico; se agrega a ello la globalización de los mercados, generadora de mayores grados de exclusión socioeconómica⁽⁵⁾, panorama que –en el presente– se agrava a consecuencia de la disrupción tecnológica que ha penetrado con intensidad en el mercado de bienes y servicios abriendo

cauce a nuevas situaciones de vulnerabilidad en el ecosistema digital.

Tal escenario muestra las especificidades sociológicas, normológicas y axiológicas que confieren autonomía material a esta rama y revela la especial exigencia de justicia que la inspira, esto es resguardar la vulnerabilidad del consumidor como persona, tanto en su dimensión individual como colectiva.

La disciplina se edifica entonces sobre la idea de vulnerabilidad estructural del consumidor⁽⁶⁾; de ahí que su directriz primordial reside en el principio *pro consumidor* (art. 42 CN, art. 3 LDC, art. 1094 CCCN). Además, identifica y reconoce un núcleo de derechos fundamentales en el campo de las relaciones de consumo que resultan esenciales sustancial e instrumentalmente para superar ese estado de hiposuficiencia, asegurar la eticidad de las relaciones de consumo y preservar la dignidad de la persona consumidora; con la particularidad que la trama del sistema protectorio se incardina –al menos en el ámbito latinoamericano– en profunda conexión con la teoría general de los derechos humanos⁽⁷⁾.

2. Derecho del Consumidor y Estrategia Jurídica

Sentado lo anterior, el objetivo de este breve trabajo es aportar algunas reflexiones acerca del sentido del Derecho del Consumidor como rama, a partir de ciertos elementos de análisis que ofrece la estrategia jurídica. Enseña Ciuro Caldani que cabe entender a “la estrategia jurídica como ordenación de los medios para lograr el objetivo general de Derecho perseguido y a la táctica jurídica como los medios específicos para el cumplimiento de esa estrategia”⁽⁸⁾.

En retrospectiva, este punto de mira parece útil para aprehender el sentido profundo de la disciplina desde una comprensión macro jurídica, abarcadora de los intereses en juego, integradora y dinámica, en conexión con todo el sistema jurídico. En prospectiva, pone en valor el fuerte sentido de futuro del Derecho y su indispensable dinamismo⁽⁹⁾; por ende, contribuye a planificar y ordenar los medios adecuados para alcanzar un desarrollo armonioso entre los avances del sistema normativo de protección y las políticas públicas tendientes a su efectiva implementación, aspecto que al presente aún no ha logrado consolidarse de modo pleno.

Desde la perspectiva de análisis propuesta, el surgimiento del Derecho del Consumidor como rama constituye en sí mismo una estrategia jurídica de regulación del mercado encaminada a remover o paliar las asimetrías informativas, económicas y técnicas –entre otras– que afectan al consumidor. Este fin, en paralelo, pone de manifiesto su inescindible interrelación con el Derecho de la Competencia⁽¹⁰⁾, ámbito donde en nuestro país las de-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Daño moral y daños punitivos*, por GONZALO PEÑALBA PINTO, ED, 220-1003; *El daño punitivo*, por CLAUDIO GROSSO, ED, 227-964; *El daño punitivo en las acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores*, por MARIANO DE ESTRADA, ED, 236-874; *El daño punitivo ante supuestos de responsabilidad objetiva*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 253-48; *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VITOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARZINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2017-949; *Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos*, por MACARENA BARICCO PRATS, ED, 278-833; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *En torno a la figura del daño punitivo. A propósito de la configuración de las condiciones de procedencia. Algunas reflexiones sobre los casos “Teijeiro” vs. “Esteban” y la formulación del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 283-776; *Daños punitivos: la petición de parte y el estudio procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 287-753; *El daño punitivo y la “tolerancia cero”*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290-393; *Vulnerabilidad, ahorro y consumo: Hacia la acentuación de la cuantificación de los daños punitivos a través de la aplicación de la fórmula de Irigoyen Testa*, por MARTÍN TESTA, ED, 291-219. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesora Asociada de Derecho del Consumidor y de Derecho de los Contratos (Facultad de Derecho UNR). Investigadora de la CIC-UNR. Vicepresidente del IADC.

(1) Sancionada el 22 de septiembre de 1993, promulgada el 13 de octubre de ese año por decreto 2089/1993 con vetos parciales que afectaron importantes instituciones, rige desde el 15 de octubre del mismo año, fecha en que se publicó en el Boletín Oficial.

(2) Una magistral reseña de la evolución p. v. en Stiglitz, Gabriel, *La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de derecho, sin políticas*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012. Más reciente, p. v. Hernández, Carlos, “Estado actual del Derecho del Consumidor. A 25 años de la vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor”, en La Ley, cita online AR/DOC/3574/2018.

(3) Acerca de las nuevas ramas jurídicas transversales como una exigencia de la nueva era p.v. Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Necesidad de un complejo de ramas del mundo jurídico para un nuevo tiempo”, en *Investigación y docencia*, N° 40, pág. 113 y ss.

(4) Una interesante y profunda reflexión acerca de su sentido filosófico p. c. en Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Desde la protección del propietario a la protección del consumidor y el usuario (Aportes a la filosofía del Derecho Privado)”, ED, 159-1022.

(5) Ver Porto Macedo, Ronaldo, “Globalização e Direito do Consumidor”, en *Direito do Consumidor*, n° 32, pág. 45 y ss.

(6) Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 16. La Corte Suprema de Justicia de la Nación no duda en reconocer esa vulnerabilidad estructural del consumidor y en afirmar la protección constitucional que se le dispensa y ha afirmado que “los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial”, en autos “Ledesma, María Leonor c. Metrovías S.A.”, 22/04/2008, Considerando 7, Fallos 331, pág. 819.

(7) Ampliar en Sozzo, Gonzalo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del derecho del consumidor”, en RDPyC, 2010-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 142; Frustagli, Sandra –Hernández, Carlos, “La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, *Jurisprudencia Argentina*, T. 2017-III, 1341 y ss.; Sahián, José Humberto, *Dimensión constitucional de la tutela del consumidor*, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017; Tambussi, Carlos (Dir.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, Hammurabi, Bs. As., 2017, pág. 48 y ss.

(8) Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “La estrategia jurídica, una deuda del Derecho actual”, *Investigación y Docencia*, 2011, http://www.centrodefilosofia.org/lyD/lyD46_6.pdf, pág. 51

(9) *Ibidem*, pág. 50.

(10) Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Derecho de los consumidores y Derecho de la libre competencia”, publicado en *Academia Nacional de Derecho*, 2000, pág. 261, La Ley online AR/DOC/10932/2003;

ciones estratégicas adoptadas en el plano normativo no han sido convergentes con políticas públicas que garanticen su efectiva puesta en acción. En la actualidad, dentro de las categorías que en términos estratégicos se asocian al *reconocimiento del campo* de la realidad, cabe identificar fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas (FODA).

Al respecto, constituye una *fortaleza* central en el desarrollo y evolución del Derecho del Consumidor en el ámbito nacional los instrumentos internacionales de *soft law*, tal como las Directrices de Naciones Unidas para la Protección al Consumidor donde se establecen líneas de acción para una política de defensa del consumidor y se identifican núcleos básicos de las tácticas o instrumentos tuitivos que pueden adoptar los estados para el mejoramiento de los niveles de tutela⁽¹¹⁾. Cabe recordar que las Directrices constituyen el único instrumento convenido internacionalmente sobre protección del consumidor y han sido aplicadas ampliamente por los Estados miembros de la UNCTAD, mostrando un matiz performativo, pues accionan sobre el derecho de los estados miembros al actualizar las grandes líneas rectoras que deben guiar las regulaciones estatales⁽¹²⁾.

Es posible detectar factores políticos capaces de *debilitar* la protección desde la perspectiva macro jurídica considerada. Por ejemplo, en los hechos, la estructura federal de nuestro país determina que en algunas provincias las políticas de implementación de protección del consumidor sean débiles o inexistentes, circunstancia que genera dificultades en el acceso a la justicia y conspira contra la tutela judicial efectiva. Lo mismo sucede con la falta del desarrollo de políticas integrales de educación al consumidor para el ejercicio de sus derechos. En el plano institucional, la ausencia de autoridades de aplicación y agencias de control dotadas de autonomía y recursos suficientes conspira indudablemente contra la consolidación de una protección real y eficiente.

En términos de *oportunidades*, la evolución y desarrollo del Derecho del Consumidor nacional permite detectar el aprovechamiento de circunstancias sociopolíticas en la toma de decisiones que se orientaron a incrementar paulatinamente los niveles de tutela. Sobre el particular, cabe poner de relieve ciertos hitos de especial significación, así:

a) La sanción de la ley 24.240 tuvo lugar en el escenario de la integración de nuestro país al MERCOSUR, debido a que la vigencia en Brasil de un CDC obligó a los demás países de la región a acelerar la adopción de marcos reguladores de la defensa del consumidor, co-

mo camino para avanzar en el proceso de armonización de legislaciones internas. Pese a los vaivenes políticos e institucionales ese propósito se ha conservado, siendo el Comité Técnico N° 7 Defensa del Consumidor (creado por Dir. CCM 01/1995, Dec. CMC 59/2000) el ámbito específico donde se negocia la aproximación y armonización legislativa. Merece destacarse que en los últimos años los trabajos en el seno del citado Comité han sido fecundos en la identificación de problemas regionales comunes y acuciantes, plasmándose en resoluciones que avanzan sobre la agenda actual de la protección del consumidor⁽¹³⁾.

b) La reforma constitucional de 1994 fue el momento histórico crucial para elevar el estatus de la protección nacional del consumidor situándola en el nivel más alto posible del sistema jurídico. Estratégicamente, la decisión de consagrar los derechos fundamentales del consumidor en el marco de la relación de consumo fue clave para cimentar sobre bases sólidas el sistema protectorio y propender a su mejoramiento y fortalecimiento⁽¹⁴⁾. Cabe destacar que el texto constitucional abre cauce a una protección que trasvasa los aspectos patrimoniales de la relación de consumo para adquirir un perfil decididamente humanista, comprensivo de la protección de la dignidad, la salud, la integridad física, es decir, centrada en salvaguardar al consumidor como ser humano⁽¹⁵⁾.

c) A su turno, el Código Civil y Comercial tuvo el acierto estratégico de incorporar al sistema de Derecho Privado los principios y reglas constitutivos del piso mínimo de protección al consumidor en el campo contractual, sede desde donde irradia con alcance general a todos los ámbitos y segmentos de la contratación con consumidores. Esta decisión implicó además la apertura a un diálogo y articulación entre los principios y reglas de la LDC y los principios generales y reglas del CCCN, con ajuste a los valores y principios contenidos en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de enorme significación por cuanto se trata de un posicionamiento metodológico cuyo impacto sistémico se proyecta más allá de las fronteras del contrato de consumo⁽¹⁶⁾.

d) En el presente, la evolución discurre hacia la codificación del Derecho del Consumidor. Se ha dicho que “[e]n el marco estratégico y táctico es importante reconocer en plenitud la realidad social, normativa y axiológica de la que se parte, a cuál se pretende llegar y cómo se ha de recorrer el camino para lograrlo”⁽¹⁷⁾. En ese último aspecto, nos parece que las acciones gubernamentales que han impulsado primero una reforma integral a la ley 24.240 que posibilitara su modernización, derivando con posterioridad en propuestas de sanción de un código de defensa del consumidor, se manifiestan –a nuestro juicio– como proyectos legislativos concebidos con conciencia de una estrategia jurídica integral, abarcativa tanto de un marco regulatorio capaz de dar respuestas jurídicas a los desafíos actuales del mercado a través de herramientas sustantivas y procesales, como de las líneas de acción política y los diseños institucionales necesarios para concretar la efecti-

Feld, Nicole D. – Tambussi, Carlos E., “Primeras reflexiones sobre la nueva Ley de Defensa de la Competencia”, *RDCO* 291, pág. 831 y ss.; Krieger, Walter F., “Relaciones y complementariedad entre el Derecho del Consumidor y la Defensa de la Competencia”, en *Sup. Esp. Com. Ley de Defensa 2018* (octubre), pág. 525, cita online AR/DOC/2124/2018.

(11) La Asamblea General de la ONU ha reafirmado que las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor son “un conjunto valioso de principios para establecer las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces, y para ayudar a los Estados Miembros interesados a formular y aplicar leyes, normas y reglamentos nacionales y regionales adaptados a sus propias circunstancias económicas, sociales y ambientales, así como para promover la cooperación internacional entre los Estados Miembros en el ámbito de la aplicación y alentar a que se compartan las experiencias en materia de protección de los consumidores”.

(12) La primera versión elaborada en 1985 se concentró en principios que afrontaban las problemáticas de ese tiempo histórico, en esencia aspectos patrimoniales de la relación consumidor-empresa, enfocándose en nivelar las principales asimetrías que preocupaban en ese momento. En la segunda versión, en el año 1999, las directrices pasan a ocuparse también de la necesidad de promover modalidades sostenibles de consumo. La perspectiva ambiental, íntimamente vinculada a la producción y al consumo, pasa a ser también una preocupación para las políticas de protección al consumidor. Ya la versión de 2015 da cuenta de un modelo regulativo del consumo decididamente preocupado por cuestiones extrapatrimoniales, un enfoque atravesado por la perspectiva de derechos humanos, de la protección de la persona: acceso al consumo, protección de los consumidores en situación de desventaja y de la protección de los datos personales. Así se establece que “Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: a) El acceso de los consumidores a bienes y servicios esenciales; b) La protección de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja; j) Un grado de protección para los consumidores que recurran al comercio electrónico que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio; k) La protección de la privacidad del consumidor y la libre circulación de información a nivel mundial”. Ese *soft law* se manifiesta como un nuevo derecho con perfiles que aparecen ahora también apuntando a una protección de los derechos fundamentales de las personas.

(13) Destacan por la relevancia de las temáticas abordadas, la resolución 36/2019 sobre principios fundamentales, la 37/2019 que adopta pautas mínimas para la protección del consumidor en el comercio electrónico y la 11/2021 sobre consumidores hipervulnerables. Durante 2021 estaban a debate otras problemáticas de singular importancia para la región, como ser las negociaciones para consensuar bases normativas en materia de prevención y saneamiento del sobreendeudamiento de los consumidores. Sobre el particular p. v. Japaze, María Belén, “La protección de los consumidores sobreendeudados en el MERCOSUR: Acciones del Comité Técnico N° 7. La regulación en los Estados Parte. La situación en Argentina”, en AA. VV., *Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor*, dirigido por Claudia Lima Marques, Luciane Klein Vieira y Sergio Sebastián Barocelli, UJ Editores, Argentina, 2021, cita online UJ-MMVIII-283.

(14) Recordamos que el texto del anteproyecto de declaración de los derechos del consumidor fue elaborado por el jurista Gabriel Stiglitz, tuvo aprobación en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Rosario, 1994) y fue presentado en la Convención Constituyente, en la Comisión de Nuevos Derecho y Garantías, por el convencional Roberto Irigoyen, v. Stiglitz, Gabriel, *La defensa del consumidor en Argentina. 30 años de derecho, sin políticas, cit.*, pág. 23 y ss.

(15) Frustagli, Sandra – Hernández, Carlos, “La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, *cit.*

(16) Ampliar en Hernández, Carlos, “Estado actual del Derecho del Consumidor. A 25 años de la vigencia de la Ley de Defensa del Consumidor”, *cit.*

(17) Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “La estrategia jurídica, una deuda del Derecho actual”, *cit.*, pág. 56.

va vigencia de los derechos de los consumidores, tanto en su faz individual como colectiva⁽¹⁸⁾.

Es fundamental reconocer las situaciones que *amenazan* el desenvolvimiento o la consolidación del Derecho del Consumidor. En este sentido, no es menor el impacto que tiene la oscilación entre modelos económicos más afines al liberalismo o a la socialdemocracia, a cuyo ritmo pueden trazarse políticas de restricción o de expansión del sistema tuitivo. En cierto modo, también pueden interpretarse como amenazas la continua innovación en los mecanismos de marketing y comercialización empleados por las grandes empresas, impulsados por la globalización económica, unidos hoy al avance de poderosas tecnologías como la IA⁽¹⁹⁾, que originan nuevas situaciones de vulneración de derechos para las cuales los marcos regulatorios quedan –en muchos aspectos– obsoletos (piénsese, por ejemplo, en lo que sucede con la aplicación de algoritmos inteligentes al análisis de datos masivos que permiten perfilar segmentos de consumidores a los cuales dirigir campañas publicitarias personalizadas y manipular sus preferencias minando la libertad de elección⁽²⁰⁾, sin perjuicio de la afectación de la privacidad subyacente en su empleo).

Entre las categorías de análisis que se manejan en el plano estratégico, aparecen los denominados modelos de estrategia jurídica⁽²¹⁾, existen diversas clases y suelen presentarse combinados y no de manera pura. Desde ese enfoque, puede afirmarse que el Derecho del Consumidor adopta parcialmente un modelo de estrategia de excelencia, valiéndose de tácticas de fortalecimiento de la propia posición para concretar su pretensión de nivelar las asimetrías que afectan a la persona consumidora. Así, como ya se mencionó, recurre al reconocimiento de un conjunto de derechos sustanciales e instrumentales de raigambre constitucional y de la afirmación de un principio protectorio como pauta directriz de esa rama jurídica (art. 42 CN). Otra solución que reafirma ese enfoque lo constituye la adopción del orden público como uno de los principios fundantes de la disciplina, con la consiguiente irrenunciabilidad anticipada de derechos (art. 65 LDC). También, la adopción de diseños institucionales que procuran afianzar su vigencia por vía de la actuación de autoridades administrativas propias que investigan y sancionan transgresiones, articulan acciones con autoridades provinciales (vg. a través del COFEDEC), gestionan vías de conciliación entre consumidores y proveedores y otros mecanismos alternativos de solución de controversias (vg. tribunales arbitrales de consumo). Sin embargo, en ese aspecto el modelo exige en la práctica atender al robustecimiento de las estructuras actuales de las autoridades de aplicación a fin de dotarlas de autonomía y autarquía en su funcionamiento⁽²²⁾. En la

(18) La idea de una planificación integral se desprende con precisión de la Fundamentación del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor elaborado por una Comisión Reformadora que integraron los Dres. Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'Archivio, Carlos A. Hernández, María Belén Japaze, Leonardo Lepiscopo, Federico Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo Sozzo, Carlos Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajtraub, por encargo de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación. Anteproyecto que luego sirvió de fuente directa a los diversos proyectos legislativos de código. Puede ampliarse en Hernández, Carlos A., Japaze, María Belén, Ossola, Federico A., Sozzo, Gonzalo, Stiglitz, Gabriel A., "Antecedentes y estado actual del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor", en LL 2020-A, pág. 939, y de los mismos autores: "Hacia el Código de Defensa del Consumidor", La Ley online AR/DOC/592/2021. Entre los proyectos que han tenido estado legislativo se encuentran los expedientes S-2576/19, 3134-D-2020, 5156-D-2020, 3607-D-2022, y el más reciente expte. 337/23 presentado por senadores de la bancada de JxC en marzo de 2023.

(19) Un panorama del estado de la cuestión en general p. v. en Corvalán, Juan G., *Perfiles digitales humanos*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires, 2020; con referencia al derecho del consumidor v. Frustagli, Sandra A., "Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo", JA 2021-III, pág. 149 y ss.; Colombo, María Celeste, "La reformulación de los principios del Derecho del Consumo ante la utilización de algoritmos", en Revista de Derecho del Consumidor, N° 13 (dic. 2022), en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=8150d2bc06e353e40b6883366c0a4cc8>

(20) A nivel de noticias p. v. <https://www.beetrack.com/es/blog/inteligencia-artificial-y-consumo-masivo-una-alianza-tecnol%C3%B3gica-clave-para-el-crecimiento>

(21) Ciuro Caldani, Miguel Ángel, "La estrategia jurídica, una deuda del Derecho actual", *cit.*, pág. 69 y ss.

(22) En el XVI Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Bariloche, marzo de 2017), el Foro de discusión sobre "Políticas públicas, activismo ciudadano y protección del consumidor" recomendó

misma línea, corresponde intensificar las políticas públicas relativas a la educación al consumidor.

Tampoco resulta ajeno al Derecho del Consumidor el modelo de estrategia jurídica de relacionamiento, esto se evidencia en el recurso a tácticas tales como promover y propiciar una cultura de los servicios de atención al cliente para canalizar reclamos, como una dimensión del deber de trato digno, la creación de la figura del defensor del cliente en el marco de las empresas o el impulso de guías de buenas prácticas dirigidas a los proveedores⁽²³⁾, etc.

Asimismo, está presente el modelo de estrategia de enfrentamiento. Este se manifiesta en las herramientas jurídicas que el Derecho del Consumidor desarrolla a fin de nivelar las desventajas del consumidor en el campo procesal, tales como el beneficio de justicia gratuita, la competencia de los tribunales del domicilio real del consumidor, la admisión de cargas probatorias dinámicas o los procesos colectivos, entre otros institutos incardinados con el derecho de acceso a la justicia. Otra manifestación de ese modelo puede observarse en la adopción de un régimen de sanciones administrativas para el caso de violaciones de los deberes impuestos a los proveedores.

3. A modo de reflexión final

La estrategia jurídica aporta al Derecho del Consumidor una mirada que resulta de utilidad para ordenar y planificar un sistema protectorio cuya integralidad, dinamismo y adaptabilidad le posibilite alcanzar con eficiencia el objetivo de proteger a la persona consumidora, individual y colectivamente, con niveles de eficacia y eficiencia que faciliten la construcción de respuestas frente a las nuevas vulnerabilidades, ciertas o probables, que han nacido de la sociedad de la información y del avance inexorable de otras tecnologías disruptivas. Se trata de concretar los valores y principios que lo informan para que la utilidad inherente al mercado no diluya las exigencias de justicia.

En ese camino, el Derecho del Consumidor ha de proponer una estrategia dialógica o de relacionamiento con otras ramas que tienen relevancia táctica para fortalecer la tutela de las vulnerabilidades concretas, que encuentran resguardo en el nuevas ramas transversales de la jurisdicción tales como el Derecho de la Salud, el Derecho de la Educación, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Vejez, el Derecho de la Alimentación, que desde sus propias realidades materiales convergen en la protección de distintas categorías de sujetos vulnerables, sobre bases convergentes que hunden sus raíces en los derechos humanos.

También urge contemplar acciones concertadas con otros estados y de cooperación con organismos internacionales, con el propósito de asegurar marcos protectorios de proyección internacional frente al fenómeno de disolución de las fronteras que representa la expansión del mercado digital.

En definitiva, la estrategia jurídica refleja en este campo que el sistema de protección demanda una equilibrada y precisa complementación entre el desarrollo de marcos normativos adecuados y políticas públicas claras y robustas que efectivicen la defensa de los derechos reconocidos a la persona consumidora.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONTRATOS - RELACIÓN DE CONSUMO - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONSTITUCIÓN NACIONAL

"la creación por ley, tanto a nivel nacional como en las provincias, de un organismo administrativo específico e independiente, dotado de alta jerarquía, autarquía financiera y, en defecto de ello, que las áreas nacionales, provinciales y municipales que funcionen como autoridad de aplicación de la LDC y demás leyes complementarias y vinculadas a la protección y defensa de los derechos de consumidores y usuarios, no dependan de Ministerios o Secretarías vinculados a sectores de la economía a los que debe controlar (Comercio, Industria u otros); sino que funcionen en la órbita de los Ministerios de Justicia, Derechos Humanos, Gobierno o Ciudadanía."

(23) Un ejemplo lo constituye la "Guía Buenas Prácticas en las Relaciones de Consumo con Perspectiva de Géneros y Diversidades", elaborada de manera plural y colaborativa por distintos organismos estatales y organizaciones no gubernamentales, en el marco de un proceso de construcción colectiva impulsado por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo, p. c. en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/06/00_-_guia_de_buenas_practicas_-_genero_y_consumo.pdf

El derecho del consumo, en perspectiva

por JOSÉ FERNANDO MÁRQUEZ(*)

Sumario: 1. LA CONVOCATORIA A ESTE CONGRESO. – 2. DE DÓNDE VIENE. – 3. A DÓNDE VA.

1. La convocatoria a este Congreso

La reunión de personas (al menos hasta estos tiempos y hasta que nos reemplacen las máquinas), durante algunos días y en un lugar común, para pensar sobre temas que nos convocan, siempre ha sido una herramienta útil, provechosa, gratificante y saludable.

La convocatoria a este Vigésimoquinto Congreso Nacional de Derecho del Consumidor, al que, por demasiada generosidad de los organizadores, se me ha invitado, será, sin dudas, una nueva oportunidad para reflexionar sobre lo que pasó, está pasando y pasará con el derecho que regula las normas del consumo.

Si agregamos que la cita se realiza para recordar los treinta años de vigencia de la ley madre de los derechos del consumidor, la importancia del evento se potencia. Y lo hace porque los números redondos son, en general, ocasión propicia para un mayor detenimiento. Son momentos más significativos, que generan mayores sensaciones y sentimientos. Y, con ello, quizás mayores compromisos.

Por ello, saludo con intensidad a este Congreso, del cual, afirmo con certeza, surgirán nuevas ideas y fuerzas que marcarán el rumbo de esta novel materia, hoy centro de atención en los foros de reflexión y en la resolución de conflictos a los que abarca.

2. De dónde viene

Adhiero a quienes predicam que solo podremos diseñar el futuro si conocemos al pasado. Por eso creo necesario que, en este Congreso, podamos recordar los hitos del derecho del consumo en la Argentina.

Por supuesto, no podemos dejar de recordar a los maestros Atilio Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz, quienes diseñaron la primera normativa, atrayendo los cánones que ya circulaban por los países del norte, mas aportándole la dosis de realismo que esta Argentina siempre nos impone.

Pronto los mejores deseos confrontaron con la realidad que todo diseño normativo impone. El veto que recibió la primera norma demostró que los intereses que confrontaba estaban atentos.

La inclusión de la cláusula constitucional, en la que también tuvo mucho que ver Stiglitz, instaló definitiva-

mente la cuestión en agenda y, pronto, aquel veto dejó de tener virtualidad.

El derecho del consumo se instaló en el centro de la escena jurídica, por su alcance a gran parte de las relaciones humanas involucradas; las sucesivas modificaciones a la ley, que ampliaron su ámbito de aplicación, contribuyeron al crecimiento de su importancia. Mas también fue la paciente y laboriosa tarea de juristas (que si intentáramos nombrarlos seguramente pecaríamos por defecto, muchos de esta Rosario) que creyeron que este derecho abriría nuevos cauces para intentar solucionar problemas que, hasta esos momentos, se encontraban ocultos.

Incluso, creemos que amplió su aplicación más allá de lo necesario. Sin dudas que la ley intentó abarcar la regulación del mercado del consumo minorista, en consonancia con las leyes de lealtad comercial y defensa de la competencia. Mas limitó su aplicación a las relaciones de consumo entre consumidores y proveedores; por ello no es aplicable a otras relaciones de consumo entre personas no catalogadas en esas categorías. La cuestión de los daños causados por cosas o servicios peligrosos o defectuosos no es materia exclusiva de la relación entre consumidores y proveedores (en los términos de la ley). Por ello, numerosos supuestos no pueden ser alcanzados por las reglas del artículo 40 de la normativa. Sin embargo, el supuesto dañoso es el mismo, sea o no consumidor el dañado. Mas es bueno que algún derecho lo haya receptado. Y lo hizo el derecho del consumo.

A este ejemplo lo recuerdo solo como modelo de una normativa expansiva, como la del consumo.

Pongo de resalto este aspecto porque, creo, el gran logro del derecho del consumo hasta hoy, más allá de las soluciones particulares que trajo para numerosos conflictos cotidianos, es haber visibilizado un sector más de vulnerables.

Como antes lo había hecho el derecho laboral, el derecho del consumo rompió con la estructura decimonónica basada en la igualdad de los hombres y en la capacidad de contratar en igualdad de condiciones, inherentes a la humanidad misma. La ficción se caía y el derecho del consumo lo demostró.

Nociones como el derecho a convivir de manera más segura, a ser tratado dignamente, al acceso a la justicia, o a contratar informado, fueron patentizados por el derecho del consumo, y hoy son materia habitual, fuera de su ámbito. Y este es su gran logro.

3. A dónde va

No tengo el conocimiento, ni la imaginación, que tienen los futurólogos. Sólo alguna intuición me indica que los problemas que vienen, y ya están entre nosotros, serán los generados por las nuevas tecnologías (permítaseme esta denominación) y la creación de nuevas vulnerabilidades. Y allí estará el derecho del consumo, sin dudas. Aun en cuestiones que no serían estrictamente de su ámbito, como antes.

Las relaciones trabadas a través de plataformas no son materia exclusiva del derecho del consumo. Sin embargo, se ha hecho cargo y las soluciones vienen desde su seno.

Las cuestiones derivadas de la utilización de la inteligencia artificial, son, sin dudas, concernientes a todos, consumidores o no consumidores. Mas, no tengo dudas, es el derecho del consumo el que pondrá las herramientas conceptuales e instrumentos necesarios para encauzar la actividad. Por ejemplo, desde el derecho a la información, se puede solucionar el problema de la opacidad, o desde el derecho a la dignidad, el problema de los sesgos.

Las vulnerabilidades, probablemente, seguirán creciendo (así lo muestran los artistas que imaginan el futuro, con todo lo que el conocimiento no científico tiene para darnos) y se irán formando ámbitos de regulaciones necesarias para cada espacio, quizás excediendo al derecho del consumo (y, aun, mediando relaciones de consumo).

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho: Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *Cooperativas y defensa del consumidor: una solución en buen camino*, por DANTE CRACOGNA, ED, 271-298; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *Robótica e inteligencia artificial: nuevos horizontes de reflexión*, por LEONARDO PUCHETA, ED, 285-908; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, persona jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*, Número 1 - Junio 2021. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado. Doctor en Derecho y Cs. Sociales (UNC). Académico de Número Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Profesor Titular Derecho Privado (UNC).

Sin embargo, la noción de vulnerabilidad es propia del derecho del consumo, es su *métier*, su razón de ser, su núcleo, por lo que desde allí se aportarán, sin dudas, ideas, soluciones y herramientas necesarias para los nuevos frágiles y desvalidos.

El profundo humanismo que lo constituye le reserva esta necesaria tarea.

Que sea este Congreso otro jalón más en la lucha por la dignidad, por la que el derecho del consumo nació y pervive.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - RELACIÓN DE CONSUMO - DERECHO DEL CONSUMIDOR - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - OBLIGACIONES - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONTRATOS COMERCIALES - RESPONSABILIDAD CIVIL - ECONOMÍA - CONTRATOS INFORMÁTICOS - DEBER DE INFORMACIÓN - COMERCIO E INDUSTRIA - PERSONA - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - PERSONAS JURÍDICAS - INTERNET - MONEDA - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

Desafíos pendientes en la implementación de la tutela de la persona consumidora

por FERNANDO MUMARE^(*)

Sumario: I. MARCO REFERENCIAL. – II. PREVENCIÓN. II.1. EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR. II.2. PROMOCIÓN. II.3. PUBLICIDAD. II.4. PENDIENTES DE POLÍTICAS PÚBLICAS. – III. FISCALIZACIÓN. – IV. SOLUCIÓN.

I. Marco referencial

El art. 42 de la Constitución Nacional establece la obligación de implementar procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en materia de consumo. Además, el art. 75, inc. 23, agrega la responsabilidad de los legisladores de aprobar medidas de acción positiva para asegurar la igualdad real de oportunidades y trato y el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

En este contexto, la ley 13.133, conocida como Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires, requiere una revisión necesaria y urgente para ajustar la normativa procedimental a las actualizaciones de las leyes de fondo y las pautas interpretativas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho vigente.

Aunque, desde su sanción en 2003, la ley ha experimentado reformas puntuales (13.730, 14.393, 14.514, 14.640 y 14.652), éstas no han modificado la estructura fundamental del procedimiento.

Se reconoce la necesidad de revisar y actualizar la ley de consumidores y usuarios de la Provincia de Buenos Aires para asegurar la efectividad de los procedimientos en la resolución de conflictos y garantizar la igualdad de

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El daño punitivo ante supuestos de responsabilidad objetiva*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 253-48; *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VITOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por MARÍA CONSTANZA GARZINO y FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 258-317; *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *Responsabilidad civil por acto involuntario en el Código Civil y Comercial*, por EDUARDO C. MÉNDEZ SIERRA, ED, 272-815; *Los supuestos expresamente contemplados en el nuevo Código que eximen –total o parcialmente– la atribución de la responsabilidad*, por JUAN FRANCISCO GONZÁLEZ FREIRE, ED, 274-813; *El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial*, por ALEJANDRO ALBERTO FIORENZA, ED, 276-657; *Criterios de atribución de responsabilidad civil. Razones de su evolución desde Vélez Sarsfield hasta el Código Civil y Comercial*, por FERNANDO ALFREDO UBIARÁ, ED, 277-724; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *En torno a la figura del daño punitivo. A propósito de la configuración de las condiciones de procedencia. Algunas reflexiones sobre los casos “Teijeiro” vs. “Esteban” y la formulación del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 283-776; *La tutela al usuario de servicios en el ámbito de las relaciones de consumo: un interesante precedente. Comentario al fallo “T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ordinario”*, por GABRIEL ABAD y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 286-190; *Tutela Judicial Efectiva: necesidad de ponderar debidamente la normativa de defensa de los consumidores y usuarios en el supuesto de hecho*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 291. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Mar del Plata). Juez de Faltas de la Municipalidad de General Pueyrredón, Provincia de Buenos Aires, con competencia específica en Derecho del Consumidor. Profesor por concurso en las asignaturas Teoría Constitucional y Derechos Humanos y Garantías; profesor a cargo de la materia Derechos de los Consumidores y Usuarios y docente de la Carrera de Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Autor de numerosos artículos publicados en libros y revistas de su especialidad.

oportunidades y el pleno goce de los derechos de todas las personas, en especial de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En orden a analizar las posibles áreas de revisión, proponemos centrarnos en tres palabras, dos de las cuales se desprenden del propio artículo: prevención, fiscalización y solución.

II. Prevención

La prevención debería ser la principal obligación del Estado en cada uno de sus estamentos. Debe abordarse en distintos ámbitos, entre los que se destacan –en la materia que nos convoca– tres principales: educación, promoción y publicidad. El trabajo en estas tres áreas redundaría en reducción de los costos de los órganos administrativos y judiciales, en un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y tecnológicos y, principalmente, en la mejora en la calidad de vida de los ciudadanos. La educación, el acceso al consumo, la promoción de buenas prácticas, la publicidad disuasiva y los límites a la publicidad que induzca a conductas perjudiciales son algunos de los parámetros que permiten avizorar un futuro auspicioso para el caso de cumplirse con las deudas pendientes de aquella mirada vanguardista de la protección del consumidor que imaginaban los maestros Stiglitz, Alterini y López Cabana.

A continuación, se abordarán sucintamente los tópicos referidos.

II.1 Educación al consumidor

La ley 24.240 se ocupa de la educación al consumidor al establecer la inclusión de la materia en los planes educativos (art. 60), previendo asimismo los alcances que debe contemplar la formación del consumidor (art. 61).

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, se prevé específicamente el diseño de campañas educativas en el marco de la promoción del consumo sustentable (art. 9), así como la formulación de programas generales de educación para usuarios y consumidores (arts. 12, 13, 14 y 15).

II.2 Promoción

Con este concepto nos referimos al conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo. Entendemos la vinculación entre la promoción y la publicidad como la relación género-especie. La publicidad es uno de los elementos de la promoción que busca generar resultados a largo plazo. La promoción, en cambio, es una variable más amplia, que incluye una intención a corto plazo y cuyo objetivo es obtener efectos más individualizados y, en algunos casos, hasta segmentados. La promoción tiene un papel determinante en desalentar conductas disvaliosas. Desde un enfoque práctico, se mencionarán a continuación algunos antecedentes concretos a fin de ejemplificar lo referido.

Por iniciativa del Juzgado de Faltas con competencia exclusiva en derechos del consumidor de Mar del Plata y del fiscal federal coordinador del Distrito Mar del Plata, en coincidencia con las líneas trazadas por la Procuración General de la Nación en la creación del Programa para la Protección de Consumidores y Usuarios (PGN 2968/2015), en marzo del 2016 se suscribió en el Concejo Deliberante de General Pueyrredón la creación de la Mesa Interinstitucional “CUIDAR” (Consumidores, Unidades de Investigación y Departamentos Administrativos Reunidos). Este espacio representa una política de promoción de derechos concreta, cuyo objetivo fue unir y coordinar la labor de los diferentes estamentos estatales respecto a las finalidades establecidas en la Constitución Nacional y las leyes de protección de consumidores y usuarios. El objetivo fue identificar problemas comunes, definir estrategias efectivas para abordarlos y, como resultado, disminuir los litigios, al evitar la superposición de actuaciones y lograr un mejor aprovechamiento de los recursos públicos.

Del programa participan el Ministerio Público Fiscal de la Nación Distrital, el Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires Distrital, el Municipio de Ge-

neral Pueyrredón, la Dirección General de Defensa del Consumidor local, la Justicia de Faltas de Consumo, la Dirección General para la promoción y protección de los Derechos Humanos de la Municipalidad y la Defensoría del Pueblo de General Pueyrredón. Estos tres ámbitos de intervención estatal se encuentran interrelacionados entre sí, toda vez que situaciones de prevención y resolución de casos individuales pueden resultar disparadores para constatar prácticas dañosas de alcance colectivo, que merezcan un abordaje más complejo y sistémico en instancia judicial. Asimismo, políticas adecuadas de tutela del débil jurídico ayudan a visibilizar con claridad la posición del Estado ante el quebrantamiento de la normativa constitucional y de orden público, destinadas a la tutela de la comunidad más indefensa.

La Fiscalía General, por su parte, profundizó su intervención por medio de acciones en territorio con la creación de los dispositivos llamados ATAJO⁽¹⁾. Se trata de oficinas que se encuentran en los barrios más periféricos –aquellos que presentan mayor índice de conflictividad– y cuentan con un servicio de atención que es muy similar a la Mesa de Entrada de una fiscalía donde se reciben todo tipo de denuncias, se hace formación en derechos, asesoramiento general y se genera un vínculo distinto del que, en general, se da entre las fiscalías y las comunidades. A su vez, lo que se busca es federalizar este servicio creando agencias hacia el interior del país, en las periferias de las grandes urbes. El Programa ATAJO tiene la misión de acercar el Derecho y permitir que los sujetos pasivos, tradicionalmente excluidos y condenados por el Derecho, alcancen un grado de protagonismo que hasta ahora no tenían. Es muy interesante el relevamiento que han hecho sobre el acceso a justicia (v. Imagen 1). Los resultados evidencian una deuda pendiente que por medio de distintos dispositivos se debe necesariamente revertir.

Imagen 1



Como otro ejemplo relativo a la promoción cabe mencionar la creación del Observatorio Argentino del Derecho del Consumo de la Universidad Nacional de Mar del Plata, con la finalidad de promover la difusión de los derechos de los consumidores, divulgar la jurisprudencia y doctrina en la materia que ayuden a prevenir situaciones donde ya ha habido pronunciamientos y generar una nueva cultura que permita proteger el derecho a consumir, el derecho del consumidor y el derecho a no consumir.

Entre las deudas en materia de prevención parece significativo también destacar la falta de homogeneidad en los 135 municipios de la Provincia de Buenos Aires. Hay en la actualidad numerosos municipios que aún no tienen oficina para reclamar estos derechos (más del cuarenta por ciento) evidenciando una notable disparidad en los vecinos de los distintos distritos. La ausencia de una oficina que permita asesorarse, conciliar y difundir la política de derechos es una anomalía grave en momentos en los que la creciente disparidad entre los proveedores y los consumidores nunca ha sido tan amplia. Muchos todavía no cuentan con autoridades sancionatorias. Solo muy pocos aplican daño directo.

(1) Este programa fue creado a través de la resolución de la PGN 1316/2014, como Programa de Acceso Comunitario a la Justicia y, tras la sanción de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación, número 271.148 (2015), se convirtió en Dirección General de Acceso a la Justicia del MPF. La resolución PGN 1316/2014, que dio origen a esta Dirección, determinó la necesidad de crear un Programa que permita transversalizar y descentralizar el servicio de atención del Ministerio Público Fiscal, creando un lazo más fuerte entre lo que es la institucionalidad del Ministerio y la comunidad, en particular entre los sectores vulnerables.

Por otra parte, como otro ejemplo paradigmático de promoción/prevención, cabe mencionar la creación de la Oficina de Información de Derechos del Consumidor en la órbita de la Dirección General Municipal para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, del Municipio de General Pueyrredón (ordenanza 20.291).

Otro ejemplo destacable en materia de promoción es la ordenanza 23.687 del Municipio de General Pueyrredón que establece preventivamente la obligatoriedad de colocar en los bancos cartelera que indique el tiempo máximo en el que los consumidores tienen derecho a ser atendidos, bajo apercibimiento de sanción. La falta de exposición de la cartelera en un lugar visible para el público traerá aparejadas las sanciones previstas en la ley 24.240 y el procedimiento de la ley 13.133.

II.3. Publicidad

La publicidad puede ir incardinada a generar piezas que provoquen cambios apropiados de conductas que tiendan a mejorar los estándares de consumo. También pueden orientarse a la concientización sobre las consecuencias negativas que trae el insumo de ciertas sustancias, provocando la merma de consumos que puedan afectar la salud. Los cambios conductuales a partir de la prohibición de publicitar el consumo de cigarrillos fueron significativos⁽²⁾ y constituyen un buen ejemplo de cómo la regulación de la publicidad tiene impactos reales en el comportamiento social.

En el orden normativo, cabe destacar que a partir de la sanción del Código Civil y Comercial se prohíbe expresamente la publicidad que promueva un consumo perjudicial o peligroso para la salud⁽³⁾. El citado ordenamiento consagra la conducta típica dentro de los extremos de la publicidad en forma previa al consumo.

La recepción de las prohibiciones publicitarias en la reciente reforma del Código Civil y Comercial es de tal envergadura que supera incluso la limitación de legitimidad que se prevé en el mismo cuerpo legal en su art. 1092 respecto al tercero expuesto, al punto de llegar a incluirlo expresamente en el 1096. Sin dudas, el legislador que ha incorporado las normas de protección de Derechos Humanos en la reforma, se ha puesto a la cabeza de la prevención, prohibiendo la publicidad que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Resulta claro que la nueva redacción busca prevenir, adelantándose al potencial daño en la salud. En los tipos de peligro abstracto se prohíben determinadas condiciones de expresión publicitaria para que el titular del bien jurídico pueda disponer voluntariamente, en forma libre.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, aún se identifican áreas en las que hay deudas pendientes en materia de prevención.

II.4. Pendientes de políticas públicas

Se identifican áreas en las que hay deudas pendientes en materia de prevención, especialmente en ámbitos en los que la tecnología juega un rol desafiante, generando un impacto muchas veces tan profundo como silencioso.

a) Videojuegos y ludopatía. El uso indiscriminado de la tecnología a edades muy tempranas –fundamentalmente en juegos que persiguen recompensas– provoca asimilar conductas que luego pueden transformarse en patrones difíciles de modificar, implicando la migración de la recompensa lúdica a una monetaria y generándose, con ello, dificultades financieras y económicas. Esta problemática se agrava en caso de involucrar a menores de edad⁽⁴⁾.

La Municipalidad de General Pueyrredón está trabajando actualmente en un proyecto de ordenanza en tal sentido. En dicho proyecto se advierte sobre el creciente problema del juego con apuestas online entre adolescentes y se propone tomar medidas para prevenir sus consecuencias negativas. En los fundamentos del articulado, se pone de resalto que “(...) el juego con apuestas online se ha convertido en una preocupación creciente debido a su accesibilidad y atractivo para los jóvenes. Que los

(2) Informe mundial de la OMS sobre las tendencias de la prevalencia del consumo de tabaco en 2000-2025, cuarta edición, 2021.

(3) Artículo 1101, Publicidad. Está prohibida toda publicidad que: (...) c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

(4) Ver: Instituto de Adicciones de Madrid Salud, “Prevención del trastorno por juego de azar”, Ayuntamiento de Madrid, 2021. Disponible en: <https://copcantabria.es/wp-content/uploads/2022/01/ebook-prevencion-juegos-azar-ms-a1-2.pdf>

adolescentes son especialmente vulnerables a los riesgos asociados con el juego, incluyendo la adicción, el endeudamiento y los problemas de salud mental. Que el avance de las plataformas tecnológicas y la transformación de los hábitos digitales durante la pandemia han contribuido en gran medida a esta expansión, volviendo el juego con apuestas online más accesible y atractivo para los jóvenes”. Se propone, en consecuencia, implementar una campaña preventiva, dirigida a las y los adolescentes sobre los riesgos del juego con apuestas online⁽⁵⁾.

b) Manejo de redes sociales e *influencers*⁽⁶⁾. Es necesario prevenir ante temas como: i) manejo y protección de datos sensibles; ii) discriminación en el uso de algoritmos; iii) redes sociales y la libertad de expresión; iv) ausencia de certificación de *influencers* que difunden información en materia de salud; v) publicidad encubierta, inducción a comportamientos, entre otros.

Nos queda en el tintero, para otro artículo, el debate entre la libertad de expresión, la creatividad artística y la música que incita violencia, abusos o xenofobia.

III. Fiscalización

La fiscalización está dentro de las competencias nacionales, provinciales y municipales. Es bastante débil la política de fiscalización, expresada claramente en el esmirriado cuerpo de inspectores.

El art. 7 de la ley 13.133 dispone: “La Autoridad de Aplicación efectuará los controles pertinentes dentro del ámbito de competencia provincial, a fin de promover y defender los intereses económicos de los consumidores y usuarios entre otras, en las siguientes materias: a) calidad de los productos y servicios; b) equidad de las prácticas comerciales y cláusulas contractuales; c) veracidad, adecuación y lealtad en la información y publicidad comercial. Específicamente, la Autoridad de Aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas en los términos de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor”.

Cabe analizar la fiscalización distinguiendo entre las prácticas presenciales de aquellas que se realizan en los entornos virtuales.

En el ámbito presencial, cabe indagar sobre el rol de los inspectores. ¿Solo deben realizar un control de precios? ¿Qué pasa con los descuentos en efectivo sin boleta? ¿Cómo fiscalizar el cumplimiento del etiquetado frontal?

Más allá de que la tarea de los inspectores esté enfocada en el control de precios, su labor no se debe limitar únicamente a eso. Los inspectores también pueden abordar otras cuestiones relacionadas con la calidad, la seguridad y el cumplimiento de normativas en los productos o servicios. En cuanto a los descuentos en efectivo sin boleta, es importante destacar que el uso de este tipo de prácticas puede implicar riesgos como la evasión fiscal y el comercio informal. Es responsabilidad de las autoridades fiscalizar y aplicar las sanciones correspondientes en caso de detección de estas prácticas ilegales.

Respecto al etiquetado frontal, es necesario que se controle el cumplimiento de las regulaciones establecidas por las autoridades competentes (ley 27.642). Esta revisión debe incluir la verificación de la correspondencia entre lo que surge del etiquetado y la composición real de los productos.

La articulación con áreas de transporte, salud, bromatología, obras e infraestructura es, sin dudas, una materia pendiente en el tema de fiscalización.

Por otra parte, cabe mencionar la falta de fiscalización en entornos digitales. La influencia digital no ha sido seguida por mejoras en la supervisión. Rara vez se fiscalizan las decisiones sobre el botón de arrepentimiento y las acciones derivadas del comportamiento de las empresas en las redes sociales debido a estructuras obsoletas.

(5) La campaña deberá incluir, entre otros elementos: i) Difusión de material que destaque los peligros, así como las consecuencias negativas del juego con apuestas online. ii) Realización de charlas y talleres en las escuelas secundarias del municipio, con la participación tanto de profesionales como expertos en adicciones y salud mental. iii) Articulación colaborativa con organizaciones locales especializadas en la prevención y tratamiento de la ludopatía. iv) Promoción de actividades alternativas saludables y recreativas para los adolescentes, fomentando el desarrollo de habilidades además de la participación en actividades sociales y deportivas.

(6) Ver sobre este punto: Débora Marhaba y Sergio S. Barocelli, “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores” y Diego García Austt y Gonzalo M. Rodríguez, “Aspectos civiles y penales de los mercados multinivel. A propósito del caso Nu Skin”, en Diario La Ley, 13 de julio de 2020.

Para comprender el alcance de lo señalado, cabe inicialmente preguntarse: ¿cuál es el mercado actual del consumo por medios digitales?

Según el estudio anual de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico del año 2022, se incorporaron más de un millón de nuevos compradores al canal (v. Imagen 2), incrementándose en un ochenta y siete por ciento la facturación del comercio electrónico respecto del año inmediato anterior (v. Imagen 3)⁽⁷⁾.

Imagen 2

Continúa la expansión de la población conectada a Internet, favoreciendo la incorporación de más de un millón de nuevos compradores al canal en 2022



*Proyección en base a población nacional conectada, datos provistos por INDEC

Imagen 3

La facturación del comercio electrónico registró un crecimiento del 87% vs. 2021



Inflación anual 2022 94,8% según INDEC

Estas cifras permiten comprender la escala de lo que implica el déficit en el control del botón de arrepentimiento, el botón de baja y la obligación de publicar los contratos de adhesión⁽⁸⁾.

Además de lo expuesto, se reconocen otras debilidades, deudas e incumplimientos en materia digital.

En primer lugar, cabe señalar la ausencia de virtualización. Por primera vez la pandemia nos brindó la oportunidad de modernizar la gobernanza. Por ahora, al menos en el marco de la Provincia de Buenos Aires, la única autoridad administrativa en la aplicación de sanciones en materia de consumo que es totalmente virtual es el Juzgado Municipal de Faltas con competencia en consumo de Mar del Plata, conforme lo dispuesto en la resolución 63/2020 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

En segundo lugar, se advierte la falta de abordaje de nuevas prácticas que son propias del mundo digital. El Laboratorio de Investigación y Desarrollo de Tecnología en Informática Forense de la Universidad FASTA⁽⁹⁾ explica algunas de las conductas que vulneran derechos por medio de las redes sociales, muchos de las cuales están en estrecha vinculación con la protección de los derechos de los consumidores. Además de las situaciones de “sharenting”, “sexting”, “ciberbullying” y “ciberdelincuencia”, se destaca la problemática de los “clanes de videojuegos”.

Vinculado a lo reseñado en los acápites anteriores, se advierte que es frecuente que niños/as y adolescentes se incorporen a diferentes dispositivos para jugar videojuegos en línea. Esta práctica, que puede ser beneficiosa por la interacción digital cooperativa, puede volverse hostil en ciertas ocasiones. La competitividad exacerbada, el “robo de jugadores”, la ferocidad en la búsqueda del avance en los niveles y la obtención de los premios, puede derivar en acoso, hostigamiento, discriminación y agresiones.

La estructura consumista y el imaginario de popularidad promovido deliberadamente por los diseñadores y programadores de estas plataformas lúdicas hacen que estos espacios muchas veces, al no ser regulados por un acompañamiento adulto como por habilidades sociales propia de los/as jugadores/as, pueden ser fuente de daños y vínculos violentos.

(7) Fuente: CACE, disponible en: <https://cace.org.ar/estadisticas/>

(8) Resoluciones 316/2018, 271/2020, 424/2020 y complementarias, Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, Secretaría de Comercio Interior, Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación.

(9) Ver: <https://info-lab.org.ar/>

Otro aspecto relevante para señalar es el de la brecha digital. La desigualdad que existe entre las personas que tienen acceso o el conocimiento de las nuevas tecnologías y las que no se expande constantemente, apareciendo en nuevas formas. Se identifican dos grandes brechas digitales. La primera se refiere al acceso a los equipos (problemática vinculada con el acceso al consumo como derecho autónomo). La segunda, en cambio, implica considerar las desigualdades dentro del alcance del uso y la comprensión de nuestra capacidad. Es indispensable formalizar la educación en los cuidados que deben tenerse al momento de utilizar servicios digitales y redes sociales. Saber que cada servicio en línea que se utiliza tiene características de configuración de privacidad y seguridad relativamente similares pero, a su vez, nombradas de forma distinta. La consideración de la tecnología como una herramienta para promover el desarrollo y el progreso social no puede ignorar estas cuestiones.

Finalmente, se presenta el conflicto relativo a la suplantación de identidad digital. Con ello se hace referencia a la actividad que lleva adelante una persona que procura hacerse pasar por otra sin su consentimiento, utilizando para ello sus datos personales, y a las graves consecuencias que ello trae aparejadas para las personas consumidoras.

IV. Solución

En cuanto al diseño de soluciones para los tópicos planteados, cabe mencionar la falta de optimización de los recursos. Los bajos porcentajes de acuerdos en la conciliación, la falta de formación del personal a cargo de los procesos y las demoras en la resolución de los conflictos denotan la ineficacia en la ejecución de los modelos vigentes. La necesidad de acotar nuestra presentación nos lleva a profundizar solo en algunos de los inconvenientes que imposibilitan el cumplimiento de la manda constitucional (art. 42, Constitución Nacional).

La falta de implementación de procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en la vía administrativa es, tal vez, el mayor de los incumplimientos respecto a la protección de los derechos del consumidor. En los mejores guarismos hay acuerdo en el sesenta o setenta por ciento de los hechos denunciados, número bajo para el total de las infracciones que se cometen. Observemos que se estima que se denuncia no más de un diez por ciento de las infracciones que se observan a diario. Más allá de los esfuerzos, el procedimiento es aún engorroso, lento y con pocas probabilidades de que se cumplan en forma inmediata las medidas preventivas que pudieren dictarse. La cantidad de denuncias y el poco personal asignado provocan dilaciones que llevan a sumarios que duran años.

Corresponde también señalar la falta de capacitación de los operadores. Gran cantidad de municipios tienen el área responsable de la defensa de los consumidores a cargo de funcionarios que muchas veces no son abogados y desconocen el complejo entramado de diálogo de fuentes, hermenéutica jurídica y resortes técnicos que permitan llevar adelante su faena con las exigencias actuales.

La ausencia de sanción por incomparecencia a las audiencias de conciliación es, sin dudas, una afrenta más al débil de la relación.

La imposibilidad de abordar problemas colectivos es otra de las deudas pendientes que, además, conlleva el impedimento de solucionar problemas en escala. El fenómeno de las acciones colectivas y la defensa de los derechos individuales homogéneos no tienen andamiaje en la actual normativa administrativa y falta un tratamiento adecuado en la vía judicial.

El Instituto de Daño Directo es una herramienta ágil que busca descomprimir la judicialización de causas en

materia de consumo. No obstante ello, hay órganos jurisdiccionales que lo consideran inconstitucional, sumado a lo dificultoso de la interpretación del propio artículo a partir de la incongruencia entre la primera y segunda parte del 40 bis.

Desde la reforma incorporada a la ley 24.240 por la ley 26.361, la ley 13.133 ha quedado desactualizada respecto de la fijación de procedimientos orientadores tanto para su determinación, cuantificación y posterior ejecución por parte del consumidor afectado, como para garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa por parte de las firmas reclamadas.

La expresa incorporación de esta figura en la normativa local permitiría estandarizar el procedimiento brindando pautas generales para su implementación en los Municipios, homogeneizando las realidades de las diferentes jurisdicciones. Se ratifica la necesidad de que la autoridad que aplique el instituto reúna los requisitos de independencia e imparcialidad, exigencias dadas a partir de la estabilidad de los funcionarios, lo que opera como garantía de presiones externas (adecuado proceso de nombramiento y duración establecida, con procedimientos estrictos para su destitución).

Por otra parte, sería de indudable utilidad definir claramente el alcance del dictado de medidas preventivas, definiendo un procedimiento de impugnación con efecto devolutivo y siguiendo para ello las experiencias trazadas por la seguridad vial en la Ley de Tránsito de la Provincia de Buenos Aires 13.927, en su art. 38 bis, así como lo establecido en el art. 110 de la Ordenanza General 267.

También se advierten incumplimientos reiterados a la publicidad de la sanción, restándole eficacia como herramienta disuasiva para futuros comportamientos. Hay una recurrencia de las firmas sancionadas a tratar de no publicar la sanción como establece la ley, no existiendo muchas alternativas para poder conminarlos. Si el efecto disuasivo de la sanción pretende que las y los consumidores estén alerta de las empresas que tienen más infracciones, se debería prever una sanción autónoma para el caso de que no se cumpla con la manda establecida en el art. 76 de la ley 13.133, así como también para los casos de incumplimiento de lo previsto en el art. 74 del mismo cuerpo legal, respecto de la sanción administrativa de contrapublicidad.

En definitiva, no podemos entender la progresividad en los derechos del consumo sin contemplar procedimientos eficaces que tiendan a lograr una verdadera protección de los intereses involucrados. En ese marco se ensayan algunas alternativas que pueden propender a un cumplimiento (más) acabado de la manda constitucional (arts. 42 y 75 incs. 22 y 23, Constitución Nacional).

Aunque resulte obvio señalarlo, los procedimientos deben estructurarse en función de principios de jerarquía suprallegal que integran nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, sus reglas –y, lógicamente, las propuestas de reforma sobre ellas– deben ser lo suficientemente concretas para poder implementarse e impactar en la realidad. Dicha articulación no es lineal ni sencilla. No obstante, es el desafío constante de traducir en hechos los mandatos constitucionales vigentes el que nos impulsa a seguir debatiendo y proponiendo cambios para alcanzar un mundo justo, equitativo, tolerante, abierto y socialmente inclusivo en el que se atiendan las necesidades de los más vulnerables.

VOCES: CONTRATOS - DAÑOS Y PERJUICIOS - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - SERVICIOS PÚBLICOS - OBLIGACIONES - COMERCIO E INDUSTRIA - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DAÑO - INDEMNIZACIÓN - CULPA - MENORES

El derecho a la educación de la persona consumidora: desafío pendiente

por MARCELO C. QUAGLIA^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN EL MARCO DE LA RELACIÓN DE CONSUMO: UN DERECHO FUNDAMENTAL. II.A) El DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LA PERSONA CONSUMIDORA: UN APROPIADO MARCO NORMATIVO. II.B) El DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LA PERSONA CONSUMIDORA: PASAR DE LA POTENCIA AL ACTO. – III. BREVES CONSIDERACIONES FINALES.

I. Introducción

A poco tiempo de la sanción de la ley 24.240, y hace ya casi 25 años, el querido y genial Atilio A. ALTERINI planteaba varios de los escollos que se evidenciaban –y se evidenciarían en el futuro– en el ámbito de la tutela a los consumidores y usuarios⁽¹⁾.

Así, con una prosa plagada de sarcasmo, nos advertía sobre diversos planteos y cuestionamientos que se opondrían a este régimen, brindando pautas o herramientas a través de los cuales superar dichos inconvenientes.

Sugería en primer término evitar la sanción de leyes de tutela. Si ello ya no era posible, desincentivar el análisis de esos textos acallando a los juristas. En caso de que ello también falle, buscar la imposición de razonamientos o lógicas formales que impidan la efectividad de las normas y, de no ser ello factible, convencer de lo innecesario de la protección a las autoridades (Poder Ejecutivo y Judicial –ya que el legislativo había sancionado normas–).

Finalmente, si nada de ello “funcionaba”, restaba (como último recurso) no educar a la persona consumidora, destacando que ello era “muy peligroso. Cuando la gente conoce sus derechos, los reclama, los exige”⁽²⁾.

Mucho se ha avanzado en varias de estas líneas, especialmente ante algunos de los embates que el autor anticipaba los que, a través del esfuerzo colectivo de abogados, doctrinarios y jueces, fueron vencidos en más de una oportunidad.

Es así como hoy no sólo tenemos un marco normativo consolidado, sino que ya existen proyectos que procuran la sanción de un Código de Defensa del Consumidor⁽³⁾,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Daño moral y daños punitivos*, por GONZALO PEÑALBA PINTO, ED, 220-1003; *El daño punitivo*, por CLAUDIO GROSSO, ED, 227-964; *El daño punitivo en las acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores*, por MARIANO DE ESTRADA, ED, 236-874; *El daño punitivo ante supuestos de responsabilidad objetiva*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 253-48; *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VÍTOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARZINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, ED, 2017-949; *Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos*, por MACARENA BARICCO PRATS, ED, 278-833; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *En torno a la figura del daño punitivo. A propósito de la configuración de las condiciones de procedencia. Algunas reflexiones sobre los casos “Teijeiro” vs. “Esteban” y la formulación del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 283-776; *Daños punitivos: la petición de parte y el estudio procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 287-753; *El daño punitivo y la “tolerancia cero”*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290-393; *Vulnerabilidad, ahorro y consumo: Hacia la acentuación de la cuantificación de los daños punitivos a través de la aplicación de la fórmula de Irigoyen Testa*, por MARTÍN TESTA, ED, 291-219. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Magíster en Derecho Empresario (Facultad de Ciencias Empresariales - Universidad Austral, Argentina); Especialista en Derecho de Daños (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Director de la carrera de posgrado de Especialización en la Magistratura (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Profesor Protitular de Derecho de los Contratos Parte General, Derecho de los Contratos Parte Especial y Derecho del Consumidor (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario - UCA, Argentina); Juez de Distrito Civil y Comercial en Rosario, Argentina.

(1) ALTERINI, Atilio A.; “Cómo desbaratar la protección del consumidor”, LL, 1999-A, 783.

(2) ALTERINI, Atilio A.; “Cómo desbaratar...”, cit., p. 783.

(3) Pueden destacarse en este sentido los proyectos de Código de Defensa del Consumidor con actual estado parlamentario (Exptes.

en una pretensión de rama independiente del derecho que entendemos bien le cabe a la materia⁽⁴⁾.

Naturalmente la norma sola no basta, y ha sido acompañada de un rico análisis doctrinario del régimen, con la existencia de numerosas obras especializadas en la materia, que van desde comentarios de la ley hasta tratados de varios tomos⁽⁵⁾.

La lógica formal también ha sido superada. De esta forma, por ejemplo, se ha evitado que la existencia de regulaciones especiales, así como la superposición de autoridades de aplicación generales y específicas impida la aplicación del régimen general de tutela consagrado⁽⁶⁾.

También en esta línea vemos cómo las autoridades del Poder Ejecutivo y Judicial diariamente toman en sus manos los desafíos que le impone la tutela de los consumidores y usuarios procurando sancionar normas (en un sentido amplio y abarcativo de disposiciones, resoluciones, sentencias, etc.) que logren cada vez en forma más concreta efectivizar este especial régimen de protección. Baste al respecto consultar la página web de la autoridad de aplicación nacional⁽⁷⁾ o los numerosos repertorios jurisprudenciales existentes bajo el tesoro “Consumidor”.

Efectivamente mucho se ha hecho, pero también cabe advertir que, en un ámbito como el de la tutela a la persona consumidora, donde se evidencia un incesante y mutable mercado que diariamente busca ofrecer nuevos productos, diferentes servicios, desarrollando nuevas tecnologías y generando novedosas técnicas de comercialización, siempre quedará mucho por hacer.

Varios de mis colegas abordarán en el contexto del Foro de este Congreso los aspectos detallados, y seguramente lo harán con mayor y mejor profundidad, brindando nuevas visiones y aportes que nos enriquecerán. Es por ello que hoy pretendemos detenernos en la última reflexión del profesor ALTERINI, la más relevante a nuestro entender: la necesidad de educar a la persona consumidora. Como destaca CHAMATROPULOS, de nada servirá establecer un sistema de tutela de mucha intensidad a favor del consumidor si éste, en los hechos, no conoce sus derechos⁽⁸⁾.

II. El Derecho a la Educación en el marco de la relación de consumo: un derecho fundamental

El régimen de defensa del consumidor se constituye hoy como un derecho fundamental, humano, de libertad

(2576-S-2019, 5156-D-2020 y 1989-S-2021), sobre los que volveremos *infra*.

(4) Para adentrarnos en esta interesante temática puede consultarse, entre otros, DURAND CARRION, Julio Baltazar; “Determinación del Derecho del Consumidor como Disciplina Jurídica Autónoma” en la Revista “Derecho y Sociedad Nro. 34”, pág. 69 (<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/13329/13956/>).

(5) Baste a mero título ejemplificativo, y amén de los innumerables trabajos de doctrina publicados, remitir a obras como el comentario de la ley del maestro Mosset Iturraspe y el Dr. Wajntraub (MOSETT ITURRASPE; Jorge y WAJNTRAUB, Javier; “Ley de Defensa del Consumidor”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2010), el texto del ministro de la CSJN, el Dr. Lorenzetti (LORENZETTI, Ricardo L.; “Consumidores”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2003); o el tratado dirigido por los Dres. Stiglitz y Hernández, obra colectiva en la que colaboraron numerosos autores (STIGLITZ, Gabriel y HERNANDEZ, Carlos A.; “Tratado de Derecho del Consumidor. Tomos I, II, III y IV”. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015), entre otros.

(6) En tal sentido, por ejemplo, las compañías aseguradoras se consideraban excluidas del régimen de tutela, alegando la existencia de una normativa propia y una específica autoridad de aplicación. Sin perjuicio de las ponderables opiniones que sustentaron esta posición, entendemos que la discusión planteada hoy debe considerarse zanjada, especialmente si se considera que la propia autoridad de aplicación (la Superintendencia de Seguros de la Nación), a través de la Resolución 38.708/14, que reglamenta la actividad aseguradora, en el punto 23.2 plantea la necesidad de adecuar los elementos técnico-contractuales de carácter particular a los términos de la ley 24.240 (norma que además incorpora en su página web dentro de la normativa aplicable a la actividad aseguradora –<http://www2.ssn.gob.ar/index.php/la-superintendencia/normativa>).

(7) <https://www.argentina.gob.ar/produccion/defensadelconsumidor>.

(8) CHAMATROPULOS, Demetrio A.; “Estatuto del Consumidor”, 2da. Ed. Ampliada, Bs. As., La Ley, 2019, comentario al art. 60 de la LDC.

y, además, como principio de orden económico⁽⁹⁾, contenido dentro de un marco de orden público que demanda su aplicación expresa, aun sin invocación de aquel por las partes⁽¹⁰⁾.

Asimismo, su reconocimiento constitucional justifica la realización de políticas dirigidas a maximizar la satisfacción de su contenido, permitiendo al ciudadano disfrutarlo en su máximo grado⁽¹¹⁾. Pero, para que la persona consumidora ejerza y disfrute de este régimen resulta imperioso y necesario que lo conozca, para lo cual, es evidente que necesita ser educado en su contenido.

De esta manera, la protección se amplía de manera preventiva ya que, a través de educación e información del consumidor, el Estado va más allá de la contención de ilegalidades y abusos⁽¹²⁾. Se genera así una tutela preventiva, en línea con esta función de la responsabilidad civil consagrada en el CCyC (art. 1710 y ss.).

No debe soslayarse que la educación no puede limitarse a la alfabetización del ciudadano y su formación para el trabajo. Debe también y principalmente promover la autonomía del individuo, su mejora humanística, su sentimiento de responsabilidad hacia el mundo en el que vive, sus responsabilidades cívicas y su conciencia del valor de los derechos individuales y sociales. Como señala CIURO CALDANI: el concepto de educación se construye a través del desarrollo del individuo para que se convierta en persona⁽¹³⁾.

A través de dichos lineamientos y ponderando la finalidad protectoria del régimen de tutela, fundada en la debilidad jurídica del consumidor en la relación⁽¹⁴⁾, la necesidad de educar y capacitar a la persona consumidora se constituye como el primer paraguas protector⁽¹⁵⁾. Y es que dicha vulnerabilidad muchas veces afecta el vínculo, distorsionando la libertad de acción y elección de la persona consumidora (distorsión que puede generar hasta el propio Estado al incentivar el consumo de determinados bienes o servicios en situaciones de emergencia económica)⁽¹⁶⁾. Pero la educación también es relevante, en orden a capacitar a la persona consumidora en su calidad de elemento esencial del mercado y factor generador de un consumo razonable y adecuado.

La educación en materia de consumo constituye entonces un instrumento de defensa del consumidor, no

sólo frente a los productores, sino también frente a los Estados⁽¹⁷⁾. Se procura “la autoprotección del consumidor: como la posibilidad del individuo de defenderse activamente, contando con conocimientos concretos sobre el funcionamiento del mercado y de sus derechos y responsabilidades”⁽¹⁸⁾; todo ello implica dignificar su calidad como persona (más allá del usual contenido económico de la relación configurada), con la jerarquía y relevancia que ello conlleva.

Es así como en el marco del MERCOSUR se considera entre los derechos básicos del consumidor la educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, quedando garantizadas la libertad de elección y el tratamiento igualitario cuando se contrate⁽¹⁹⁾.

Asimismo, considerando la transversalidad que caracteriza a este régimen, deberá ponderarse la necesidad de una educación tendiente a un consumo sustentable, en aras de la tutela de otros bienes de relevancia como el ambiente y su necesaria preservación para las generaciones futuras. La educación al consumidor debe orientarse a afrontar la adquisición y consumo de bienes y servicios, de manera sustentable⁽²⁰⁾.

Justamente en esta línea, en las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (en su versión ampliada de 1999)⁽²¹⁾ se establece expresamente en su punto 4 la “educación del consumidor, incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor. Igualmente la promoción de modalidades sostenibles de consumo”.

De tal forma, la educación al consumidor contribuye al fortalecimiento de la forma en que los consumidores pueden elegir lo que consumen, asumiendo un estilo de vida que favorezca la preservación de la vida y no perjudique a otros seres humanos, y en donde cada sujeto logre un empoderamiento de los derechos que serán asumidos con responsabilidad ante la sociedad y el ambiente⁽²²⁾.

No por nada autores como Rubén y Gabriel Stiglitz⁽²³⁾ califican este derecho como primario fundamental o, como señala Lorenzetti⁽²⁴⁾, como sustancial.

II.a) El Derecho a la Educación de la persona consumidora: un apropiado marco normativo.

La cuestión no ha pasado desapercibida por nuestros legisladores, y podemos encontrar varias y relevantes normas vinculadas con la temática.

Es así como podemos aseverar que el derecho a una educación para el consumo es un derecho humano con rango constitucional: el art. 42 de la Carta Magna determina, en su segundo párrafo, que las autoridades deben proveer a la educación para el consumo. Asimismo, en línea con lo reseñado precedentemente (en la vinculación entre tutela al ambiente y consumo), el art. 41 de la CN en su segundo párrafo también impone a las autoridades proveer a la educación ambiental.

Se ha debatido si nos encontramos ante un derecho subjetivo exigible directamente o ante la enunciación de una política programática que demanda su implementación por parte del Estado, primando la segunda opinión conforme la hermenéutica del texto⁽²⁵⁾.

Más allá del debate resulta innegable que nos encontramos ante un derecho subjetivo del consumidor, cuyo sujeto pasivo directo no es el proveedor sino el Estado, garante de la efectiva satisfacción de los intereses del con-

(9) Justamente, varios autores, entre los que nos alineamos, consideran que el Derecho del Consumo queda comprendido y/o amparado en el marco de los Derechos Humanos (MARTÍNEZ, Ma. Laura y QUAGLIA, Marcelo C.; “La protección al consumidor desde la óptica de los derechos humanos: en busca de una tutela judicial efectiva”, Dossier “Derechos humanos en acción; su concreción en la tarea judicial”, Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Año 8 Nro. 8, p. 265 (<https://www.magistrados-santafe.org.ar/revistas/>).

(10) Entre otros CSJN, 22/12/2020 “Vela, Marcia Andrea y otros c/ Gas Natural Ban S.A.”.

(11) MITSUO TIUJO, Edson; “O direito fundamental a educação formal para o consumo como meio de concretização do direito a liberdade de escolha do consumidor e igualdade nas contratações e implementação do direito coletivo e social de proteção ao meio ambiente”, Revista Pedagógica Universitaria y Didáctica del Derecho. Volumen 5 Nro. 1 (2018), p. 35/58 (<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/50406/52978>).

(12) MITSUO TIUJO, Edson; cit. p. 35/58.

(13) CIURO CALDANI, Miguel Angel; “Derecho de la educación”, Publicado en: LA LEY 28/06/2018, 1 • LA LEY 2018-C, 1101 y “Notas para una teoría tridimensional de la educación”, Revista de Filosofía Jurídica y Social, nro. 36, ps. 169-224, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social, <http://www.centrodefilosofia.org/RevFil/RevFil36/Refijuso369.pdf>.

(14) Destaca GARZINO que la noción de consumidor y su especial protección se fundamentan en la vulnerabilidad o debilidad estructural de éste frente al proveedor en el mercado, lo que impuso la necesidad de equilibrar a las partes mediante normas y principios positivos (GARZINO, M. Constanza; “La protección del consumidor hipervulnerable a través del “diálogo de fuentes” y la necesidad de una previsión equilibrada”, ponencia presentada en el marco del XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Garzino-Consumidores.hipervulnerables.pdf).

Hoy así lo determina la Res. 36/2019 Mercosur (art. 1), ratificada en nuestro derecho interno por la Res. 310/2020 SCI.

(15) TESTA, Martín; “La educación e información para el consumo en Argentina. Una mirada digna, equitativa y saludable sobre el paciente, en su rol de consumidor”, <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/testa-la-educacion-e-informacion-para-el-consumo-en-argentina.pdf>.

(16) La necesidad de protección preventiva a través de la educación se evidencia por los diversos factores sociales, políticos y económicos que afectan al consumidor diariamente: prácticas comerciales cada vez más elaboradas, ayuda de las redes sociales, partición efectiva y directa de niños, niñas y adolescentes en la adquisición de productos y servicios, políticas económicas para fomentar el consumo y política educativa ineficiente, sin procurar el desarrollo de un poder de reflexión y juicio crítico (MITSUO TIUJO, Edson; cit., p. 35/58).

(17) TESTA, Martín; cit. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/testa-la-educacion-e-informacion-para-el-consumo-en-argentina.pdf>.

(18) RUSCONI, Dante; “Manual de derecho del consumidor”, p. 526.

(19) Anexo, Resolución 124/1996, Grupo Mercado Común, MERCOSUR.

(20) TESTA, Martín; cit. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/testa-la-educacion-e-informacion-para-el-consumo-en-argentina.pdf>.

(21) Art. II.3, Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (versión ampliada de 1999).

(22) FUENTES, Nora Constanza; SÁNCHEZ, José Leonardo y PÉREZ, Andrés M.; “Aportes de la psicología al consumerismo: educación y defensa de los consumidores”, Rev. Persona, Núm. 19, pp. 201 y ss, 2016, Universidad de Lima, <https://www.redalyc.org/journal/1471/147149810012/html/>.

(23) STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., “Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor”, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 47.

(24) LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 143.

(25) Para ampliar se sugiere consultar SAHIÁN, José H.; “Dimensión Constitucional de la Tutela a los Consumidores”; 1er. ed., Bs. As., La Ley, 2017, p. 212.

sumidor⁽²⁶⁾. El Estado es quien debe desarrollar la educación para el consumo.

En consecuencia, como señala TESTA “los Estados son los principales responsables de llevar adelante la educación al consumidor, como política de Estado, en miras de un consumidor informado, consciente y responsable”⁽²⁷⁾.

Siguiendo esta línea (ya que la mayoría de las normas responden a la reforma de 2008 por la ley 26.361), la ley 24.240 en su Título III dedica todo un Capítulo (el XVI) a la educación al consumidor. Se demanda allí, al Estado Nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las Provincias y a los Municipios, la formación de planes generales de educación, así como su difusión pública, arbitrando las medidas necesarias para incluir dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de dicha ley (art. 60).

Asimismo, y en línea con la importancia de la educación en materia de prevención de la responsabilidad, el art. 61 plantea que la formación debe, entre otros aspectos, orientar a prevenir el riesgo que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de los servicios, para lo cual propone (de manera enunciativa) una serie de importantes contenidos a desarrollar (sanidad, nutrición, rotulado, tutela del ambiente, etc.).

Junto a estas disposiciones se establece, entre los fines de las Asociaciones de Defensa del Consumidor, promover la educación (art. 56 inc. h) y se admite que el Estado otorgue contribuciones financieras a tal fin (art. 62). Asimismo, el art. 47, que exige que el 50% de las multas o penalidades se asignen a un fondo para promover la educación del consumidor.

Finalmente, no puede dejar de reseñarse la existencia de normativa local en varias provincias donde, en líneas generales, se reiteran los principios y directrices enunciados, procurando su adaptación a sus realidades territoriales.

Evidentemente contamos con un razonable y apropiado régimen normativo en la materia, sin perjuicio de la existencia de textos de gran jerarquía proyectados que procuran incrementar y mejorar la tutela ya consagrada⁽²⁸⁾.

II.b) El Derecho a la Educación de la persona consumidora: pasar de la potencia al acto

Si bien la educación del consumidor se insinúa como una preocupación incesante⁽²⁹⁾, no se evidencia la existen-

cia de un organigrama o estructura orgánica de trabajo en tal sentido⁽³⁰⁾. Ya en el 2018, en el marco del XIX Congreso Argentino de Derecho de Consumidor desarrollado en San Juan, se planteó la necesidad de la implementación, seguimiento y evaluación de políticas públicas vinculadas con la educación al consumidor.

A tal fin nos parece adecuado adoptar algunas de las propuestas contenidas en los proyectos normativos ya citados⁽³¹⁾, propuestas que bien pueden implementarse sin necesidad de una modificación normativa y conforme el régimen legal analizado en el punto anterior.

Como señala Lorenzetti, “la introducción de la educación al consumidor en las enseñanzas primaria y secundaria no implica necesariamente la creación de disciplinas nuevas, sino que puede ser considerada dentro del marco de las ya existentes tratadas de forma pluri o interdisciplinar contemplando las afinidades de consumo donde las hubiera”⁽³²⁾. De tal forma los contenidos mínimos que se definan podrán incorporarse en forma autónoma o transversalmente en los planes de estudio.

De esta forma, y como inmediato plan de acción (no excluyente de otras opciones y proyectos), en un contexto de política pública de promoción de la educación a los consumidores sobre las consecuencias ambientales, sociales y económicas que tienen sus elecciones, las autoridades de aplicación (nacionales, provinciales y municipales) podrán diseñar en forma coordinada con el Ministerio de Educación programas de educación dirigidos a la persona consumidora y la correspondiente incorporación de contenidos en los diseños curriculares en, por lo menos, los niveles primario y secundario.

En dicha iniciativa deberán plantearse como objetivos generales (entre otros): a) inculcar en el consumidor el poder de reflexión y juicio crítico, especialmente frente a las políticas económicas para fomentar el consumo y las prácticas comerciales; b) proteger a los consumidores en situaciones de especial vulnerabilidad (considerando sus necesidades de capacitación); c) promover la sostenibilidad y el consumo consciente, con miras a proteger el ambiente; d) inculcar en el espíritu de cada consumidor una nueva mentalidad, más exigente y aguda, especialmente en lo que respecta a la postulación de sus derechos, haciéndolos ciudadanos más fuertes y conscientes de sus derechos⁽³³⁾ y; e) difundir los recursos jurídicos con que cuenta ante la violación de sus derechos.

También será necesario determinar contenidos mínimos (entre los que puede enunciarse salud, nutrición, etiquetado de productos, mecanismos para la solución de controversias, protección al ambiente, comercio electrónico, servicios financieros, etc.), lo que deberán revisarse y actualizarse periódicamente, especialmente considerando que la educación de la persona consumidora es un proceso continuo y permanente, sometido a constante actualización⁽³⁴⁾.

Naturalmente este proceso requerirá la necesidad de capacitar a los educadores en el campo de las relaciones de consumo (probablemente por la Autoridad de Aplicación) para diseñar y ejecutar los programas que se definen.

Y, si bien el sujeto pasivo directo de esta obligación es el Estado, podrá procurarse la colaboración de los proveedores (interesados en la cuestión para lograr un adecuado funcionamiento del mercado y quizás el otorgamiento de eventuales incentivos) y de las Asociaciones de Consumidores (probablemente brindado el Estado algún subsidio a tales fines).

(26) STIGLITZ, Gabriel A.; “Derechos de los consumidores. Reconocimiento internacional. Incidencia de los Tratados”, en “Tratado de Derechos del Consumidor. Tomo 1”, dirigido por Stiglitz y Hernández, Bs. As., La Ley, 2015, p. 356 y ss.

(27) TESTA, Martín; cit. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/testa-la-educacion-e-informacion-para-el-consumo-en-argentina.pdf>.

(28) Como ya reseñáramos, a nivel nacional pueden destacarse tres proyectos de ley tendientes a sancionar un Código de Defensa de los Consumidores. En todos ellos se plantea la educación del consumidor como un tema central, determinando en algunos casos planes de acción más concretos (tema sobre el que volveremos), así como directrices o temáticas más genéricas a abordar.

Dos de estos proyectos se basan en el Anteproyecto elaborado por la Comisión Reformadora creada por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, en articulación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa “Justicia 2020”, y que integraron los Dres. Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D’Archivio, Carlos A. Hernández, María Belén Japaze, Leonardo Lepiscopo, Federico Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo Sozzo, Carlos Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajtraub. Para profundizar la cuestión puede consultarse, HERNANDEZ, Carlos A.; JAPAZE, Ma. Belén; OSSOLA, Federico A.; SOZZO, Gonzalo; STIGLITZ, Gabriel A.; “Hacia el Código de Defensa del Consumidor”, Publicado en: LA LEY 15/03/2021, 1, así como el Sup. Especial Comentaríos al Anteproyecto de LDC del 27/03/2019, 111, Cita Online: AR/DOC/596/2019.

El tercer proyecto ha sido dirigido por el Dr. Rusconi, y puede consultarse en este link: <https://camaron.org.ar/nuevas-normas/derecho-del-consumidor/proyecto-de-codigo-de-proteccion-de-las-y-los-consumidores-y-usuarios-de-la-nacion/>.

Similar situación se evidencia en nuestra provincia (Santa Fe), donde se ha elaborado Anteproyecto de Código Provincial de Implementación de los Derechos de las Consumidoras y los Consumidores que regula y se ocupa de la cuestión [el mismo puede consultarse en la Revista de Derecho del Consumidor Número 12 del mes de Mayo 2022, Cita: UJ-MMCMLXVI-716, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=3f04bbfba32617776c7e51270a7cbd10>].

Retomaremos la temática en el punto siguiente.

(29) Basta con remitirnos a la web, donde puede consultarse (entre otros sitios) la Escuela Argentina de Educación en Consumo (<https://www.argentina.gob.ar/produccion/defensadelconsumidor/escuela-argentina-de-educacion-en-consumo>), que comenzó sus tareas en el 2018 (<https://www.argentina.gob.ar/noticias/defensa-del-consumi->

[dor-presento-la-escuela-argentina-de-educacion-en-consumo](https://www.argentina.gob.ar/noticias/defensa-del-consumi-dor-presento-la-escuela-argentina-de-educacion-en-consumo)); el Centro de Orientación y Educación al Consumidor (<https://codec.org.ar/>); el Centro de Educación al Consumidor (<https://www.asociacioncec.ar/>); etc., donde se ofrecen numerosos cursos gratuitos a los consumidores y a organismos de defensa a los consumidores.

(30) Puede citarse como ejemplo la ley 26.205, norma que declara al día 15 de marzo de cada año como el “Día Nacional de los Derechos de Consumidores y Usuarios”, en correspondencia con el Día Mundial de los Derechos del Consumidor (art. 1º). La disposición exige que se incorpore ese día al calendario escolar con el objeto de difundir y promover el ejercicio de los derechos de consumidores (art. 2º) e invita a Estados Provinciales y a la CABA a adherir a dicha conmemoración (art. 3º). La propuesta educativa ha tenido poco éxito.

(31) Ver nota al pie Nro. 28.

(32) LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, 2ª edición, cit., p. 632.

(33) MITSUO TIUJO, Edson; cit., p. 35/58.

(34) Actualmente entendemos ineludible (más allá de otros temas relevantes) abordar la cuestión del sobreendeudamiento y la tutela del consumidor en entornos digitales.

Finalmente, implementado el programa que consensuen las autoridades pertinentes, será necesario su constante seguimiento y actualización, considerando especialmente las diversas realidades que el mercado (nacional y local) y ponderando los numerosos hechos sociales, políticos y económicos que diariamente afectan las relaciones de consumo.

III. Breves consideraciones finales

No queda sino recordar las palabras de ALTERINI: educar al consumidor es muy peligroso; cuando la gente conoce sus derechos, los reclama, los exige⁽³⁵⁾.

Es por ello que la mejor manera de implementar y efectivizar la tutela de la persona consumidora será capacitándola para que ejerza plena y formalmente sus derechos.

Es así como la vinculación o relacionamiento entre estos derechos fundamentales, como lo son la educación y la defensa del consumidor, se presenta como ineludible y permite la tutela de otros bienes jurídicos como la salud, la libertad de elección, la igualdad en la contratación y la

efectiva protección a la persona⁽³⁶⁾. Permite la implementación de este especial régimen de protección.

Claramente lo han sintetizado Rubén y Gabriel STIGLITZ al destacar que, antes que un mecanismo de implementación de los derechos consagrados, la educación para el consumo supone el reconocimiento de un derecho fundamental de los consumidores, sin cuya vigencia todos los demás serían ilusorios... un derecho básico, que constituye un fin en sí mismo. De esta forma se procura garantizar "de modo previo y global, la real y concreta implementación de los derechos reconocidos por la ley"⁽³⁷⁾.

Tal es el desafío que hoy les planteamos...

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONTRATOS - RELACIÓN DE CONSUMO - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - EDUCACIÓN

(36) MITSUO TIUJO, Edson; cit., p. 35/58.

(37) STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S., "Derechos y Defensa del Consumidor", Ed. La Rocca, 1994, Bs. As., p. 355.

(35) ALTERINI, Atilio A.; "Cómo desbaratar...", cit., p. 783.

El fraccionamiento del tipo contractual. Los vínculos entre los contratos paritarios y de consumo

por ALEJANDRO BORDA

Sumario: I. PLANTEO DE LA CUESTIÓN. – II. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LOS CONTRATOS PARITARIOS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. – III. LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO EN LOS CONTRATOS PARITARIOS. 1) INFORMACIÓN CIERTA Y DETALLADA. 2) PUBLICIDAD. 3) SEGURIDAD. 4) TRATO DIGNO. 5) CLÁUSULAS ABUSIVAS. 6) CLÁUSULAS AMBIGUAS.

I. Planteo de la cuestión

Uno de los fenómenos jurídicos que ha consagrado el Código Civil y Comercial es el del llamado fraccionamiento del tipo contractual.

El Código Civil de Vélez reguló exclusivamente el denominado *contrato paritario*, esto es, la forma clásica del contrato que supone que las personas gozan de plena libertad e igualdad para deliberar, discutir y redactar sus cláusulas. El Código Civil y Comercial ha tenido particularmente en mira este tipo de contrato, estructurando sobre él la parte general de los contratos.

Ahora bien, y más allá de la trascendencia jurídica del contrato paritario, el mundo moderno ha traído nuevas formas de contratar, más masificadas –para decirlo de alguna manera–, que generan negocios globales de enorme importancia económica, que también han sido recogidas por el Código vigente.

En primer lugar, aparece el denominado *contrato por adhesión* (llamado también contrato con cláusulas generales predispuestas), por el cual una de las partes fija todas las condiciones, mientras que la otra solo tiene la alternativa de rechazarlas o consentirlas. Es el caso, entre muchos ejemplos, de los contratos de seguro en los que la aseguradora fija todas las condiciones y el tomador del seguro solo podrá decidir entre celebrar el contrato o no, pero no podrá discutir las condiciones fijadas.

En segundo lugar, aparece el llamado *contrato de consumo*, que es el *celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social* (art. 1093, CCyC).

Por cuestiones de espacio, dejaré al margen los contratos por adhesión, aunque haré algunas menciones a ellos.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El daño punitivo ante supuestos de responsabilidad objetiva*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 253-48; *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VÍTOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARZINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *El derecho aplicable a la forma de los actos jurídicos según el art. 2649 del nuevo Código*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 277-810; *La jurisdicción cautelar del derecho internacional privado en el art. 2603 del Código Civil y Comercial*, por CHRISTIAN HERNÁN FERRAIRONE, ED, 278-612; *La litispendencia internacional y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por LEANDRO BAITAR, ED, 282-624; *Daños punitivos: la petición de parte y el estadio procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por Maximiliano N. G. Cossari, ED, 287-753; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIBBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *El daño punitivo y la “tolerancia cero”*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROGUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable, Número 1 - Junio 2021; *Smart Contracts y contratos de consumo: ¿tecnología disruptiva a favor o en contra de los “e-consumers”?*, por FLORENCIA ZIZZUTTI POLETTI, ED, 296. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

Hecha esta aclaración, me propongo analizar los vínculos o conexiones que existen entre los contratos paritarios y los contratos de consumo.

II. La aplicación de las normas de los contratos paritarios en los contratos de consumo

El contrato de consumo, afirmé en otra oportunidad, es aquel que celebran un proveedor de bienes o servicios profesionales y un adquirente a título oneroso o gratuito que quiera destinar esos bienes o servicios para consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social⁽¹⁾.

Se advierte, entonces, como señala KRIEGER, que el contrato de consumo tiene la misma definición y alcances que el contrato paritario, con la diferencia que las partes pueden ser catalogadas una como proveedor y la otra como usuario⁽²⁾.

Es claro, sin embargo, que nuestro ordenamiento jurídico procura crear un sistema (lo que se ha dado en llamar el microsistema jurídico de protección del consumidor) con reglas propias, que propenden a la mejor protección y resguardo del consumidor frente al mayor poder negocial de la contraparte.

Este microsistema no obsta a la aplicación de las normas de la teoría general del contrato a los contratos de consumo. Por el contrario, son aplicables en la medida en que no desconozcan los principios propios del derecho de consumo.

Bien ha dicho FRUSTAGLI que se trata de reconocer la necesaria complementación entre la teoría del contrato de consumo, que se estructura desde reglas de excepción, con la teoría general del contrato; mencionándose como ejemplos importantes las cuestiones de conexidad contractual, suspensión del contrato o las reglas generales sobre ineficacia, que no tienen previsión en el régimen de consumo⁽³⁾. En esta línea, las reglas de interpretación de los contratos son aplicables a los contratos de consumo, con las expresas limitaciones que imponen los arts. 1062 y 1117 (con su remisión al art. 987) respecto de la denominada interpretación restrictiva y de la interpretación de cláusulas ambiguas.

Por lo tanto, resulta claro que las disposiciones de los contratos paritarios son aplicables a los contratos de consumo, con las limitaciones que impone el régimen protectorio de los consumidores.

III. La aplicación de las normas de los contratos de consumo en los contratos paritarios

La cuestión a dilucidar ahora es si las normas propias de los contratos de consumo pueden ser invocadas y aplicadas en los contratos paritarios.

En las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil⁽⁴⁾ se concluyó (por mayoría) que los principios del derecho del consumidor deberían ser incorporados como principios generales de los contratos, tales como los referidos al trato digno, el deber de información y las cláusulas abusivas, salvo que no concurrieran los presupuestos para su aplicación analógica (comisión 4, conclusión 1^a).

Coincido en que ciertas normas y principios que rigen las relaciones de consumo puedan aplicarse a los contratos paritarios⁽⁵⁾, sin olvidar que debe verificarse que concurran los presupuestos para su aplicación analógica.

Veamos algunas normas y principios.

(1) BORDA, Alejandro, *La formación del contrato en el Código Civil y Comercial Argentino*, n° 26, El Derecho, Bs. As., 2020.

(2) KRIEGER, Walter F., en BORDA, Alejandro, *Derecho Civil y Comercial. Contratos*, n° 347, La Ley, Bs. As. 4ª edición.

(3) FRUSTAGLI, Sandra A., *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación* (Dirs.: Noemí L. Nicolau y Carlos A. Hernández), n° 9.2.2., La Ley, Bs. As., 2016.

(4) Celebradas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, septiembre 2013.

(5) Conf. KRIEGER, Walter F., “La responsabilidad contractual”, en AA. VV., *Liber Amicorum - Homenaje a Luis F. P. Leiva Fernández*, p. 549, La Ley, Bs. As., 2020.

1) Información cierta y detallada

El derecho que tiene todo consumidor a obtener una información adecuada y veraz está consagrado por la Constitución Nacional (art. 42). El Código Civil y Comercial puntualiza que la información debe ser dada en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. Y añade que debe ser gratuita y brindada con la claridad necesaria que permita su comprensión (art. 1100).

Queda así consagrada la obligación legal de información en los contratos de consumo, la cual abarca dos aspectos: informar sin reticencia lo que se conoce y adquirir la información que se ignora para darla a conocer⁽⁶⁾. La importancia de lo expuesto radica en que –como señala LEIVA FERNÁNDEZ– no pueden ocultarse elementos que, de conocerse, obstarían a la celebración del contrato, sea porque no se llenan las expectativas creadas, sea porque existe posibilidad de sufrir algún daño⁽⁷⁾.

Incluso, JAPAZE ha sostenido acertadamente que la información también incluye los *deberes de consejo y de advertencia*. Por el primero, el experto –valorando las ventajas y desventajas que ofrecen las diferentes alternativas existentes– está obligado a brindar una opinión tendiente a orientar la decisión del profano, haciendo sugerencias y recomendaciones que permitan al consumidor evaluar si el negocio ofrecido se adecua a sus expectativas o requerimientos⁽⁸⁾. Por el segundo, el experto debe llamar la atención del cocontratante sobre los aspectos negativos del contrato⁽⁹⁾.

Este deber de información, ¿es aplicable a los contratos paritarios?

Puede sostenerse válidamente que, como el deber de información deriva del principio general de la buena fe, resulta inadmisibles tener por válido un contrato que ha sido celebrado en desigualdad de situaciones, en tanto una de las partes ignoraba información determinante para la correcta formación de su voluntad, mientras que la otra parte la conocía o debía conocerla, conociendo además la importancia de ella y que la contraría la desconocía⁽¹⁰⁾.

El ANTEPROYECTO DE CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS de la Academia de Pavía parece encolumnarse en esta idea desde que regula este deber de información de manera amplia, sin hacer distinciones entre los diferentes tipos de contratos. En efecto, el art. 7º dispone: “1. En el curso de las tratativas, cada una de las partes tiene el deber de informar a la otra sobre cada circunstancia de hecho y de derecho de la que tenga conocimiento, o de la que deba tener conocimiento, y que permita a la otra darse cuenta de la validez del contrato y del interés en concluirlo. 2. En caso de omisión de información o de información falsa o reticente, si el contrato no es concluido o está viciado de nulidad, la parte que obró contra la buena fe es responsable ante la otra en la medida prevista por el artículo 6º, inciso 4º⁽¹¹⁾. Si el contrato fue concluido, debe restituir la suma o abonar la indemnización que el juez estime conforme a la equidad, salvo el derecho de la otra parte de atacar el contrato por dolo o error”.

En el mismo sentido, la reforma introducida al CÓDIGO CIVIL FRANCÉS, a través de la Ordenanza 2016-131, ha consagrado el deber de información en el ámbito de los contratos en general. A tal efecto, especifica que la información que debe proveerse es la que se califica como determinante para el consentimiento, y establece que el

(6) Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (Dir.: Gral.: Jorge H. Alterini), T. V, p. 843, La Ley, Bs. As., 2015.

(7) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, ob. cit., T. V, p. 837.

(8) JAPAZE, María Belén, “Crédito para operaciones de consumo. Actividad publicitaria, información y deber de asesoramiento”, *RDCO*, n° 292, p. 173, pto. III.

(9) Conf. CCiv. y Com., Mar del Plata, Sala II, 25-8-2015, “Panasci, Ariel Eduardo c/ La Mercantil Andina S.A. s/ daños y perjuicios por incumplimiento de contrato”, *LL Cita Online*: AR/JUR/30155/2015; JAPAZE, María Belén, “Crédito para operaciones de consumo. Actividad publicitaria, información y deber de asesoramiento”, ob. cit., n° 292, p. 173, pto. III.

(10) Conf. DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, *Los límites del deber precontractual de información*, p. 34, Civitas, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, España, 2010.

(11) Norma que dispone que debe reparar (i) el daño sufrido por la otra parte, en la medida de los gastos contraídos por esta última durante las tratativas hechas en vista de la celebración del contrato, y (ii) la pérdida de oportunidades similares causada por las tratativas pendientes.

deber de información debe cumplirse cuando una parte tenga conocimiento de dicha información y su contraparte “legítimamente” ignore esa información o confíe en su cocontratante (art. 1112-1)⁽¹²⁾.

Sin embargo, como afirma CROVI, no parece posible justificar un amplio deber de información en los contratos paritarios –que por esencia es un instrumento regulador de intereses contrapuestos– que derivaría en una suerte de amparo a la actitud negligente del cocontratante, cuando lo que corresponde es que cada uno cuide sus propios intereses⁽¹³⁾, máxime si se consideran las reinantes condiciones hipercompetitivas del mercado y la imposibilidad de presumir una situación de asimetría entre las partes. Menos aun puede justificarse imponer a las partes del contrato paritario deberes de consejo y advertencia, excepto que se trate de un contrato celebrado entre un profesional y un profano (que puede no ser de consumo, como el contrato que celebra este último con un profesional liberal) en los que se advierte una clara diferencia negocial que impone al profesional el deber de señalar la conveniencia o no del negocio que se propone⁽¹⁴⁾.

Excluido lo dicho en el párrafo precedente, el deber de información resulta plenamente exigible en los contratos paritarios, pues quien informa debe hacerlo de manera veraz y eficaz, diciendo la verdad, sin ocultamientos y de manera comprensible para el destinatario. Es que si hay tal ocultamiento de una de las partes contratantes –lo que revela una conducta reñida con lo que la buena fe impone y hasta, cabría decir, dolosa–, la contraparte podría caer en un error de hecho que sería reconocible por aquella (según la naturaleza del acto o las circunstancias de persona, tiempo y lugar), lo que daría lugar a la nulidad del contrato (arts. 265 y 266, CCyC).

Para terminar, es interesante recordar que el Código Civil y Comercial de la Nación impone el deber de información en algunas normas aplicables a los contratos paritarios (entre otras, arts. 1038, 1483, inc. d, y 1514, inc. a).

2) Publicidad

La publicidad es el conjunto de medios destinados a informar al público, estimularlo, sugerirle, persuadirlo y –por último– convencerlo de la necesidad de adquirir un bien o servicio⁽¹⁵⁾. Tal es su importancia que nuestro Código dispone que las precisiones formuladas en ella o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente (art. 1103, CCyC), lo que es lógico, pues la publicidad –cualquiera sea el medio que se utilice– genera confianza en su destinatario.

La ley procura impedir que se use el engaño como arma negocial y, a la vez, se protege al consumidor que ha confiado en lo publicitado. No es más que una aplicación explícita del principio general de la buena fe. Importa destacar, también, que las precisiones publicitarias no se agotan en las palabras usadas, sino que abarcan también el *lenguaje subliminal*, la publicidad *engañosa* (que contiene indicaciones falsas o de tal naturaleza que inducen o pueden inducir a error y que recaen sobre elementos esenciales del producto o servicio), la publicidad *comparativa* de bienes o servicios que conduzca a error al consumidor, la publicidad *abusiva* (cuando ingresa en la intimidad del consumidor y afecta su libre decisión de contratar o no contratar), la publicidad *discriminatoria* y la que propende a un *consumo perjudicial o peligroso para la salud o seguridad* del consumidor.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la publicidad no se agota en los contratos de consumo, sino que es perfectamente posible publicitar negocios paritarios, no veo impedimento alguno en sostener que la misma prohibición se extiende a los contratos paritarios con algunas necesarias aclaraciones que deben hacerse.

En primer lugar, no cualquier inexactitud puede ser tildeada de publicidad *engañosa*, porque siempre existe un cierto margen de exageración que puede aceptarse en la

(12) Véase MÉNDEZ SIERRA, Eduardo y QUAGLIA, Marcelo, “El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. Segunda parte: régimen general de los contratos”, *ED t.* 272, p. 624, punto III.

(13) CROVI, Luis Daniel, “El deber de información en los contratos”, *LL t.* 2016-F, p. 1051, n° VII, cita online: AR/DOC/3550/2016.

(14) Conf. KRIEGER, Walter F., “La responsabilidad contractual”, en AA. VV., *Liber Amicorum - Homenaje a Luis F. P. Leiva Fernández*, ob. cit., p. 550.

(15) Véase TAMBUSSI, Carlos, *Código Civil y Comercial de la Nación* (Dir.: Alberto J. Bueres.), T. 3C, p. 622, Hammurabi, Bs. As., 2018.

medida en que no se ponga en crisis la necesaria protección de los contratantes. Se advierte, entonces, una pauta más laxa que la que es exigible en los contratos de consumo, pues en estos se procura proteger el superior interés del público en general.

Respecto de la publicidad *comparativa*, en la medida en que la comparación se haga sobre parámetros comprobables, ella es válida, y constituye un adecuado vehículo de información –tanto para el consumidor, como para el no consumidor– y de transparencia del mercado⁽¹⁶⁾. Pero lo que es necesario, y esto se aplica a todo contrato, es que la comparación sea hecha de buena fe, lo que obliga a que se respeten las pautas de veracidad, legitimidad y autenticidad que rigen la publicidad⁽¹⁷⁾, y a desestimar la que (i) compara el propio producto o servicio con otro para denigrar a este último, o (ii) brinda información inexacta o engañosa referida a las cualidades del producto o servicio con el que se compara, lo que en definitiva conduce al consumidor a incurrir en error.

La publicidad es *abusiva*⁽¹⁸⁾ cuando ingresa en la intimidad del destinatario de ella (consumidor o no), de manera expresa o subliminal⁽¹⁹⁾, y afecta la libre decisión de este último de contratar o no contratar. Parece claro que ese tipo de publicidad es contraria a la buena fe que debe regir las relaciones contractuales (arts. 9, 961, 991 y 1061, CCyC) y afecta la intimidad de la persona humana que debe resguardarse (art. 52, CCyC). Por tanto, resulta inquestionable que tal acto es nulo.

La publicidad es *discriminatoria* cuando ella se refiere a la raza, origen étnico, color, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos (conf. pautas establecidas en la ley 23.592), estableciendo desigualdades que repugnan principios constitucionales básicos como la igualdad entre las personas y el respeto a la dignidad humana. Es claro que se puede incurrir en tal discriminación, tanto en relaciones jurídicas de consumo como paritarias.

3) Seguridad

En los contratos de consumo, el deber de información (que ya hemos visto) procura proteger la seguridad y la salud de los consumidores, advirtiendo los riesgos que se asumen y los daños que pueden sufrirse. Por otra parte, la publicidad (que acabamos de ver) no puede inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Esta especial preocupación ha sido receptada por nuestra Constitución, la cual garantiza el derecho de los consumidores y usuarios, a que se proteja su salud, seguridad e intereses económicos (art. 42). Y en la misma línea, la ley 24.240 prevé que las cosas y servicios usados normalmente no pueden presentar peligro alguno para la salud o la integridad física del consumidor o usuario (art. 5°).

Esta particular protección de los consumidores no desaparece en los contratos paritarios. Es que el deber de no dañar que nuestro ordenamiento jurídico impone (art. 19, Const. Nac.; art. 1710, CCyC) se da tanto en supuestos de acción como de omisión, y tanto en situaciones contractuales como extracontractuales. De allí que se haya previsto que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción del daño, su continuación o agravamiento (art. 1711, CCyC).

4) Trato digno

En los contratos de consumo, el proveedor debe darle al consumidor en toda ocasión (cuando se celebra el contrato, cuando se lo ejecuta y también en las etapas previas

(16) Conf. MUGUILLO, Roberto, *Publicidad*, n° 57, p. 267, Astrea, 2005.

(17) Conf. MUGUILLO, Roberto, *Publicidad*, ob. cit., n° 57, p. 270.

(18) El Código de Defensa del Consumidor de Brasil establece que la publicidad es abusiva cuando incite a la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de análisis y experiencia de los menores, desprecie los valores ambientales o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial a su salud o seguridad (art. 37, inc. 2°).

(19) La directiva 89/552 del Consejo de la Comunidad Económica Europea (3-10-1989) dispone que toda publicidad debe ser reconocible como tal, de modo de mantenerse separada de otras partes del servicio programado, quedando expresamente prohibida toda publicidad subrepticia y el uso de técnicas subliminales (art. 10, inc. 3°).

a su celebración, con la oferta, la publicidad y las prácticas comerciales en general) un trato digno (art. 1097, CCyC). La norma añade que la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de Derechos Humanos. Esta disposición es enteramente aplicable a los contratos paritarios, porque siempre debe respetarse la dignidad de la persona humana, evitando cualquier acto que la pueda menoscabar (art. 52, CCyC).

5) Cláusulas abusivas

Entre los arts. 988 y 1117, CCyC, y 37, ley 24.240, se puede formar un catálogo de cláusulas abusivas. Ellas son: (i) las que desnaturalicen obligaciones del predisponente o del proveedor; (ii) las que limiten responsabilidad por daños; (iii) las que importen renuncia o restricción de los derechos del adherente o consumidor; (iv) las que amplíen derechos del predisponente o proveedor que resultan de normas supletorias; (v) las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles; (vi) las que impongan la inversión de la prueba en perjuicio del consumidor.

Estas reglas no pueden ser trasladadas automáticamente a los contratos paritarios pues, en muchos casos, hay normas expresas en contrario. Al solo modo ejemplificativo, en la obligación de saneamiento se prevé, como regla, que las partes pueden aumentar, restringir o suprimir la responsabilidad derivada del incumplimiento de ese deber (art. 1036, CCyC). De todos modos, no pueden caber dudas de que si una o varias cláusulas de un contrato, interpretado contextualmente (arts. 1064 y 1065, CCyC), resultan abusivas –lo que acarrearía la ruptura del equilibrio contractual, con la consiguiente obtención de una ventaja “desmesurada” por una de las partes–, no podría convalidárselas pues, en definitiva, estaríamos ante un supuesto de abuso del derecho, aprehendido por el art. 10 del nuestro Código.

6) Cláusulas ambiguas

El Código Civil y Comercial establece para los contratos con cláusulas predisuestas y para los contratos de consumo que *las cláusulas ambiguas predisuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente* (art. 987 y remisión del art. 1117, CCyC).

Se trata de una nítida aplicación del principio general de la buena fe, que incorpora la regla *contra proferentem*. Esta regla protege al adherente, quien no tiene otra opción que adherir a la propuesta redactada por la otra parte o no contratar, y por ello es lógico que quien redactó el contrato, si lo hizo sin claridad, con ambigüedad –esto es, afirma GAGLIARDO, que la cláusula puede ser entendida en un sentido distinto según que su lectura se efectúe de un modo aislado o se la correlacione con el resto del contrato⁽²⁰⁾– o en términos abusivos, se haga cargo de las consecuencias indeseables de tal tipo de redacción.

Esta regla, ¿es aplicable a los contratos paritarios? En principio, no. Sin embargo, ha sostenido RIVERA –en criterio que comparto– que, en un contrato paritario, si es factible determinar quién redactó la cláusula ambigua, también podrá aplicarse esta regla⁽²¹⁾. En esta línea, los PRINCIPIOS DE UNIDROIT disponen que si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte (art. 4.6).

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - RELACIÓN DE CONSUMO - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONTRATOS DE CONSUMO - CONSENTIMIENTO - CLÁUSULAS CONTRACTUALRRS - CONTRATOS - ORDEN PÚBLICO - COMERCIO ELECTRÓNICO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

(20) GAGLIARDO, Mariano, *La interpretación en el Código Civil y Comercial*, p. 199, Zavalía, Bs. As., 2018.

(21) RIVERA, Julio César, “La teoría general del contrato en el proyecto de Código Civil argentino”, AA. VV., *Interpretación del contrato en América Latina*, t. I, p. 194, Grijley - Universidad Externado - Rubinzal-Culzoni, Lima, 2007.

Los derechos personalísimos del consumidor en la “cultura de la conectividad”

A propósito de la tutela de los datos personales

por MIGUEL FEDERICO DE LORENZO

Sumario: 1. UN DEBATE OLVIDADO PERO ACTUAL. – 2. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS Y LA AUTONOMÍA PRIVADA. – 3. ¿INSTRUMENTALISMO O DETERMINISMO DE LA TECNOLOGÍA? – 4. EL PODER DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES. – 5. EL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO. – 6. VOLVER AL DEBATE. – 7. LA METÁFORA DE GEORGE ORWELL Y LA NECESIDAD DE UNA TUTELA OBJETIVA DE LOS DATOS PERSONALES. – 8. LOS DATOS PERSONALES: ¿SON SOLO UN BIEN INDIVIDUAL?

1. Un debate olvidado pero actual

Vuelvo una vez más sobre *la actual* importancia de un debate jurídico inmerecidamente olvidado.

Hace casi medio siglo, se desarrollaba en nuestro país uno de los debates jurídicos más trascendentes y menos conocido del Derecho Civil. Dos notables juristas –lúcidamente anticipados a los tiempos– ponían sobre el tapete una de las cuestiones más agudas e incipientes de la teoría jurídica: ¿Cómo debe proteger el ordenamiento jurídico a los bienes vinculados a la esfera existencial de la persona humana? O para expresarlo de un modo más técnico: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la protección a la esfera de la personalidad?

Naturalmente que ambos juristas coincidían en que estos bienes debían ser protegidos. En esto, por supuesto no había dudas ni, por lo tanto, desacuerdos. Son bienes vinculados directamente a la dignidad de la persona humana y, por lo tanto, deben ser preservados por el orden jurídico.

La discusión entre ambos juristas, si se quiere, transcurría por otro andarivel. En efecto, ¿se trata de intereses que deben ser protegidos a través de la tutela imperativa del *derecho objetivo*?⁽¹⁾, o, por el contrario, ¿deben ser protegidos a través del ropaje jurídico del *derecho subjetivo*?⁽²⁾.

Nada menos que este era el eje del debate.

La cuestión, a decir verdad, no era nueva⁽³⁾, pero quedó en el olvido durante décadas hasta que este debate, carga-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Datos sensibles: perfiles y regulaciones. El impacto del desarrollo tecnológico*, por GUILLERMO F. PEYRANO, ED, 200-750; *Los derechos a la imagen y la intimidad en la era de los teléfonos móviles con cámaras fotográficas e Internet*, por HUGO ALFREDO VANINETTI, ED, 214-948; *Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales*, por JOHN GROVER DORADO, ED, 268-609; *Los derechos de propiedad intelectual en el marco de los ADPIC*, por YAMILE BERNAN, EDPE, 1/2018-5; *Adolescentes y redes sociales: consideraciones jurídicas sobre la disposición de la propia imagen*, por BELÉN MARÍA ASTELARRA, ED, 278-864; *El derecho de imagen en la publicidad*, por JULIÁN IANIV AZAR, ED, 282; *El reconocimiento de los consumidores y los consumidores hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289-1500; *La figura del daño punitivo en la Ley de Defensa del Consumidor. Un aporte para la inagotable polémica sobre los requisitos de procedencia y su valoración judicial*, por MARÍA BELÉN JAPAZE, ED, 292-462; *Incumplimiento de garantía del consumidor y asuntos probatorios*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 293-651; *La tutela de los derechos humanos en el ámbito del consumo. Para muestra, basta la “Publicidad 4.0”*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 295-1015; *Cuestiones de la publicidad no tradicional: influencers, “publinotas” y responsabilidad*, por WALTER F. KRIEGER, ED, 296; *Los nuevos desafíos en la regulación de la publicidad*, por WALTER F. KRIEGER, ED, 298. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) ORGAZ, Alfredo “Personas individuales”, Ediciones Assandri, Córdoba, 1961, pág. 119 y ss.

(2) CIFUENTES, Santos “Derechos Personalísimos”, Astrea, Bs. As. 3ª edición, pág. 97.

(3) CASTAN TOBEÑAS, José, “Los derechos de la personalidad”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1952, pág. 5 y ss., y en especial, pág. 17, para quien se trata de verdaderos “derechos subjetivos”; DE CASTRO, Federico “Los llamados derechos de la personalidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1959, pág. 3 y ss., que adhiere fervientemente a la postura “objetiva”; ROGUIN, Ernesto (“Las reglas jurídicas”, Madrid, 1904 (de la edición francesa de 1889), n° 131; FERRARA, Francesco, “Trattato di diritto civile italiano”, vol. I, Roma, Athenaeum, 1921, pág. 313; DABIN, Jean, “Theorie générale du Droit”, 12ª edición, Bruylant, Bruselas, 1953, pág. 103; DE CUPIS, Adriano, “I Diritti della personalità”,

do de cultura jurídica, la puso nuevamente entre nosotros, como epicentro de la teoría general de los derechos personalísimos.

Tampoco era, ni es, un problema baladí, sino que por el contrario encierra –como luego veremos– una de las cuestiones más delicada del tema.

Básicamente, la disputa entre ambos juristas se centraba en lo siguiente: ¿los bienes personalísimos (vida, integridad, honor, intimidad, datos personales, etcétera) deben ser tutelados *objetivamente* por el derecho o, en cambio, debe considerarse que *la persona es la titular de derechos subjetivos de la personalidad*?

En un caso (si se tratara de una tutela objetiva), la protección de los intereses personalísimos debe provenir de modo imperativo del ordenamiento (derecho objetivo), pero sin otorgar, correlativamente, *un derecho subjetivo* que dependa –como todo derecho– de la voluntad de su titular. La tutela, vale decir, es impuesta por el ordenamiento a través de normas imperativas sustrayendo a estos bienes jurídicos existenciales, por así decirlo, a la idea de un *derecho sobre sí mismo* y, por ende, sujeto a la voluntad dispositiva del propio individuo.

En el otro (es decir, si se tratara de una tutela subjetiva) la protección opera –siguiendo el teorema de Jhering– en la forma de un interés jurídicamente protegido por el conducto técnico de *un derecho subjetivo* y, por lo tanto, sujeto al ejercicio discrecional según *la voluntad* de su titular, dentro por supuesto de los límites del orden público.

En suma, mientras que para la teoría subjetiva, los derechos personalísimos terminan por ser disponibles⁽⁴⁾ y, por lo tanto, compatibles con la *autonomía de la voluntad*; para la teoría contraria, conceptualizar a estos bienes como derechos subjetivos sería tanto como admitir que frente a bienes jurídicos esenciales a la persona humana⁽⁵⁾, el *titular termine por ser el árbitro*⁽⁶⁾, a través de la autodeterminación, de su vida, de su integridad física, de su libertad o de su honor, por citar algunos ejemplos, circunstancia que resultaría, según este enfoque, incompatible con la naturaleza de estos bienes jurídicos incompatibles con el modelo de un “yo” *propietario* característico de los derechos patrimoniales.

En síntesis, hallándose en juego bienes “existenciales” –sostiene la postura objetiva– que hacen al “ser de la persona”, estas situaciones jurídicas deberían ser aprehendidas por el derecho objetivo que es quien debe establecer reglas precisas, adecuadas y *diferenciadas para cada uno de estos bienes*, en cuanto a la posibilidad de disposición, de renuncia, de transmisibilidad, etcétera.

Vale aclarar que ambas teorías coinciden en la necesidad de proteger al individuo no solo de terceros, sino –y este es el punto– incluso *de sí mismo, de sus propias decisiones*, las cuales –se afirma– tomadas de un modo inaprensible podrían socavar su propia esencia humana⁽⁷⁾. Ambas teorías, por lo tanto, profesan un cierto *paternalismo jurídico* y coinciden con el núcleo duro de la cuestión: *preservar la intangibilidad de la persona humana* (art. 51 del CCyC).

Ahora bien, mientras que para la teoría objetiva esta protección se logra a través del derecho objetivo, que es el encargado de dosificar la tutela del bien respectivo; para la teoría del “derecho subjetivo” la protección se logra no ya a través de la antigua herramienta de la “indisponibilidad” (resabio del “perfeccionismo” jurídico) sino, por medio de la facultad “irrenunciable” del titular del derecho a *revisar y revocar libremente la disposición que haya realizado de su derecho* (art. 54 del CCyC). El sistema, en otros términos, prioriza la “autodeterminación” de la

Giuffré, Milán, 1959, tomo 1, págs. 11, 33 y ss.; DECOCQ, André, “Essai d’une théorie générale des droits sur la personne”, París, LGDJ, 1960, 2 y ss.

(4) Es la solución finalmente recogida por el artículo 55 del CCyC.

(5) MESSINETTI, Davide, “Personalità (diritti della)”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffré, pág. 355 y ss.

(6) Es el epicentro de la crítica de ORGAZ, Alfredo, op. cit., pág. 116.

(7) CATERINA, Raffaele, “Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato”, en *Rivista di diritto civile*, 2005, pág. 771.

persona, pero, consciente que el propio individuo, con su elección, puede poner en riesgo sus intereses esenciales, le otorga el beneficio del *ius poenitendi*.

2. Los derechos personalísimos y la autonomía privada

Con el correr de los años, la doctrina de los derechos (subjctivos) personalísimos terminó por imponerse ampliamente tanto en nuestro medio⁽⁸⁾ como en el derecho comparado⁽⁹⁾, consolidándose incluso normativamente con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación que recogió claramente esta perspectiva⁽¹⁰⁾.

En suma, los derechos personalísimos –como dice Bueres– son derechos subjctivos *especiales*, pero derechos subjctivos al fin y a la postre⁽¹¹⁾.

No obstante ello, no han faltado voces autorizadas que han puesto en tela de juicio este punto de vista.

Así, por ejemplo, se ha objetado:

a) Que posicionar a los derechos humanos subsumidos en la estructura clásica de los derechos subjctivos, es condenar a estos bienes a circular bajo la forma mercancía⁽¹²⁾.

b) Que las situaciones jurídicas existenciales antes que un derecho constituyen un valor fundamental en el ordenamiento que incluso son anteriores a este⁽¹³⁾;

c) Que los derechos humanos necesitan siempre de una tutela objetiva y del derecho positivo para ostentar su vigencia⁽¹⁴⁾.

d) Que la lógica del derecho subjctivo, que en condiciones normales pudo haber sido vista como una adquisición para la persona humana, resulta ser en estadios de complejidad social una *teoría regresiva* para los derechos personalísimos porque pone al interés tutelado en una situación de fragilidad debido a la posibilidad de disposición por parte de su titular⁽¹⁵⁾.

d) Que concebir a un “derecho humano” como un bien jurídico sujeto a la libre y voluntaria disposición por su titular, es negarle su carácter de derecho esencial⁽¹⁶⁾.

f) Que esta idea que asimila a las situaciones jurídicas existenciales con los derechos patrimoniales, poniéndolos en la misma bolsa del verbo “tener”, no responde ya a los valores inspiradores de la persona humana; y que, precisamente por ello, ya comienza a abrirse camino la idea, cercana al abuso del derecho, de la *fonction sociale des droits de la personnalité*.

g) Que la noción de “*autodeterminación*” es una idea *ultra individualista* que pone a la esencia de la persona humana en el riesgo de la reificación razón más que suficiente para que el sistema jurídico preserve a la persona aun de *sí mismo* y de *sus propias decisiones* en cuanto comprometan a la dignidad humana⁽¹⁷⁾.

h) Que sería incoherente que en un derecho subjctivo el sujeto titular sea, al mismo tiempo, el objeto de la situación jurídica subjctiva⁽¹⁸⁾.

(8) TOBIAS, José, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, La Ley, Bs. As., 2018, tomo II, pág. 173; RIVERA, Julio C., “Instituciones de Derecho Civil”, La Ley, Bs. As. 2022; SAUX, Edgardo, “Tratado de Derecho Civil. Parte General”, Rubinzal, 2018, tomo II, pág. 117.

(9) BRUGUIÉRE, Jean - GLEIZE, Bérengère, “Droits de la personnalité”, Ellipses, París, 2015, pág. 63.

(10) COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, “Los derechos personalísimos y sus principales caracteres”, en “Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en Homenaje a Santos Cifuentes”, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 119.

(11) BUERES, Alberto J., Prólogo a la obra de BERGOGLIO - BERTOLDI, “Trasplantes de órganos”, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, pág. XXV.

(12) BARCESAT, Eduardo, “Sobre el porvenir de los derechos humanos”, en Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, pág. 183.

No hará falta aclarar que, como señala Rivera, lo que los civilistas llamamos derechos personalísimos no son más que el reflejo de los derechos humanos en el ámbito del derecho privado (“Instituciones...”, cit., tomo I, p. 146).

(13) Recientemente de LIPARI, Nicolò, “Il diritto civile tra passato e futuro”, Riv. Dir. Civile, 2021, pág. 334.

(14) GUIBOURG, Ricardo, “¿Fundamento de los derechos humanos?”, en Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2010, pág. 129 y ss.

(15) ANCEL, Pascal, “L’indisponibilité des droits de la personnalité: une approche critique de la théorie des droits de la personnalité [sous la direction de Gérard Couturier]”, These, 1978, pág. 1 y ss.

(16) FABRE MAGNAN, Muriel, en Revue Droits, 2008, París, N° 48, cit. pág. 42; “¿Los derechos del hombre no correrían el riesgo de vaciarse de su substancia si el consentimiento fuera suficiente para dispensar su carácter imperativo?”.

(17) FELDMAN, Jean Philippe, “Faut-il protéger l’homme contre lui même?”, En Revue Droits, Puf, París, 2009, pág. 89.

(18) Con amplias y valiosas consideraciones: CICALA, Francesco, “Il rapporto giuridico”, Giuffrè, Milano, 1959, pág. 455 y ss.

Al margen de estas observaciones –de por sí inquietantes en una época en la cual los riesgos que afronta la persona humana son cada vez más intensos– la idea de bienes existenciales concebidos jurídicamente bajo la estructura del derecho subjctivo, cuya esencia es la *facultad de disponer*⁽¹⁹⁾, necesariamente entrelaza a estos bienes con la *autonomía privada* o la *autodeterminación de la persona* y, consecuentemente, con la teoría del negocio jurídico⁽²⁰⁾.

Más aún, en los últimos años, a partir de la apertura hacia la *autodeterminación* de la persona, sumada a nuevos hábitos sociales cada vez más inclinados a disponer de bienes como el cuerpo humano (tatuajes, estética, etc.)⁽²¹⁾, la imagen, la privacidad o los datos personales, se incrementó notoriamente la *disponibilidad de los derechos personalísimos a través del contrato* dando lugar a complejas cuestiones que se derivan de la confluencia, por un lado, del principio general en materia de disposición de derechos personalísimos que es siempre –como se dijo– *libremente revocable* (art. 55 del CCyC) y, por el otro, del marco contractual sometido al principio general del *pacta sunt servanda* (art. 959 del CCyC)⁽²²⁾. Con lo cual, la revocación de la “autorización” o “consentimiento” para la disposición del derecho personalísimo encuentra, en las derivaciones patrimoniales de la relación contractual en la cual se suele “insertar” la autorización para disponer, un eventual factor disuasorio.

3. ¿Instrumentalismo o determinismo de la tecnología?

En forma casi paralela a este debate jurídico, también la *tecnociencia* –que sin dudas trajo innumerables beneficios a la vida social– asistió a un inquietante debate sobre su incidencia en el cambio social. Un debate que interesó primero a la sociología⁽²³⁾, luego, a la propia teoría jurídica⁽²⁴⁾, y ahora, ya en el ámbito de la teoría general del contrato⁽²⁵⁾.

El debate es extremadamente importante para la teoría de los derechos personalísimos y en particular para el destino del *derecho a los datos personales*, dado el eslabonamiento que existe entre el uso –inevitable– de las plataformas digitales en la actual *cultura de la conectividad*⁽²⁶⁾ y los datos personales de los usuarios y consumidores que, a esta altura, es casi la totalidad de la población.

No es este el lugar para extenderme sobre este debate, pero una síntesis ayudará a comprender su vínculo con la tesis que sustento.

En líneas generales, se podría decir que el impacto de las nuevas tecnologías ha dado lugar a dos posturas sociológicas antagónicas.

Por un lado, se hallan los “*instrumentalistas*”, que son aquellos que minimizan el poder de la tecnología, en la creencia de que las herramientas son artefactos neutrales, totalmente subordinados a los deseos conscientes de sus usuarios. Nuestros instrumentos –se sostiene– son los medios que usamos para lograr nuestros fines, y como tales, carecen de fines propios.

(19) FERRARA, Francesco, “Trattato di diritto Civile italiano”, cit. pág. 324.

(20) NICOLAU, Noemí, “El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos”, en “Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje a Santos Cifuentes”, Academia Nacional de Derecho, Buenos Aires, 2019, pág. 47; DE LORENZO, Miguel F., “El negocio jurídico (crisis y fragmentación de una categorial)”, en prensa, Buenos Aires, 2023; NICOLUSSI, Andrea, “Autonomía privada e diritti della persona”, en Enciclopedia del Diritto, Milán, Giuffrè, pág. 133 y ss.

(21) Importantes reflexiones sobre un preocupante cuadro en: TOBIAS, José, “Tatuajes y ‘piercings’: entre la autodeterminación y la salud”, en La Ley, t. 2022-F, págs. 1-4.

(22) DE LORENZO, Miguel Federico, “El acto jurídico extrapatrimonial”, en Liber Amicorum, Marcos Córdoba, Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2016, tomo III, pág. 101 y ss.

(23) MOROZOV, Evgeny, “La locura del solucionismo tecnológico”, Buenos Aires, 2016.

(24) Pioneros los trabajos de: LAQUIS, Manuel, “El derecho frente a las nuevas tecnologías”, en “El Derecho y las nuevas tecnologías”, Separata de la Revista del derecho industrial, n. 33, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 543 y ss., y de COTTA, Sergio, “El desafío tecnológico”, Eudeba, Bs. As., 1968 (del italiano por Viggliolo de More); ALTERINI, Atilio A. “Perspectivas éticas y jurídicas de las tecnologías convergentes”, en La Ley 2007-F, pág. 891; del mismo autor: “Respuestas ante las nuevas tecnologías: sistema, principios y jueces”, La Ley 2007-F, pág. 1338; RODOTA, Stefano, “Il Diritto di avere diritti”, Laterza, Bari, 2012.

(25) Recientemente con un amplio análisis: HERNÁNDEZ, Carlos A., “Comercio electrónico y relaciones de consumo”, en RDP, Rubinzal, 2023, pág. 169 y ss.

(26) Sobre lo cual: VAN DIJCK, Johana José, “La cultura de la conectividad. Una historia crítica de las redes sociales”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.

La tecnología, para este punto de vista, no sería otra cosa que una “herramienta” al servicio del hombre que este *domina* según sus preferencias y necesidades.

En el otro extremo del espectro se encuentra el “*determinismo tecnológico*”⁽²⁷⁾. El padre de esta teoría fue Thorstein Veblen, a principios del siglo XX.

Los deterministas consideran, básicamente, que el desarrollo tecnológico condiciona, como ningún otro elemento singular, el cambio y la estructura sociales. Dicho de otra forma, que la fuente más importante de cambios sociales, a lo largo de la historia, son las innovaciones tecnológicas. Ciertas tecnologías acaban afectando, según este punto de vista, a todos los ámbitos sociales: las instituciones, las formas de interacción, e incluso al mismo sistema jurídico que termina “supeditándose” a los resultados de la tecnología.

La perspectiva determinista se caracteriza por considerar la relación entre tecnología y sociedad como unidireccional: mientras que la evolución de la sociedad (en sus aspectos económicos, políticos o culturales) es consecuencia del desarrollo tecnológico –está, pues, determinada por él– la tecnología sigue un curso particular de acuerdo con sus propias leyes.

La tecnología intelectual, dice Nicholas Carr, cuando alcanza un nivel generalizado, a menudo fomenta nuevas formas de pensar. *Incluso nuevas necesidades*⁽²⁸⁾.

El conflicto entre deterministas e instrumentalistas, que representa los enfoques sobre la relación entre la tecnología y la persona humana, probablemente nunca se resolverá, pero, definitivamente, es esclarecedor al menos por dos razones.

La primera es que, al margen del grado o intensidad y de si se acepta o no la teoría determinista, lo que está comprobado es que *la tecnología digital condiciona, cada día más, nuestros hábitos y nuestras necesidades*⁽²⁹⁾. Las plataformas digitales, por dar un ejemplo, han dejado de comportarse como meras herramientas o instrumentos para realizar tareas y han pasado a ostentar el poder de una estructura necesaria e inevitable para relacionarse social, económica y jurídicamente.

Ya nadie puede prescindir del uso de “Google”, de “WhatsApp”, de “Gmail”, de “Instagram”, de “Facebook”, o de los “Smartphone” para relacionarse social o económicamente.

De este modo, la actual tecnología digital actuaría de manera muy sutil pero terminante: básicamente condicionando nuestros hábitos a un complejo entramado tecnológico.

La otra razón también es decisiva. Si la tecnología, en vez de actuar como “mero instrumento”, condiciona –como mínimo– los hábitos, generando una dependencia, se advierte el peligro inminente de que la tecnología digital se convierta en un paradigma de comprensión que condiciona la vida de las personas y el funcionamiento de la sociedad.

Hoy el paradigma tecnocrático se ha vuelto tan dominante que es muy difícil prescindir de sus recursos, y *más difícil todavía es utilizarlos sin ser dominados por su lógica*. Tanto es así, que se ha vuelto contracultural elegir un estilo de vida con objetivos que puedan ser al menos en parte independientes de la tecnología digital (“*hereje digital*”) de sus costos y de su poder globalizador y masificador⁽³⁰⁾.

A tal punto llega este condicionamiento que impone la denominada *tecnología disruptiva*⁽³¹⁾, que se ha podido afirmar, desde el plano del psicoanálisis, que *la tecnología digital se encamina a concretar nada menos que una dominancia de la subjetividad*⁽³²⁾.

(27) Ampliamente: OSORIO MARULANDA, Carlos, “El determinismo tecnológico: una reflexión crítica desde la teoría de los sistemas tecnológicos”, Departamento de Filosofía, Universidad de Oviedo, 2007.

(28) “Superficiales”, Taurus, Madrid, 2010, pág. 66.

(29) Vale expresar que solo se señala un condicionamiento cultural que sugiere un giro en la política legislativa sobre el tema del consentimiento para el tratamiento de datos y que, por lo tanto, no vinculo esta ponencia, en lo concreto, con la teoría de destacados juristas argentinos (Chamatzopoulos, Shina, Sobrino, entre otros) que han hecho un uso fecundo del análisis de las neurociencias para indagar sobre la “racionalidad” de la decisión contractual.

(30) MOROZOV, Evgeny, “La locura del solucionismo tecnológico”, Buenos Aires, 2016, pág. 15.

(31) TWIGG FLESNER, Christian, “Disruptive Technology - Disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) law”, en A. De Franceschi, European Contract Law and the Digital Single Market (Intersentia, 2016), pág. 1 y ss.

(32) ALEMAN, Jorge, en diario Perfil del 11 de junio de 2021; GUREVICH, Ariel, “La vida digital. Intersubjetividad en tiempos de plataformas sociales”, La Crujía, 2021.

Básicamente, algo ya presente en la profecía de Stewart Brand, cuando decía: “intentar cambiar la mente de las personas es una pérdida de tiempo. Cambia las herramientas que utilizan y cambiarás el mundo”⁽³³⁾.

4. El poder de las plataformas digitales

Yendo ahora al centro de la tesis, se podría decir que la tecnología digital, a diferencia de cuanto habíamos conocido, opera sobre dos postulados.

a. El primero de ellos es que no solo condiciona nuestros hábitos, sino que está pensada –especialmente a través de la IA– para construir su poder *sobre la base de nuestros datos personales*.

Las plataformas digitales utilizan los datos de los usuarios para influir en el tráfico y monetizar flujos de información. Como dice una reconocida jurista, en este ecosistema digital, la información asociada al *big data* se “datifica” convirtiendo a los datos que circulan en la red en un activo o capital al servicio de las grandes empresas del sector, poniendo en crisis el derecho a la privacidad y la autodeterminación informativa que lo integra⁽³⁴⁾.

Con diez “me gusta” que das en Facebook, dice Martin Hilbert, la inteligencia artificial te conoce mejor que tus colegas de trabajo; con 100, mejor que tu familia; con 150, mejor que tu pareja y tu mamá; y con 200, mejor que tú mismo⁽³⁵⁾.

Los “me gusta” no son solo termómetros de deseo, sino también generadores de potenciales tendencias de consumo.

Los “Smart contracts”, por dar otro ejemplo, están en condiciones de gestionar, por sí mismos, el riesgo contractual, y pueden hacerlo, con una asimetría nunca antes conocida; no solo porque el proveedor conoce todo sobre lo que oferta, sino porque además conoce todo de su contratante, incluso –y este es el punto– paradójicamente, ¡más de cuanto este sabe de sí mismo! gracias a los “datos personales” con los que cuenta para “perfilar” al cocontratante⁽³⁶⁾.

b. El segundo postulado es que, al menos desde el plano formal, las plataformas digitales no niegan nuestra libertad, sino que, conscientes del condicionamiento que imponen, nos consultan previamente sobre nuestra conformidad para acceder a nuestros datos personales⁽³⁷⁾.

La etiqueta “no haremos nada sin tu conformidad” es una constante en las plataformas, tanto nacionales como globales.

Pero este vericuetto que luce a primera vista como positivo, resulta sin embargo un punto preocupante para el sistema jurídico. En efecto, alguna vez, la preocupación radicaba en el temor a que las reglas sobre el tratamiento de datos que se hacía en la página web no fueran suficientemente conocidas o debidamente entendidas por el usuario⁽³⁸⁾. Hoy, aun si esa hipótesis subsiste, la preocupación es (o debería ser) otra: que *el usuario no puede negarse a consentir* sencillamente porque no puede prescindir del servicio a través del cual despliega, ya condicionado, sus vínculos sociales y económicos.

En esa circunstancia, forzado el usuario no solo a celebrar un “contrato necesario”⁽³⁹⁾, sino además a *aceptar* las condiciones que le impone la plataforma digital sobre el uso de sus datos personales y de las “cookies” para poder acceder al servicio, *el consentimiento se convierte en un instrumento endeble para ser el eje del tratamiento de los datos personales*.

Bajo estas condiciones, el consentimiento no es más que una manera de crear la ilusión de la libertad a través de la “yema de los dedos” que se desplaza presurosa sobre la pantalla para presionar el botón aceptar y poder continuar en la página web⁽⁴⁰⁾.

Desde el momento en que las plataformas digitales se convirtieron en indispensables, en necesarias para poder

(33) Cit. por BARICCO, Alessandro, “The game”, Gribaudo, 2021, pág. 8.

(34) FRUSTAGLI, Sandra A., “Derecho del consumidor frente a los desafíos del uso de la inteligencia artificial (IA) en las relaciones de consumo”, en RCCyC 2021 (diciembre), 5.

(35) Diario La Nación del 20-6-2021.

(36) DE LORENZO, Miguel F., “Repensar al otro. (Reflexiones sobre el Derecho Civil)”, en Jurisprudencia Argentina, 2019-II, pág. 3.

(37) BYUNG CHUL, Han, “Capitalismo y pulsión”, Barcelona, Herder, pág. 5.

(38) SCHWARTZ Paul - SOLOVE, Daniel, “Notice and choice: implications for digital marketing to youth”, 2009, pág. 2.

(39) Era la expresión sobre los contratos impuestos de MASNATTA, Héctor, “El contrato necesario”, Buenos Aires, Abeledo, 1964.

(40) BYUNG CHUL, Han, “Infocracia”, Buenos Aires, Taurus, 2022, pág. 20.

participar de lleno en nuestra sociedad, *ya no hay posibilidad de excluirnos de forma voluntaria de la recopilación de datos*. Más aún, el sujeto moderno, tecnológicamente condicionado, ya ni siquiera es consciente⁽⁴¹⁾ de que, al aceptar, ingresa en un verdadero contrato “oneroso” (art. 959 del CCyC), en el cual, a cambio del servicio, *¡brinda como contraprestación sus propios datos personales!*

“Datos personales” suena demasiado abstracto. Y esta es una abstracción muy oportuna para los que mercantilizan los datos. De lo que estamos hablando, en realidad, es de un derecho personalísimo, quizás, el más envolvente de nuestra esencia humana⁽⁴²⁾ porque representa nuestras esperanzas y miedos, nuestros historiales médicos, nuestras conversaciones más privadas, nuestras amistades, nuestros más oscuros remordimientos, nuestros traumas, nuestras alegrías, de cómo suena nuestra voz y de cómo nos late el corazón.

5. El problema del consentimiento

Sobre la base de las precedentes consideraciones, se advierte que la legislación argentina sobre la protección integral de los datos personales (arts. 5 y 11 de la ley 25.326), cuyo eje para el tratamiento radica principalmente en el “consentimiento” del interesado, a la luz de los actuales condicionamientos producidos por el uso extendido de la tecnología digital resulta un *instrumento insuficiente* para una protección adecuada del derecho personalísimo en cuestión.

Va de suyo, y casi no resulta necesario aclararlo, nadie pone en duda la conveniencia de estar debidamente informado, ni de la utilidad de la recolección de datos cuando se halla justificada. De lo que se trata es de preservar los datos personales, de cuidar el derecho a la intimidad y de poner al resguardo el derecho a no ser arbitrariamente discriminado⁽⁴³⁾.

Hoy, cuando todo da a entender que, por el poder de las plataformas digitales⁽⁴⁴⁾ asistimos, si no es a un determinismo al menos a un “*sonambulismo tecnológico*”⁽⁴⁵⁾; cuando para aceptar el tratamiento de los datos basta con un “clic”, mientras que para “rechazarlo” se requiere de mucha paciencia y esfuerzo; cuando, como se sabe, *en las plataformas digitales –verdaderos monopolios– nada se negocia*, pues todo es “adhesión”⁽⁴⁶⁾, *dejar al derecho personalísimo de los datos personales en las manos del consentimiento* constituye una técnica de tutela no solo aparente, sino desacordada con la realidad que se pretende regir⁽⁴⁷⁾.

6. Volver al debate

Con este escenario por delante, renace –a mi entender– la importancia del señero debate entre Orgaz y Cifuentes mencionado al inicio.

Quizás no ya a través de la discusión sobre la naturaleza de la situación jurídica respectiva, que hoy ya se encuentra consolidada en favor de la categoría del derecho subjetivo, pero sí sobre los ejes de una tutela efectiva de cara a una nueva ley que necesariamente se requiere en la materia, y en especial sobre la oportunidad de introducir reglas objetivas e imperativas sobre el tratamiento de los datos⁽⁴⁸⁾.

(41) BYUNG CHUL, Han, “No cosas”, Buenos Aires, Taurus, 2021, pág. 41.

(42) CIFUENTES, Santos, “Los datos personales informáticos, un derecho autónomo personalizado”, *Jurisprudencia Argentina*, del 13/10/1999.

(43) Recientemente en Italia se aprobó la ley del “olvido oncológico” destinada a evitar discriminaciones, etc., sobre los pacientes (véase: “Diritto all’oblio oncologico: via libera della Camera alla legge per la tutela dei diritti delle persone guarite da malattie oncologiche”, <https://www.dimt.it/>).

(44) ALPA, Guido “On Contractual Power of Digital Platforms”, en *European Business Law Review* (2023), pág. 377.

(45) Imprescindible: WINNER, Langdon, “La ballena y el reactor. Una búsqueda de los límites en la era de la alta tecnología”, Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 43.

(46) GENTILI, Aurelio, “La volontà nel contesto digitale: interessi del mercato e diritti della persona”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2022, pág. 701 y ss.

(47) GALLI, Federico, “La pubblicità mirata al tempo dell’intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei contratti”, en *Contratto e Impresa*, 2022, pág. 931. Pero ya, anticipadamente: PATTI, Salvatore “Il consenso dell’interessato al trattamento dei dati personali”, en *Rivista di Diritto Civile*, 1999, pág. 467; WARNER, Richard - SLOAN, Robert, “Beyond Notice and choice: privacy, norms and consent”, en *High Tech L.* (2013), RESTA Giorgio, ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo, “Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete”, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 2018, págs. 411 y ss.

(48) CAGGIA, Fausto, “Libertà ed espressione del consenso”, en “I dati personali nel diritto europeo”, al cuidado de CUFFARO, Vincenzo y RICCIUTO, Vincenzo, Giappichelli, 2019, pág. 251.

Ya no resulta suficiente –como en el pasado reciente– contentarse para determinar la licitud del tratamiento de datos personales con que el titular hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado (art. 5, ley 25.326). En las actuales condiciones de dependencia con la tecnología digital, este requisito se da por descontado.

Se imponen, por lo tanto, otras exigencias. No sería descabellado establecer la inadmisibilidad del consentimiento bajo la condición de pérdida de un servicio⁽⁴⁹⁾; o que resulte inadmisibles la exigencia de datos personales *no vinculados a la finalidad del contrato y/o a la ejecución de las prestaciones respectivas*, y así sucesivamente.

7. La metáfora de George Orwell y la necesidad de una tutela objetiva de los datos personales

George Orwell escribió que “si la mayoría de la gente está interesada en la libertad de expresión, habrá libertad de expresión, incluso si las leyes la persiguen”. Sin retorcer sus palabras, se puede extraer la conclusión inversa: si la mayoría de la gente deja de estar interesada en la libertad de expresión, dejará de haber libertad de expresión, incluso aunque las leyes la permitan.

La metáfora puede y debe extenderse al derecho personalísimo a los datos personales. No habrá intimididad si las personas dejan de valorar a sus datos personales⁽⁵⁰⁾. Pero mucho menos aun si el sistema emplea al consentimiento como dato clave de la protección de datos personales.

Cualquiera que haya usado internet alguna vez habrá comprobado que frente a la premura o necesidad de acceder a una determinada información termina autorizando la recolección de su información personal sin saber sobre el verdadero impacto de ello. La opción por defecto debería ser, por lo tanto, la no recopilación de datos o la recolección *mínima y necesaria* lo que garantizaría un equilibrio entre la libre circulación de datos y la protección de la intimidad personal.

8. Los datos personales: ¿son solo un bien individual?

Por último, pero no menos importante, cabe señalar que *la privacidad, ya no es una mera cuestión individual* como lo era en el pasado reciente cuando no existía la IA ni el desarrollo digital que existe hoy. Cuando se dice que tus datos son “personales” parece que se esté dando a entender que solo el titular es la única parte interesada a la hora de compartirlas. Pero ese es un error de concepto. *La privacidad, los datos personales de un grupo o de una sociedad es tan colectiva como personal*. Como el desastre de Cambridge Analytica ha demostrado, cuando se expone la privacidad, todos estamos en peligro⁽⁵¹⁾.

De hecho, para que no haya dudas sobre lo que quiero expresar, ya existe un uso político de los datos personales⁽⁵²⁾.

Urge, por lo tanto, que los civilistas posemos la mirada en el paradigma tecnológico, principalmente allí donde este paradigma “coloniza” primero y confronta después a los derechos personalísimos, recordando que, como decía Luigi Mengoni⁽⁵³⁾, la tecnología, por su naturaleza, no cuenta por sí misma con la capacidad para elegir un fin. *Esta tarea le pertenece, siempre, al Derecho*.

VOCES: DERECHO COMERCIAL - CONTRATOS - COMERCIO E INDUSTRIA - EMPRESAS - PUBLICIDAD - CONTRATOS INFORMÁTICOS - BASES DE DATOS - HABEAS DATA - COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - INTERNET - RELACIÓN DE CONSUMO - RESPONSABILIDAD CIVIL - DEBER DE INFORMACIÓN - CONTRATO DE COMPRAVENTA - DAÑOS Y PERJUICIOS - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

(49) RUIZ MARTÍNEZ, Esteban, “La protección de los datos personales en internet (una tarea ineludible)”, en *El Derecho*, tomo 284.

(50) Genera fundadas controversias por cierto que la empresa del dueño de ChatGPT ofrezca en nuestro país dinero a cambio de “escanear tu retina”, y que más de dos millones de personas en el mundo ya realizaron el intercambio; mientras que, en la Argentina, el número asciende a 200.000 en solo pocos días (*La Nación*, 4 de agosto de 2023).

(51) VELIZ, Carissa, “Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital”, Madrid, Debate, 2021.

(52) ZUBOFF Shoshana, “La era del capitalismo de la vigilancia”, Paidós, Buenos Aires, 2021.

(53) “Diritto e tecnica”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2001, pág. 7.

La regulación de la problemática del sobreendeudamiento del consumidor

Distancias entre la retórica y la acción. El postergado debate en el parlamento nacional

por BELÉN JAPAZE^(*)

Sumario: I. LA REGULACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL SOBREENDEUDAMIENTO. – II. EL PRINCIPIO DE PRÉSTAMO RESPONSABLE COMO EJE DE LA REGULACIÓN A DICTARSE. – III. MECANISMOS PREVENTIVOS DEL SOBREENDEUDAMIENTO. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN AUXILIO. – IV. MEDIDAS DE SANEAMIENTO DEL SOBREENDEUDAMIENTO. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN AUXILIO. 1. RENEGOCIACIÓN DEL PASIVO. 2. DESCARGA Y LIBERACIÓN DEL PASIVO PENDIENTE DE CUMPLIMIENTO.

I. La regulación de la problemática del sobreendeudamiento

Nuevamente insistimos en señalar que el sobreendeudamiento de las economías domésticas es una problemática de abordaje impostergable⁽¹⁾. Resulta evidente la gravedad de la situación individual y familiar por la que atraviesa el consumidor sobreendeudado, no en sólo en contextos de excepción –como la derivada de la emergencia sanitaria, económica y social global reciente– sino también en la dinámica propia del mercado, en tiempos de normalidad. Así lo han asumido países con economías estables que cuentan desde hace décadas con regulaciones sobre la materia altamente protectorias⁽²⁾.

Brasil –luego de un largo debate en el Congreso– concretó la reforma del Código de Defensa del Consumidor incorporando disposiciones destinadas a la prevención y al saneamiento de sobreendeudamiento⁽³⁾. En nuestro país, pese a las numerosas iniciativas legislativas impulsadas en la última década y al consenso que hoy revelan los

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *Cooperativas y defensa del consumidor: una solución en buen camino*, por DANTE CRACOGNA, ED, 271-298; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. Un propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *La tutela al usuario de servicios en el ámbito de las relaciones de consumo: un interesante precedente. Comentario al fallo "T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ordinario"*, por GABRIEL ABAD y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 286; *El régimen administrativo sancionador en las relaciones de consumo*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288; *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288; *Breve introducción a la justicia restaurativa aplicada al sobreendeudamiento de los consumidores*, por ALEXIS MATÍAS MAREGA, ED, 289; *Reglamento de actuación para la prevención y solución del sobreendeudamiento de las y los consumidores en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo de la Nación*, por ADRIÁN GANINO, ED, 303. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctora en Derecho. Profesora Titular regular de Derecho del Consumidor (UNT). Profesora Adjunta regular de Obligaciones Civiles y Comerciales (UNT). Miembro de la Comisión de Reformas que elaboró el Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor.

(1) Japaze, Belén, *Sobreendeudamiento del consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento*, Bibliotex, Tucumán, 2017, pág. 151 y sgtes. Asimismo, Japaze, Belén, *Economías domésticas en crisis. Sobreendeudamiento de los consumidores y sus familias. Prevención y saneamiento*, E-Books, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires 2021.

(2) Para un relevamiento de los diferentes modelos regulatorios en los países de la Unión Europea y en EE.UU., ver Japaze, Belén, *Sobreendeudamiento del consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento*, págs. 47-130.

(3) Nos referimos a las reformas introducidas por ley 14.181 del 1/7/2021 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114181.htm) y el decreto 11.150 del 26/7/2022 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11150.htm).

proyectos de Código de Defensa del Consumidor ingresados por los bloques mayoritarios⁽⁴⁾, la problemática no encuentra lugar en la agenda del parlamento nacional para su debate y tratamiento. Alienta constatar que, pese a lo apuntado, cobra impulso el abordaje de la temática a nivel de los códigos de implementación locales, con iniciativas legislativas que merecen destacarse⁽⁵⁾.

Insistimos: las graves consecuencias del sobreendeudamiento analizado definen un cuadro de situación que no puede ser consentido con la mirada esquiva y la voz silente del conjunto social⁽⁶⁾; menos aún de los poderes públicos⁽⁷⁾. Persuade asimismo la idea de que el abordaje de la problemática impone una perspectiva de análisis vinculada a la racionalidad y lógica argumental de la teoría de los derechos humanos⁽⁸⁾.

Sin ninguna duda, la temática analizada impone la intervención del legislador nacional, por la especial vulnerabilidad de los sujetos afectados, por la naturaleza de los bienes y derechos involucrados y por el impacto que el endeudamiento excesivo provoca en la esfera personal y familiar del consumidor y, también, en el regular funcionamiento del mercado.

Cabe reiterar que la regulación que impulsamos debe concretarse con perspectiva sistémica y no como un producto legislativo de mera coyuntura⁽⁹⁾. Debe traducir un modelo regulatorio, que guarde coherencia con el sistema general dentro del cual se emplace y a la luz de sus principios y valores⁽¹⁰⁾.

(4) Tanto el bloque oficialista del FDT como el de la oposición (JxC) presentaron en la Cámara de Diputados sendos proyectos del Código de Defensa del Consumidor que, en relación a la temática que nos ocupa, proponen una regulación idéntica, con base en el Anteproyecto oportunamente elevado por la Comisión de Reformas designada al efecto. Se trata de los proyectos identificados como expte. 841-D-2022 del FDT (que reemplaza al proyecto previo idéntico –expte. 5156-D-2020– que había perdido estado parlamentario) y como expte. 3607-D-2022 de JxC (que reemplaza al proyecto previo idéntico –expte. 3143-D-2020– que había perdido estado parlamentario). En la Cámara de Senadores, sobre la base del mismo Anteproyecto antes mencionado, tiene trámite actual el proyecto identificado como expte. S-337/2023 de JxC (que reemplaza a los que fueron perdiendo estado parlamentario previamente, identificados como exptes. S-2675-2019 y S-1745-2021).

(5) Ver, por su relevancia, el Anteproyecto de Código Provincial de Implementación de los Derechos de las Consumidoras y los Consumidores, elaborado para la Provincia de Santa Fe por la Comisión designada mediante decreto 880/2021 (Revista de Derecho del Consumidor, N° 12, mayo 2022, Sección Legislativa, <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=3f04bbfba32617776c7e51270a7cbd10>).

(6) Advierte Sozzo que asiste a los consumidores el derecho fundamental a ser protegidos en la relación de consumo, lo que constituye “una especie particular de derecho, un derecho a la acción positiva del Estado” (Sozzo, Gonzalo, *Las relaciones contractuales en tiempos de emergencia. Contratos resilientes*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, pág. 71).

(7) Se afirma que al consumidor endeudado hay que “garantizarle al menos la esperanza de que su situación mejorará” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “El sobreendeudamiento del consumidor y la respuesta del legislador francés”, en *Anales*, Año LIII, segunda época, N° 46, LA LEY – Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Junio/2008).

(8) Sahián, José H., *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pág. 416.

(9) Japaze, Belén, “La problemática del sobreendeudamiento de los consumidores en tiempos de crisis sanitaria, social y económica. Una renovada exhortación al legislador nacional”, en *Revista de Derecho de Daños*, 2020-3, “Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones de consumo”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, pág. 222.

(10) “El resguardo de las vulnerabilidades que pueden afectar a una persona humana constituye un eje transversal en el Código Civil y Comercial, en clave con las exigencias impuestas por la propia Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a los que reenvían los arts. 1° y 2° del nuevo sistema de derecho privado... cuestión (que) también constituye un eje esencial en las nuevas fronteras del derecho del consumidor” (Hernández, Carlos A., “La emergencia en alquileres derivada del coronavirus. A propósito de las locaciones inmobiliarias. Pasado, presente y futuro”, LL 2020-B, 701). Cfr., asimismo, Hernández, Carlos A. – Japaze, Belén – Ossola, Federico A. – Sozzo, Gonzalo – Stiglitz, Gabriel A., “Antecedentes y estado actual del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor”, LL 2020-A, 939.

II. El principio de préstamo responsable como eje de la regulación a dictarse⁽¹¹⁾

El principio de préstamo responsable debe tener recepción expresa en la regulación a dictarse y habrá de traducirse en deberes concretos, de cumplimiento necesario, para todo aquel que en el mercado ofrezca crédito o financiación de bienes o servicios a consumidores.

En efecto, indagar acerca de las necesidades concretas del consumidor; asesorar y aconsejar adecuadamente la toma del empréstito o financiación; advertir sobre los alcances del compromiso patrimonial derivado de la operatoria; evaluar los antecedentes crediticios y la solvencia patrimonial del consumidor; informar el resultado de la evaluación al interesado, con indicación de la fuente consultada; decidir fundadamente el otorgamiento o la denegatoria del crédito y comunicarlo al interesado; y, en definitiva, adoptar cualquier medida que contribuya a la prevención del sobreendeudamiento, absteniéndose de desplegar cualquier práctica que estimule el endeudamiento excesivo, serán deberes de cumplimiento necesario. La regulación deberá prever, asimismo, que los costes derivados de préstamos acordados en infracción las directivas mencionadas serán soportados total o parcialmente por los proveedores o intermediarios de crédito⁽¹²⁾.

Resulta evidente que el endeudamiento excesivo y la eventualidad del incumplimiento no son contingencias ajenas sino riesgos propios de la actividad de los dadores de crédito y es por tanto intolerable que, frente al sobreendeudamiento consumado, se pretenda trasladar esos costes para que sea el consumidor quien soporte, en exclusividad, esas consecuencias adversas⁽¹³⁾.

III. Mecanismos preventivos del sobreendeudamiento. El Código Civil y Comercial en auxilio

A fin de prevenir el endeudamiento excesivo de las economías domésticas, el legislador acude a una tecnología jurídica tradicional; esto es, a la consagración de derechos y la consiguiente imposición de deberes a los sujetos de la operatoria, con aristas singulares. El principal destinatario de los deberes de prevención es el proveedor del crédito, sea que se trate de entidades financieras habilitadas para el ejercicio del negocio que les es propio, así como cualquier otra que otorgue financiación, aunque no sea ésta su principal cometido o lo haga bajo otras modalidades (informales o alternativas)⁽¹⁴⁾. Del mismo modo, todo proveedor que financie la adquisición de un bien o la contratación de un servicio con consumidores, deberá ajustar su actividad al deber de prevención, hoy receptado expresamente en el CCyC⁽¹⁵⁾.

El débito preventivo impuesto a los proveedores de crédito persigue neutralizar algunas de las causas que propician el endeudamiento excesivo anticipándose a la crisis de esa economía doméstica. Asimismo, permite impedir

(11) Ver para el desarrollo del principio de préstamo responsable, su contenido, alcance y proyecciones, Japaze, Belén, *Economías domésticas en crisis. Sobreendeudamiento de los consumidores y sus familias. Prevención y saneamiento*, cit.

(12) Los proyectos de Código de Defensa del Consumidor con actual trámite parlamentario transitan por esa senda. En efecto, el art. 79 proyectado, dispone: "Los proveedores de crédito para consumo, en cualquiera de las modalidades de otorgamiento, deberán ajustar su actividad al principio de préstamo responsable... Los riesgos y costes derivados de una financiación o de préstamos acordados en infracción al principio mencionado en el presente artículo, serán soportados total o parcialmente por los proveedores o intermediarios de crédito".

(13) Mediante la imposición de consecuencias patrimoniales adversas a los acreedores, cuando ha concedido crédito a quien no se encontraba en condiciones de asumir el cumplimiento de los reembolsos, se implementa un incentivo adicional para evitar la extensión de crédito imprudente (cfr. Anchaval, Hugo, *Insolvencia del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2011, pág. 84). En esa línea, calificada doctrina interpreta que la entrada en vigencia del CCyC, "permite hablar, sin riesgo a equivocarnos, de un claro agravamiento en materia de responsabilidad de las entidades de crédito" (Martorell, Ernesto E., "Nuevos paradigmas que agravan la responsabilidad de los bancos", LL 2015-B, 772).

(14) Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y curso*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 125.

(15) Destaca Galdós que la prevención constituye un nuevo paradigma del Derecho Privado (Galdós, Jorge M., "Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales", LL 2017-E, 1142). En la misma línea, se señala que "el CCyC elevó la prevención del daño a la categoría de principio del Derecho Privado" (Sozzo, Gonzalo, en Stiglitz, Gabriel A. - Hernández, Carlos A. (Dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, T. III, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 196).

el agravamiento de esa situación de exceso de deuda ya consumada y de sus dramáticas consecuencias⁽¹⁶⁾.

No se trata de una imposición azarosa o caprichosa de deberes⁽¹⁷⁾. Conforme el art. 1710 del CCyC, la prevención del daño –en el caso, derivado de la situación de sobreendeudamiento– compete a "todo persona... en cuanto de ello dependa", teniendo en consideración dos parámetros: la buena fe y la razonabilidad⁽¹⁸⁾. Ninguna duda cabe de que en el marco de la operatoria que se ofrece a los consumidores, los profesionales de la actividad deben "a) evitar causar un daño no justificado" a quien contrata con ellos; que están asimismo obligados a "b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud" y que, en su caso, deberán "c) no agravar el daño, si ya se produjo" (conf. art. 1710 del CCyC).

Existe consenso⁽¹⁹⁾ en mencionar –entre otros dispositivos preventivos de cumplimiento necesario– a los siguientes:

1. Obligación de desplegar una actividad publicitaria transparente.
2. Control de las prácticas empresarias (especialmente, el marketing crediticio abusivo y la implementación de resguardos ante la mora o incumplimiento del consumidor).
3. Obligación de suministrar información cierta, comprensible y suficiente.
4. Obligación de prestar asistencia y asesoramiento. Deber de advertencia.
5. Control de la abusividad en la predisposición contractual y en la adhesión a ésta.
6. Formalidades al contrato: imposición de la forma escrita y un contenido mínimo.
7. Derecho del consumidor al pago y amortización anticipada.
8. Derecho de desistimiento del contrato por parte del consumidor.

IV. Medidas de saneamiento del sobreendeudamiento. El Código Civil y Comercial en auxilio

La constatación de una situación de sobreendeudamiento ya consumado impone la previsión de remedios curativos que deriven en el saneamiento de esa economía doméstica en crisis y la rehabilitación del consumidor y su familia.

1. Renegociación del pasivo

Si bien esta medida superadora de la situación de sobreendeudamiento es principalmente analizada como de "saneamiento" del estatus crítico del afectado, con acierto se señala que puede actuar como una herramienta preventiva⁽²⁰⁾ encaminada, también, a impedir el agravamiento de las graves consecuencias que ya han empezado a padecer el consumidor y su familia.

La legislación especial a dictarse debe prever un procedimiento especial de saneamiento, decidir su emplazamiento, establecer los presupuestos de acceso y las reglas de trámite. El director del procedimiento –sea la autoridad administrativa o el juez con competencia para el caso– asignará a un funcionario especial, la conducción de la etapa inicial. Será el encargado de la citación y convocatoria de los acreedores, de determinar provisoriamente el pasivo, de promover el diálogo y el acercamiento de

(16) Para un análisis del fenómeno causal del sobreendeudamiento y sus manifestaciones, ver Japaze, Belén, *Economías domésticas en crisis. Sobreendeudamiento de los consumidores y sus familias. Prevención y saneamiento*, cit.

(17) Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R. J., en Herrera, Marisa – Caramelo, Gustavo – Picasso, Sebastián (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, T. IV, Infojus, Buenos Aires, 2015, p. 412, http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_IV.pdf

(18) Galdós, Jorge M., en Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, cit., pág. 294. Interesa mencionar que en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se advierte que este deber de prevención pesa sobre toda persona, en tanto dependa de ella, es decir que "la posibilidad de prevenir debe encontrarse en su esfera de control".

(19) Para un desarrollo del tema, Japaze, Belén, *Economías domésticas en crisis. Sobreendeudamiento de los consumidores y sus familias. Prevención y saneamiento*, cit.

(20) Ver el interesante desarrollo de "la renegociación como una herramienta preventiva", en Churrarín, Mariano L., "La prevención en el Derecho del Consumidor y la necesidad de su profundización en los contextos de emergencia", en Revista de Derecho de Daños, 2020-3, "Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones de consumo", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, pág. 84 y sgtes.

las partes, de estimular el acuerdo, de asesorar, de instar medidas de resguardo patrimonial y extrapatrimonial del deudor y su familia, de proponer soluciones alternativas, de coordinar las actuaciones, de informar al director del procedimiento, etc. El trámite en cuestión requiere experiencia en la conducción. Debe tratarse de un funcionario con formación profesional y capacitación particular en la problemática. Y, principalmente, debe ser un funcionario comprometido con los fines que tuvo en miras el legislador al diseñar este procedimiento⁽²¹⁾.

Los acreedores deben ser compelidos a participar y cooperar en el desarrollo de esta instancia de renegociación⁽²²⁾, bajo apercibimiento de soportar las consecuencias desfavorables que les genere su reticencia⁽²³⁾. La crisis de la economía doméstica del consumidor constituye un riesgo propio de la actividad que el proveedor despliega de modo profesional. De allí que además de la obligación de cooperar antes mencionada, deberá participar en la distribución de los costes que demande la superación de ese estado de impotencia patrimonial y la consiguiente rehabilitación del sujeto afectado.

Quien lleve adelante esta instancia de conciliación deberá contar con atribuciones para conducir eficazmente la renegociación. Debe estar habilitado para plantear alternativas disponibles: condonación total o parcial de algunas deudas, quitas, esperas, supresión o morigeración de intereses y penalidades, reajuste de prestaciones (monto de alquileres, precios, canon, etc.), modificación de condiciones de contratación (que permitan mejorar las rentas al deudor u obtener ventajas económicas), etc. Cualquier comportamiento que entorpezca o resulte distorsivo del trámite deberá ser neutralizado o corregido mediante el ejercicio de las atribuciones que, a tal efecto, le sean también reconocidas a la autoridad interviniente. Las condiciones de la propuesta de pago ofrecida por el deudor podrán ser sugeridas por el funcionario a cargo del trámite, que evaluará alternativas y posibilidades, atendiendo a la bipolaridad de los intereses comprometidos pero conforme el objetivo prioritario. Podrá orientar las soluciones, asesorar, aconsejar, plantear objeciones, reconducir las negociaciones.

Cabe destacar que uno de los principios que ha de regir las actuaciones encaminadas al saneamiento del sobreendeudamiento del consumidor –tanto en sede administrativa como en sede judicial– es el de sostenibilidad de las medidas curativas a implementar para superar la crisis de la economía doméstica. De ello se deriva que la propuesta de cumplimiento que eventualmente plantee el propio consumidor o que impulsen los acreedores (un plan de pagos o de liquidación de bienes) deberá ser evaluada por el funcionario a cargo, considerando los recursos disponibles y los costes patrimoniales y no patrimoniales de su ejecución. Elevada la propuesta de un acuerdo por el funcionario a cargo de la renegociación, serán la autoridad administrativa o el juez (en sus respectivas sedes) quienes juzguen la concurrencia de los requisitos formales y sustanciales a fin de homologar el mismo.

El instituto de la revisión tiene tradición jurídica en la teoría general del contrato⁽²⁴⁾ y “ese deber de renegociar y/o su consecuente revisión, bien puede ser extrapolado al ámbito del Derecho del Consumidor para hacerlo actuar como instrumento correctivo de la situación de sobreendeudamiento”⁽²⁵⁾. Se advierte que si el sistema general prevé tal correctivo para el supuesto de incumplimiento de un contrato aislado, frente a la hipótesis de

impotencia patrimonial generalizada del deudor, se impone –a falta de una regulación especial– replicar ese dispositivo sustancial, en lo pertinente y con la natural adaptación⁽²⁶⁾. La problemática del sobreendeudamiento hace evidente cómo ante la necesidad de revisar, renegociar y adecuar, y en ausencia de respuestas legislativas específicas, muchas de las soluciones pueden encontrarse en institutos de Derecho Común, aunque tamizados por el subsistema protectorio⁽²⁷⁾.

Hernández pone de resalto que los mecanismos revisores del CCyC aportan “un importante servicio en el ámbito de los contratos de consumo”⁽²⁸⁾ y prueba de ello es que numerosas “herramientas sistémicas”⁽²⁹⁾ han servido para que las partes y los jueces impulsen soluciones particulares ante una situación crítica en el ámbito de la contratación de consumo y ante economías domésticas sobreendeudadas⁽³⁰⁾.

Ante el fracaso de la conciliación, el funcionario a cargo de la instancia en cuestión debe estar habilitado para proponer un plan de pagos ajustado a las posibilidades del deudor y someterla a consideración del director del procedimiento. Desde luego, y aun cuando no se hubiera elevada propuesta alguna por parte del funcionario conciliador, la autoridad administrativa o el juez podrán –ante la falta de consenso– imponer un plan de saneamiento ponderando la situación personal y familiar del deudor, los recursos disponibles y la naturaleza y cuantía del pasivo.

Merece un tratamiento singular en este apartado el análisis de la renegociación colectiva de deudas cuando se trate de áreas en las que se encuentran comprometidos intereses individuales homogéneos, cuya crisis impacta en las economías domésticas y determina *per se* –o en concurrencia con otras causas– la situación de sobreendeudamiento que se procura superar⁽³¹⁾. En estos casos, se impone propiciar una renegociación colectiva, diferente de la que se acomete en el caso de crisis o desequilibrios de los contratos individuales⁽³²⁾. La implementación de una medida de saneamiento con esos contornos exige un diseño institucional con los recursos materiales y humanos necesarios para abrir ese espacio de encuentro y conciliación de intereses, donde debe definirse adecuadamente la clase que agrupa los intereses individuales homogéneos implicados (identificando la causa fáctica y jurídica común) y donde se espera un singular compromiso en la gestión del procedimiento y en la consecución del objetivo propuesto⁽³³⁾.

2. Descarga y liberación del pasivo pendiente de cumplimiento⁽³⁴⁾

La descarga del pasivo pendiente es un beneficio consistente en la liberación de las deudas aún insatisfechas que, por disposición de la ley, se otorgará al deudor que observe los requisitos legalmente previstos, en el marco de un procedimiento judicial o extrajudicial que el legis-

(26) Con lucidez, señala Hernández que “la revisión es una categoría jurídica vigente para cuya cabal comprensión se requiere diferenciar las especies dentro de las cuales opera –contrato paritario, por adhesión, de consumo y mixto– apreciando en concreto los tipos contractuales a los que impacta y el modo en que pueden ser articulados” (Hernández, Carlos A., “Revisión y adecuación del contrato (Unidad y diversidad)”, LL 2022-E, 378).

(27) Hernández, Carlos A., “Revisión y adecuación del contrato (Unidad y diversidad)”, LL 2022-E, 378.

(28) Hernández, Carlos A., “Revisión y adecuación del contrato (Unidad y diversidad)”, LL 2022-E, 378.

(29) Sahián, José H., en Stiglitz, Gabriel A. – Sahián, José H., *El nuevo Derecho del Consumidor*, cit. pág. 265.

(30) Japaze, Belén, “Sobreendeudamiento del consumidor. A la espera de la regulación especial. Aportes del Código Civil y Comercial”, en Lorenzetti, Ricardo L. (Dir.), *Derecho Monetario*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023, pág. 370 y sgtes.

(31) Sozzo, Gonzalo, “La renegociación de los contratos de consumo (o la construcción de la dimensión colectiva de la renegociación de los contratos de consumo con motivo de la pandemia COVID-19)- Primera parte”, RC D 1875/2020).

(32) Parece necesario admitir que pese al esfuerzo desplegado por los jueces y a los valiosos pronunciamientos dictados en los procesos individuales, los consumidores contratantes de créditos hipotecarios uva o créditos prendarios, de círculos de ahorro previo, de seguros de vida colectivos, de contratos de medicina prepaga, entre otros, requieren un escenario de renegociación especial y con mecanismos revisores diferenciados.

(33) Indispensable consulta del tema en Sozzo, Gonzalo, “La renegociación de los contratos de consumo (o la construcción de la dimensión colectiva de la renegociación de los contratos de consumo con motivo de la pandemia COVID-19)-Segunda parte”, RC D 1890/2020.

(34) Para un desarrollo más profundo de los conceptos, ver Japaze, Belén, *Sobreendeudamiento del consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento*, cit., pág. 327 y sgtes.

(21) “Lo que la ciudadanía en general y los consumidores en particular reclaman o demandan a las autoridades públicas es que, quienes están a cargo de esos instrumentos heterocompositivos o autocompositivos de resolución de conflictos ejerzan su rol durante la gestión o administración de los mismos, de una manera activa y que sean sensibles a la realidad que se les presenta...” (Mendieta, Ezequiel N. – Kalafatic, Caren D., “El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino”, ED, diario del 14 /8/2020, pág. 1 y sgtes.).

(22) Ver Galdós, Jorge M., “El deber legal de renegociar y la prevención del daño negocial”, LL 10/08/2020, 1.

(23) Japaze, Belén, *Economías domésticas en crisis. Sobreendeudamiento de los consumidores y sus familias. Prevención y saneamiento*, cit.

(24) Frustagli, Sandra A. – Hernández, Carlos A., “Sobreendeudamiento del consumidor”, en LL 2013-E, 1160. Asimismo, ver Trivisono, Julieta B., “Los créditos en unidades de valor adquisitivo (UVA) en el marco de la emergencia económica”, *Revista de Derecho de Daños*, 2020-3, “Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones de consumo”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2021, pág. 643.

(25) Frustagli, Sandra A. – Hernández, Carlos A., “Sobreendeudamiento del consumidor”, en LL 2013-E, 1160.

lador diseñe al efecto. Conforme el modelo que se adopte, el beneficio aludido estará precedido por la reestructuración del pasivo y la ejecución de un plan de pagos o se otorgará tras la liquidación de los bienes del deudor o bien –incluso– ante falta de activo para liquidar.

Cada modelo de descarga y liberación de deuda se estructura en reglas que traducen, en dispositivos concretos, los principios propios de la filosofía subyacente⁽³⁵⁾. Con acierto se destaca la diversidad paradigmática⁽³⁶⁾ de los modelos propuestos en el Derecho Comparado para el saneamiento de la situación de sobreendeudamiento del consumidor.

El emplazamiento del procedimiento –en sede administrativa o judicial– es una arista estratégica del diseño institucional a determinar. Determinar dónde y ante quién habrá de desarrollarse el procedimiento especial para el saneamiento y rehabilitación del consumidor sobreendeudado, es la primera decisión a asumir el legislador que se proponga concretar la manda constitucional del art. 42, 3er. párrafo. Definir cuál es la situación que impone la intervención reguladora (el sobreendeudamiento, como el presupuesto objetivo), quién será el destinatario o beneficiario de esta regulación (presupuesto subjetivo), cuál será

(35) *In extenso*, ver en Japaze, Belén, *Economías domésticas en crisis. Sobreendeudamiento de los consumidores y sus familias. Prevención y saneamiento*, cit.

(36) Álvarez Vega, María Isabel, *Protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, cit., pág. 102.

el escenario en que se desarrollará el procedimiento y, fundamentalmente, cuáles serán las medidas curativas de esa situación crítica, son otras de las aristas de ese diseño institucional que urge contemplar⁽³⁷⁾.

Los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor citados contemplan dispositivos de implementación de las medidas de saneamiento de la situación de sobreendeudamiento de los consumidores y sus familias⁽³⁸⁾. Confiamos llegue por fin el tiempo del debate y la regulación de una problemática que no admite más dilaciones.

VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIONES - CONTRATOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - COMERCIO E INDUSTRIA - PODER JUDICIAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ESTADO - INTERESES - DERECHO ADMINISTRATIVO - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DAÑO - DERECHO CIVIL - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - SALUD PÚBLICA - EMERGENCIA ECONÓMICA - ECONOMÍA - ARBITRAJE

(37) Definir la medida y el tiempo en que debe afectarse la renta futura del consumidor sobreendeudado –para destinarla al pago de los créditos y los gastos– es otro aspecto decisivo del diseño legislativo (Anchaval, Hugo A., “El nuevo sujeto concursal”, en LL 2010-F, 1079, cit.).

(38) Para su análisis pormenorizado, ver Japaze, Belén, *Economías domésticas en crisis. Sobreendeudamiento de los consumidores y sus familias. Prevención y saneamiento*, cit.

Relaciones de consumo y factor de atribución de la responsabilidad del proveedor

Un debate que sigue abierto

por FEDERICO A. OSSOLA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. ¿CÓMO SE “DETERMINA” HOY CUÁL ES EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN? A) LA CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LA CULPA Y LA CRISIS POSTERIOR. B) UN NUEVO ESCENARIO Y UN NUEVO PROBLEMA. C) PAUTAS PARA DETERMINAR (EN GENERAL) EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN. – 3. LA NATURALEZA DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LAS RELACIONES DE CONSUMO. – 4. LA SITUACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y ALGUNOS CASOS PUNTUALES EN EL DERECHO COMPARADO. – 5. EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO. – 6. NUESTRA OPINIÓN. PROSPECTIVA.

1. Introducción

El factor de atribución en la responsabilidad por daños sigue siendo un tema en constante movimiento y discusión. La *ideología* de la responsabilidad civil es la que subyace en el problema y la movilidad de la realidad subyacente genera contrapuntos, readecuaciones, cambios y polémicas.

El terreno de las relaciones de consumo no es ajeno al fenómeno. Si bien en nuestro país la gran mayoría postula una responsabilidad *objetiva*, no solo existen discusiones en orden al fundamento de dicha tipología, sino que autorizadas voces se han pronunciado por la existencia de parcelas de responsabilidad *subjetiva*. En otros sistemas, conviven factores subjetivos y objetivos y existen similares disputas.

En estas breves líneas expondremos nuestra mirada sobre ello.

2. ¿Cómo se “determina” hoy cuál es el factor de atribución?

a) La consagración normativa de la culpa y la crisis posterior

El art. 1382 del Código Civil francés significó, en su momento, el *triunfo* de la culpa como criterio valorativo en la asignación de responsabilidad y *con fuente legal*: “es necesaria una culpa; es suficiente con una culpa cualquiera... nadie ha podido pensar jamás una cosa distinta antes de que se propusiera, a fines del Siglo XIX, una responsabilidad sin culpa”⁽¹⁾. En efecto, “la obligación de reparar aparece como consecuencia directa de la calificación del hecho como algo reprochable, ligero, negligente... queda-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El daño punitivo en las acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores*, por MARIANO DE ESTRADA, ED, 236-874; *El daño punitivo ante supuestos de responsabilidad objetiva*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 253-48; *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VITOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARCINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2017-949; *Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos*, por MACARENA BARICCO PRATS, ED, 278-833; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *Daños punitivos: la petición de parte y el estadio procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 287-753; *La obligación constitucional del deber de seguridad. La extensión del deber objetivo de reparar. Comentario a un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Civil*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 288-611; *El daño punitivo y la “tolerancia cero”*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *Derecho fácil para consumidores y proveedores. Breve comentario de la Resolución 274/2021 de la Secretaría de Comercio*, por JUAN IGNACIO CRUZ MATTERI y VICTORIA SOFÍA PACEVICIUS, ED, 291; *Daño punitivo. Tolerancia cero frente a ciertas conductas del proveedor. Un fallo ejemplificador*, por MARÍA CANDELARIA SAPPÍA, ED, 292; *La culpa del consumidor como eximente de la responsabilidad de los proveedores*, por WALTER FERNANDO KRIEGER, ED, 300. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Mazeaud, Henri – Mazeaud, León – Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1961, T. I, Vol. I, pp. 61 y 63.

ba edificado el sistema de responsabilidad civil sobre la noción de culpa o negligencia”⁽²⁾.

La irrupción de los factores objetivos de atribución en la responsabilidad civil moderna cambió por completo su fisonomía. A una creciente aceptación jurisprudencial, no sin polémicas⁽³⁾, le siguió una también progresiva recepción legislativa, tampoco exenta de diversas miradas y cuestionamientos.

Hoy no se discute la *coexistencia* de factores subjetivos y objetivos, aunque sí subsiste la discusión respecto a si la *culpa* es la regla general, la “norma de clausura”, o la figura subsidiaria; o si hay una suerte de *convivencia* entre ambos, cualitativamente equivalente.

Sigue, pues, la *lucha* de la culpa, otrora reina indiscutida de la responsabilidad.

Es, definitivamente, una cuestión vinculada a los *valores* que se tutelan: determinar si *lo justo* es asignar responsabilidad a quien ha *causado* un daño, realizando un juicio sobre la *intencionalidad misma* del agente o sobre otro elemento configurativo de su conducta, prescindiendo del primero. Todo ello, por cierto, en el marco de delicadísimos y profundos conflictos de *intereses jurídicos*, que llevan a postular soluciones no siempre concordantes.

Las consecuencias son tangibles: la culpa (sin perjuicio de las reglas de la carga de la prueba) permite invocar al autor *una eximente más*, la prueba de haber obrado diligentemente.

b) Un nuevo escenario y un nuevo problema

Ante la enorme trascendencia del tema, sorprende que no se halla indagado con profundidad en *cómo* el ordenamiento estatuye el factor de atribución, *ante el nuevo escenario que se presenta con la coexistencia legal de factores subjetivos y objetivos*.

Se discute sobre ellos; se cuestiona (o no) lo que el legislador ha dispuesto (o no); se polemiza, ante la ausencia de una solución legal explícita (o clara), cuál es el factor de atribución que correspondería. Pero no se repara en el *momento anterior*, cual es el de la *asignación*, o el *criterio de asignación*, por el ordenamiento, del factor de atribución, y la *manera* en que ello sucede.

Se trata de un *nuevo problema*, insistimos, derivado de la coexistencia de factores de atribución diversos consagrados en la ley.

Si el sistema estatuye sin lugar para otra interpretación que la culpa es la regla y los factores objetivos son excepcionales, nada más hay que indagar sobre el problema. La discusión transitará por otros carriles⁽⁴⁾.

La cuestión que planteamos, pues, se presenta cuando no existe una decisión del legislador en el sentido recién apuntado, quedando –por ende– supuestos que no están contemplados de manera expresa por la ley.

En nuestro ordenamiento existe un cambio notorio en el Código Civil y Comercial: si bien se dispone que la atribución de responsabilidad puede basarse en factores de atribución de ambas naturalezas, luego se indica que “en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa” (art. 1721). Nada se indicaba al respecto en el Código Civil.

La nueva norma es equívoca y parece chocar de frente con la *amplitud* que se ha asignado a la *actividad riesgosa* como factor de atribución (art. 1757)⁽⁵⁾, así como también

(2) Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 249.

(3) En los albores del nuevo siglo, se dijo que la doctrina del riesgo introdujo en el sistema de responsabilidad notorias distorsiones, cuando fue acogida por la jurisprudencia de los tribunales de justicia (Díez-Picazo, Luis, *Responsabilidad Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 241).

(4) La conveniencia o no de dicha solución, su pertinencia, su eventual inconstitucionalidad, etc.

(5) Participamos de la opinión que postula que, para que pueda considerarse al riesgo como un factor de atribución, debe haberse introducido factores generadores de riesgo en la comunidad, se beneficie el sujeto o no de la actividad, potenciando o multiplicando la posibilidad de que resulten perjuicios, por lo cual, “dicho aumento de peligrosidad disminuye la seguridad de que podían gozar los demás.

los alcances que se da a la *garantía* (en varios supuestos especiales de responsabilidad), la *seguridad* y la *equidad* (en el art. 1750), en especial. Por ello, en modo alguno es viable concluir que si *la ley*, expresamente, no ha asignado un factor de atribución, éste deba ser subjetivo. Como bien se ha dicho, sobre dicho artículo, “la culpa y los factores objetivos de atribución, entre los que se destaca el riesgo creado, tienen su campo propio de aplicación en donde reinan exclusivamente. Rechazamos de plano la opinión de quienes consideran a la responsabilidad objetiva como una órbita de carácter excepcional, que escapa al pretendido principio de la culpa. Tal actitud revela un propósito evidente de empequeñecer sus alcances, limitando sus efectos, con insalvable distorsión de su fin práctico”⁽⁶⁾.

En nuestro ordenamiento es, pues, *impredicable la excepcionalidad de los factores objetivos*. Por ello es que pensamos que, ante la *elasticidad y fuerza expansiva normativa* de los factores de atribución objetivos, lo dispuesto en el art. 1721, en los hechos, virtualmente carece de ámbito de aplicación.

Lo señalado no cierra el problema, que presenta otras aristas y que lo hacen aún más dificultoso.

c) Pautas para determinar (en general) el factor de atribución

En nuestra opinión, y para dilucidarlo en el caso concreto (y determinar si la solución es o no pertinente), corresponde seguir los siguientes pasos.

El primer análisis que debe efectuarse es el relativo a su *naturaleza* en el caso en concreto. Ello a la luz de las bases conceptuales que cada ordenamiento estatuya, cuestión ya de por sí delicada. Piénsese, por ejemplo, en los profundos contrapuntos hoy existentes respecto a las *actividades riesgosas* y lo dispuesto en el art. 1757 del nuevo código o en la polémica relativa a las obligaciones de medios y de resultado.

Una vez establecido lo anterior, lo segundo a considerar es si el ordenamiento ha dispuesto o no específicamente sobre el tópico bajo análisis. Esto es, *si ha determinado o no cuál es el concreto factor de atribución en un supuesto en particular*.

Aquí es donde surge la verdadera raíz del problema.

Es que puede suceder: 1) que el legislador nada haya dicho; 2) que haya consagrado un factor de atribución acorde a su verdadera naturaleza; o, 3) que haya estatuido un factor de atribución *diferente* del que por esencia correspondería.

1. En el primer caso, como intérprete que ya ha *calificado* el caso a la luz de las bases conceptuales que el ordenamiento provee, debe terminar por asignarle al hecho jurídico el factor de atribución acorde a su naturaleza. No cabe sino dicha solución, ya que ello se impone por la fuerza misma de la naturaleza de las cosas.

2. El segundo caso no presenta mayores dificultades, por su obviedad. Termina por ser un reflejo, una manifestación concreta, de la esencia de la cuestión analizada⁽⁷⁾.

3. En cambio, en el tercer caso (*y es esta la cuestión menos abordada*) no cabe comenzar el análisis bajo el preconcepto de que el legislador ha equivocado el camino. Es que al tratarse de una *cuestión axiológica*, en función del conflicto de intereses jurídicos que el caso concreto presente, se *decide* asignar un factor de atribución de una u otra naturaleza, constituyendo esto una cuestión de *política legislativa*. Un claro ejemplo de ello es lo dispuesto en el art. 160 del Código Civil y Comercial, en el que se estatuye la responsabilidad subjetiva de los administradores de las personas jurídicas privadas. ¿Y si han incumplido una obligación que sea calificada como de resultado o se ha causado un daño en el marco de una actividad riesgosa? La solución no varía, en el caso, la responsabilidad es subjetiva.

Ante este panorama, la cuestión *medular* a considerar es si esta situación puede o no ser cuestionada. Nuestra respuesta es afirmativa, pero *con carácter de excepcional*: la única vía es la declaración de inconstitucionalidad de la norma. En efecto, ningún derecho reconocido en la Constitución es absoluto, todos tienen limitaciones. La clave

es que la restricción supere el *test de razonabilidad de la limitación al derecho constitucional*, emergente del art. 28 de la Carta Magna. En tanto y en cuanto no degrade la naturaleza misma del derecho, no lo desnaturalice, no será atacable.

Es muy delicado el juego de fuerzas que presenta el conflicto de intereses jurídicos en este tema: el derecho a la reparación plena, el derecho de propiedad, la protección de los vulnerables, la tutela de la dignidad de la persona humana, la protección de los legítimos intereses económicos, las consecuencias que se pueden generar en ciertos casos, etc. Es una cuestión, verdaderamente, *sistémica*.

Puede suceder, incluso, que un mismo hecho genere responsabilidad subjetiva del responsable ante algún acreedor y objetiva frente al otro⁽⁸⁾ y, salvo lo recién indicado, nada cabría reprochar.

Es claro entonces que el *punto de partida* debe ser siempre el abordaje mediante la determinación de la naturaleza jurídica de la situación. Pero, luego de ello, no sería objetable que el legislador, sin trasponer el límite recién advertido, consagre soluciones que se aparten de dicha naturaleza. Sucede, por ejemplo, cuando se le asigna efecto suspensivo de la prescripción de la interpelación fehaciente (art. 2541)⁽⁹⁾. Nada obsta a que ello acontezca en materia de responsabilidad civil.

3. La naturaleza del factor de atribución en las relaciones de consumo

La autonomía del Derecho del Consumidor se logró, luego de un largo proceso de decantación conceptual, al determinarse con precisión la esencia y los contornos del rasgo identitario básico que la define: *la vulnerabilidad estructural del consumidor frente al mercado, que lo coloca como un sujeto débil en la relación jurídica que se genera por un acto de consumo*.

Dicha situación jurídica se materializa en la existencia de un andamiaje protectorio, plasmado en principios y presunciones a su favor, un criterio hermenéutico también favorable para los casos de oscuridad o silencio normativo, soluciones especiales que modifican las reglas jurídicas establecidas para relaciones entre iguales, y un notable agravamiento de los deberes de conducta del proveedor de bienes y servicios.

En el ámbito de la responsabilidad civil lo señalado se potencia notablemente, debido a que las situaciones dañosas no sólo se proyectan hacia el ámbito patrimonial, sino que por lo general repercuten también en la persona misma del consumidor, con una exposición mayor al riesgo de sufrir daños, derivado ello de su vulnerabilidad estructural.

Este marco genera, incluso, la necesidad de reforzar el derecho a la reparación plena que, vale apuntarlo, no se plasma sólo en el resarcimiento integral de las consecuencias resarcibles, sino además en evitar limitaciones o cortapisas en la configuración misma del hecho jurídico fundante de la responsabilidad, como así también en los aspectos estructurales y –esencialmente– los dinámicos de la relación obligacional resarcitoria que se genera.

No es de extrañar que, en todo este marco situacional, se postule que lo razonable sea que, *por su naturaleza*, el factor de atribución sea *objetivo*.

El *riesgo*, el *vicio*, la *garantía* y la *seguridad* se *potencian* en el terreno de las relaciones de consumo, ante la imperiosa necesidad de tutelar al sujeto que adolece de una situación de debilidad estructural, integrando una cadena de producción y comercialización que cada vez funciona con mayor celeridad.

Todo pareciera indicar que, a primera vista, es *justo* (de eso se trata el factor de atribución) que se vea agravada la responsabilidad del proveedor de bienes y servicios.

Sin embargo, la cuestión dista de ser sencilla.

Por empezar debe recordarse que las leyes que tutelan al consumidor no se agotan en sí mismas, imponiéndose

Esta inseguridad no debe ser padecida sin remedios jurídicos: *la situación peligrosa debe asumirse a riesgo propio de quien la introdujo, y no a riesgo ajeno*” [Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños. 4. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 398-399].

(6) Pizarro, Ramón Daniel, *Tratado de la Responsabilidad Objetiva*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, T. 1, p. 87.

(7) Por ejemplo, la responsabilidad por *vicio* de la cosa.

(8) Tal es el caso, en nuestra opinión, de la responsabilidad emergente de los arts. 173 y ss. de la ley 24.522 (subjetiva y sólo por dolo) en base a un hecho (generar una situación de insolvencia) que podría –a su vez– generar responsabilidad objetiva hacia otros terceros.

(9) En el origen de la solución legal [art. 3986, párr. 2° del Código Civil], se la criticó duramente, denunciándose que no se trataba de una situación suspensiva, sino que su *naturaleza* era interruptiva. La respuesta a ello es la siguiente: pese a ser cierto, lo que el legislador ha querido es extender por un breve lapso el plazo mediante el *efecto suspensivo* y no recomenzarlo (efecto propio de la interrupción). Nada hay de reprochable en ello.

el *Diálogo de Fuentes*; en nuestro caso, muy especialmente con las normas del Derecho Común. Existen soluciones de tipo general en nuestro tema que se proyectan de manera directa a las relaciones de consumo, en donde no se encuentran regulados varios aspectos, como es, por ejemplo, la cuestión concerniente a las obligaciones de medios y de resultado. Hay otras que entran en tensión con los principios que tutelan al consumidor, lo que activa las reglas del Diálogo de Fuentes (por ejemplo, el factor de atribución en la obligación de seguridad, según algunos). También existen soluciones específicas, como lo es la responsabilidad por riesgo o vicio del producto o servicio, que ha sido interpretada de las diversas maneras en orden a sus alcances.

A la vez, ello debe combinarse con el ámbito de aplicación de la ley, a nivel objetivo y –sobre todo– subjetivo. Es paradigmático el Código brasileño, en donde, si bien la responsabilidad en términos generales es objetiva, para el caso de los *profesionales liberales es subjetiva* (art. 14, párr. 4º), la “única excepción del sistema de CDC de responsabilidad objetiva... que privilegia a los profesionales liberales, retornando al sistema subjetivo de culpa”, también con sus propias particularidades⁽¹⁰⁾; cuestión que no se presenta en nuestro ordenamiento por la exclusión del art. 2 de la ley 24.240. En el caso indicado, si bien existe debilidad estructural por dos razones (ser consumidor y en particular por la clara asimetría cognoscitiva del profano ante el profesional), la responsabilidad es subjetiva, lo cual tiene un sólido fundamento.

Por ello, no puede afirmarse sin hesitación que la debilidad estructural del consumidor imponga siempre, y de manera irremediable e invariable, la existencia de un factor objetivo de atribución.

Ante todo ello, siguiendo los pasos que hemos descrito en el párrafo anterior, la determinación de la naturaleza del factor de atribución es lo primero a analizar y determinar. Y entendemos nosotros que *la situación de debilidad estructural del consumidor impone concluir que, en principio, el factor de atribución debe ser objetivo. Excepcionalmente, el legislador podrá consagrar el factor subjetivo, por una decisión de política legislativa, que podrá ser cuestionada de la manera y con los límites que hemos indicado recién.*

Ahora bien: si esto último no acontece (o sea, si no hay norma explícita que consagre el factor subjetivo), no cabe dudar que el factor de atribución debe ser objetivo. Incluso, ante la duda, la regla hermenéutica del art. 3 de la ley 24.240 y del art. 1094 del Código Civil y Comercial imponen postular la solución más favorable para el consumidor: el factor de atribución será, pues, objetivo.

4. La situación en nuestro ordenamiento y algunos casos puntuales en el derecho comparado

La norma central, el art. 40 de la ley 24.240, y de avanzada en su momento⁽¹¹⁾, ha sido objeto de una interpretación *extensiva*, que la ha hipertrofiado, generándose –por ello– varias opiniones y soluciones contrapuestas para los casos que no se encuentran expresamente alcanzados por ella.

Se consagra allí la responsabilidad por “vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio”. Sin lugar a duda constituye, en su básica esencia, la misma regla del art. 1113 del Código Civil, *ampliada* de manera explícita, en su momento, a los *servicios* (o sea, actividades), y que calza perfectamente hoy en el art. 1757 del Código Civil y Comercial. Es importante, pues, la interpretación que se efectúa de este último, especialmente en orden a las *actividades riesgosas*.

Debe advertirse que su aplicación no se ha limitado a lo explícitamente destinado, sino que se ha hecho extensiva a otros supuestos de responsabilidad. Es usual encontrar al art. 40 como fundamento de la responsabilidad objetiva en los más variados supuestos.

Pero, además, debe recordarse que en el art. 10 bis de la ley (incorporado por la ley 24.787), se estatuye que el *incumplimiento de la oferta* o del *contrato* por el proveedor *lo hace responsable* “salvo caso fortuito o fuerza mayor”, ya que se dota al consumidor de los derechos es-

(10) Lima Marques, Claudia – Benjamin, Antônio Herman V. - Miragem, Bruno, *Comentários ao Código de defesa do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edición, Thomson Reuters, Sao Paulo, 2017, pp. 558-559.

(11) Recuérdese que fue objeto de un veto presidencial y luego no, cuando fue repuesta por la ley 24.999.

tablecidos en la norma, que no son sino consecuencia de la existencia de un incumplimiento por causas imputables.

Así, todo pareciera indicar que, además de la *misma naturaleza de la responsabilidad* (objetiva), *la ley ha consagrado de manera explícita el factor de atribución objetivo*, dejando muy pocos resquicios, que por lo general son llenados mediante la interpretación extensiva indicada. Los casos son innumerables y la opinión mayoritaria así lo postula.

Pero también se presentan algunos contrapuntos.

Un caso paradigmático, en esta cuestión, es “Arregui”, de la Corte Federal, en el que se postuló la existencia, según el caso, de un *factor subjetivo u objetivo en materia de obligación de seguridad*, ello con prescindencia de si existe o no relación de consumo⁽¹²⁾. De todas maneras, se postula el factor objetivo en varios supuestos de obligación de seguridad (generalmente invocándose el riesgo creado o la seguridad misma), entre otros: en materia de transacciones comerciales ante la filtración de datos⁽¹³⁾; lesiones en un viaje de egresados⁽¹⁴⁾ o en locales comerciales⁽¹⁵⁾.

Otra situación es la que se presenta en el terreno de la *responsabilidad de los buscadores de internet*, en donde jurisprudencialmente se ha fundado la responsabilidad en la culpa⁽¹⁶⁾.

También se discute, y con vehemencia, la responsabilidad de las *plataformas de compraventa de bienes y servicios*, existiendo fallos y posicionamientos abiertamente contrapuestos⁽¹⁷⁾.

En Brasil, como dijimos, el caso más ostensible es el ya citado de los profesionales liberales.

Y, actualmente, existen en Europa soluciones *subjetivistas* en la responsabilidad en el marco del Comercio Electrónico (en especial, en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08/06/2000, relativa a “Determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”, arts. 14 y 15), llegándose a afirmar que en el derecho comparado existe una tendencia a subjetivizar la responsabilidad de las plataformas⁽¹⁸⁾.

5. El Proyecto de nuevo Código

Actualmente tienen estado parlamentario dos proyectos, similares pero con algunas diferencias sutiles que no existen en nuestro tema⁽¹⁹⁾.

Por empezar, se reformula la responsabilidad por productos y servicios defectuosos, cuya naturaleza sigue siendo objetiva, pero limitada a este supuesto jurídico, aclarándose que “la responsabilidad es objetiva en los términos del artículo 1722 del Código Civil y Comercial” (art. 115).

Existen además varios supuestos puntuales, en los que se indica que la responsabilidad es objetiva: 1) incumplimiento de la obligación de informar (art. 16); 2) responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, surgidas de situaciones ante contractuales, la oferta, la publicidad o el contrato (art. 50); 3) relaciones de consumo en entornos digitales –responsabilidad de operadores e intermediarios electrónicos, digitales o similares– (art. 73); 4) en la remozada y extendida obligación de seguridad (art. 117).

No existen supuestos de responsabilidad subjetiva.

(12) CSJN, 26/12/2017, “Arregui, Diego Maximiliano c. Estado Nacional –PFA– y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 340:1940.

(13) C.Apel., Comodoro Rivadavia, 27/10/2022, “C., C. A. c. T. N. SA s/ sumarísimo”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/165778/2022.

(14) CNCCom., sala B, 28/09/2022, “Bardi, Jorge Sebastián c. Travel Rock S.A. y otros s/ordinario”, TR LALEY AR/JUR/137006/2022.

(15) CNCiv., sala F, 17/06/2021, “Gutiérrez, Claudia Noemí c. Arcos Dorados Argentina Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios”, RCyS 2021-VI, 226, TR LALEY AR/JUR/82079/2021.

(16) CSJN, 12/09/2017, “Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 340:1236.

(17) CNCCom., sala D, 22/03/2018, “Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario”, LA LEY 2018-B, 526; CNCiv., sala K, 05/10/2012, “Claps, Enrique Martín y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios”, RCyS 2013-VI, 62, TR LALEY AR/JUR/55788/2012; CNCCom., Sala E, “Vergara, Graciela Rosa c. Energogroup S.A. (Motos del Sur) y otro s/ ordinario”, 20/12/2019. Cita: TR LALEY AR/JUR/51184/2019.

(18) Se citan casos de Reino Unido, Francia, Alemania, España y Australia [Abdelnabe Vila, María Carolina, *Reivindicación de la responsabilidad subjetiva en el régimen de defensa del consumidor*, 02/07/2020, 7, TR LALEY AR/DOC/1461/2020].

(19) Proyecto 0841-D-2022 y Proyecto 3607-D-2022.

6. Nuestra opinión. Prospectiva

No dudamos en afirmar que, *por su propia naturaleza*, el factor de atribución de la responsabilidad civil en las relaciones de consumo no puede sino ser objetivo. La *debilidad estructural* del consumidor frente al mercado justifica por sí sola esta conclusión, que se potencia si se observa la mayor indefensión de la que adolece el consumidor frente a *riesgos* de daño fuertemente potenciados por dicha circunstancia.

Y nos parece que esta situación se presenta, no ya en nuestro ordenamiento solamente, sino en todos en los que existe una tutela diferenciada del consumidor. Es una *realidad subyacente*, que no puede ser negada en su existencia.

De allí que, en consonancia con los postulados antes indicados para la determinación del factor de atribución, *no compartimos las opiniones de quienes entienden, en nuestro ordenamiento, que hoy, de lege lata, pueda postularse una responsabilidad subjetiva en el ámbito de las relaciones de consumo.*

No cabe traer a colación, como argumento, *soluciones legislativas diferentes*, en sustento de una pretendida analogía que *no es tal* y por varias razones.

Se afirma que, ante la *ausencia* de normativa específica, es viable recurrir a lo dispuesto en otros ordenamientos, sin advertirse varias cuestiones: 1) que, en nuestro sistema, la responsabilidad objetiva está consagrada explícitamente en los arts. 40 y 10 bis de la ley 24.240, alcanzando a la gran mayoría de los supuestos; 2) que no existe norma alguna que estatuya la responsabilidad subjetiva; 3) que, en los *pocos lugares* en donde no llega el ámbito de aplicación de los arts. 40 y 10 bis, varios argumentos se imponen para concluir que la responsabilidad es objetiva: la propia *naturaleza* de la situación (que por sí sola debería definir el problema); la fuerza expansiva del art. 1757 del Código Civil y Comercial; y, en el peor de los casos, el criterio hermenéutico de los arts. 3 de la ley y 1094 del Código.

Diferente es discutir (y estamos abiertos a ello), *si corresponde tomar una decisión de política legislativa que consagre, en ciertas parcelas de las relaciones de consumo, el factor subjetivo de atribución.* Sea en la misma ley general, o en alguna ley especial que disponga sobre alguna relación jurídica específica.

En esa contienda argumental, y lo hemos visto y oído de primera mano, suelen *renacer* los viejos argumentos que fustigaban a la responsabilidad objetiva en general, como lo son los efectos económicos en la producción, la tutela de la empresa y de los puestos de trabajo que se generan de algunas actividades (en las que no conveniría consagrar un factor subjetivo), entre otras cuestiones.

Pero de lo que se trata, en rigor de verdad, es de algo *esencial* al sistema: la adecuada *selección* de los criterios valorativos en cuya virtud se justifica esa transferencia de las resultas del perjuicio desde un sujeto a otro⁽²⁰⁾.

Ha vuelto una vieja discusión, que se creía superada, y porque la realidad, siempre fluyente, nos enfrenta ante nuevos escenarios y desafíos, en los que se entremezclan la prevención, la precaución, y afrontar la aparición de nuevos riesgos que ponen en peligro el futuro del planeta o con consecuencias graves para las personas⁽²¹⁾. Es claro que la discusión de un siglo, o medio siglo atrás, fue en un contexto absolutamente diferente.

Es un problema en el que está en juego, como se dijo al principio, la ideología misma de la responsabilidad civil, en la delicada intersección que ella tiene con la ideología misma del sistema de tutela de los consumidores.

Entendemos que soluciones *legales* subjetivistas (las únicas posibles), que no podrán ser sino una *decisión de política legislativa, que prescinda de la naturaleza misma de la responsabilidad, debido al concreto conflicto de intereses que se presente*, deberán ser valoradas con criterio restrictivo, a fin de determinarse si superan el test de razonabilidad de limitación de los derechos constitucionales que se encuentran en juego y que antes hemos referido.

Un caso indudable, en estos tiempos, sería el de la pertinencia de consagrar responsabilidad subjetiva de los profesionales liberales si quedaran alcanzados por el ámbito de aplicación de las relaciones de consumo, de existir la modificación de la ley en este punto⁽²²⁾; fuertes contrapuntos avizoramos en una discusión concerniente a las plataformas de comercio electrónico y a los buscadores de internet.

Se trata, pues, de *un nuevo debate*, que no puede ser abordado bajo los criterios tradicionales, sino en función de esta nueva realidad y los nuevos desafíos que nos presenta el Sistema de las Relaciones de Consumo en esta era a la que hemos ingresado hace poco, la de la hipercomunicación tecnológica.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - RELACIÓN DE CONSUMO - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONTRATOS - PROVEEDOR - CULPA - EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD

(20) Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños. 4. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, p. 355.

(21) Brun, Philippe, *Responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Instituto Pacífico-Lexis Nexis, Breña, Perú, 2015, p. 173.

(22) Incluso, manteniéndose lo dispuesto en el art. 1768 del Código Civil y Comercial.

Un avance destacado: la regulación de las prácticas abusivas, en especial referencia a los hipervulnerables

por EDGARDO IGNACIO SAUX^(*)

Desde aquel 15 de marzo de 1962, día en el cual el por entonces (y por poco tiempo más, hasta su asesinato en 1963) presidente de los EE. UU. John Fitzgerald Kennedy enviara el Proyecto al Congreso de Protección de los Intereses del Consumidor⁽¹⁾, hasta estos días, el Derecho del Consumo no ha dejado de crecer.

En nuestro País, desde la sanción en el año 1993 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Bienes y Servicios 24.240⁽²⁾, más allá de los numerosos proyectos de sustitución por un nuevo estatuto legal sobre la materia⁽³⁾, y de las sobradas razones que justificarían contar con una nueva ley atendiendo a los nuevos requerimientos de los tiempos que corren⁽⁴⁾, ha corrido en el tema mucha agua bajo el puente.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: La responsabilidad del proveedor por producto elaborado en el marco de la relación de consumo*, por ADRIÁN O. MOREA, ED, 252-766; *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D' ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *Cooperativas y defensa del consumidor: una solución en buen camino*, por DANTE CRACOGNA, ED, 271-298; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *La tutela al usuario de servicios en el ámbito de las relaciones de consumo: un interesante precedente. Comentario al fallo "T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ordinario"*, por GABRIEL ABAD y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 287-190; *El régimen administrativo sancionador en las relaciones de consumo*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-918; *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-1211; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *El daño punitivo y la "tolerancia cero"*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290-393; *Vulnerabilidad, ahorro y consumo: Hacia la acentuación de la cuantificación de los daños punitivos a través de la aplicación de la fórmula de Irigoyen Testa*, por MARTÍN TESTA, ED, 291-219. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado y Doctor en Derecho por la UNL. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Región Centro. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Exprofesor Titular Ordinario de Derecho Civil en la UNL y exjefe de Cámara en lo Civil y Comercial de Santa Fe. Profesor de Posgrado, Maestrías y Doctorados en diversas Facultades de Derecho del País y del Extranjero. Autor de varios libros, capítulos de libros, aportes en obras colectivas y artículos en diversas publicaciones jurídicas en el país y en el extranjero.

(1) "Consumers, by definition, include us all" (consumidores, por definición, nos incluye a todos, rezaba el mismo).

(2) Vigente hasta hoy, con sus modificaciones, la más relevante de las cuales la incorporara la Ley 26.361 del año 2008, pudiendo computarse las modificaciones parciales de las leyes 24.568, 24.787, 24.999, así como otras que aun indirectamente incidieron sobre ella (24.086, 25.065, 25.156).

(3) Singularmente, hubo dos elevados a consideración parlamentaria en el año 2022, ambos ingresados por la Cámara de Diputados de la Nación, generando respectivamente los expedientes Nos. 0841-D-2022 y 3607-D-2022. En lo personal, destaco las singulares virtudes del elaborado por un destacado grupo de especialistas en la materia (como lo son los Dres. Carlos Alfredo Hernández, María Belén Japaze, Sebastián Picasso, Cósimo Gonzalo Sozzo, Roberto Vázquez Ferreyra, Javier Wajtraub, Fernando Blanco Muiño, Federico Ossola, Carlos Tambussi, Leonardo Lepiscopo, y María Eugenia D'Archivio, todos bajo la presidencia del Dr. Gabriel Stiglitz, quien merecidamente recibe en el marco del "XXV Congreso Nacional de Derecho del Consumidor" nada menos que el otorgamiento más que merecido de su declaración de Doctor Honoris Causae por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el 21 de setiembre de 2023), que al tiempo de la redacción de estas líneas mantiene estado parlamentario y merecería su aprobación. Dicho Proyecto fue oportunamente encomendado a dichos coautores por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación junto con el Ministerio de la Producción y el Trabajo.

(4) Hay mucho escrito, y excedería el marco de estas breves digresiones intentar relacionarlo. Me limito ahora, en relación con los dos

Como dijera hace ya unos años el recordado Maestro Atilio Aníbal ALTERINI⁽⁵⁾, "de hecho, lo que nació como protección del consumidor, se está convirtiendo en protección del individuo particular".

Así, no podemos dejar de mencionar dos hitos normativos de singular relevancia: por una parte, la constitucionalización de la tutela consumerista derivada del texto de la reforma constitucional del año 1994, que le confiere a la materia el rango supralegal que amerita.

Y por la otra la incorporación, en el año 2015, del Título III del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de ese año, el cual bajo el título "Contratos de consumo" (arts. 1092 a 1122) incluye en el mismo normas generales vinculadas a la materia, las cuales, según lo exponen los fundamentos del nuevo Código, "constituyen una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una protección mínima", principios o reglas que "no pueden derogar ninguna ley especial sin afectar el sistema"⁽⁶⁾.

Dicho esto, va de suyo que intentar aun mínimamente una reseña de la retrospectiva y perspectiva de esa regulación múltiple y compleja del Derecho del Consumo a treinta años del primer hito legal sobre la materia involucraría una labor que excedería en mucho la extensión de este modesto aporte, limitado incluso a las pautas que al respecto hemos recibido quienes tenemos la distinción de haber sido invitados a colaborar en esta publicación y en el relevante evento de las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho del Consumidor" dentro del cual aquella se genera.

Hay mucho hecho al respecto en estos treinta años, y mucho por hacer todavía, en un campo de trabajo dinámico y cambiante.

Panorámicamente, y en una apreciación puramente personal, asumo que hay al menos dos elementos que en el mundo actual de los negocios que involucran a consumidores generan nuevos desafíos: uno es el avance imparable de la tecnología que modifica día a día las modalidades de contratación, que es cada vez menos personalizada o singularizada, y más masificada y electrónica.

Y el otro, la asunción del concepto de "vulnerabilidad", no sólo relacionado a la relaciones de consumo sino expandido a todo el ámbito del Derecho, Público y Privado, el cual no se predica exclusivamente en relación con circunstancias económicas, sino también sociales, culturales y vivenciales, y que generan la necesidad de dinamizar mecanismo legales de tutela singular, tutela que dentro del ámbito de la realidad consumerista se proyecta al menos en dos ámbitos puntuales, cuales son la creación (hasta hoy pretoriana, pero con previsión en los proyectos de nueva ley en la materia) de la "hipervulnerabilidad", y por la otra la asunción específica de la problemática del sobreendeudamiento de los consumidores.

Lo cierto es que, frente a esa imposibilidad de pretender abarcar en esta breve labor aquel panorama retrospectivo y prospectivo, he pensado que poner el foco de análisis en una de las incorporaciones puntuales que el texto originario de la Ley 24.240 ha recibido (en el caso,

proyectos a los que he hecho referencia, al aporte de Gabriel STIGLITZ titulado "Los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor, de la comunidad académica nacional y bloques mayoritarios de diputados", publicado en Rubinzal-Culzoni online del 21/8/2022, cita online 621/2022.

(5) En el prólogo a la obra colectiva "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada" dirigida por Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.009, Tomo I, Parte General, citando a su vez palabras de A. y R. Bercovitz, "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", Madrid, 1.987, pág. 28.

(6) Los mismos fundamentos, singularmente extensos en relación con esa regulación consumerista en el Código de fondo, aluden a que ella coadyuva a la integración del sistema tuitivo del consumo teniendo en cuenta el diálogo de fuentes que el mismo Código menciona en su Título Preliminar, en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código, y c) La reglamentación detallada en la legislación especial existente. Agrega que los dos primeros son estables, mientras que el tercero es variable en función de las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

por la Ley 26.361 del año 2008), es un modo de analizar una faceta de dicho proceso evolutivo.

En el caso, me permitiré formular algunas digresiones relacionadas a las prácticas abusivas dentro de la relación consumerista, tema en el cual, necesariamente, está imbricada la noción ya aludida de vulnerabilidad.

Quizás uno de los avances más elogiados de la ciencia jurídica jusprivatista de la segunda mitad del siglo pasado haya sido, y siga siendo, el reconocimiento de que la igualdad, predicada desde la revolución francesa como un logro, en los hechos y más puntualmente en la realidad negocial no era tal.

Al respecto, más allá de la igualdad ante la ley de cuño constitucional, esa teórica igualdad a nivel de potencialidad negocial predicada por el codificador de 1872, se fue asumiendo como un mito.

Ya con la reforma al Código Civil argentino operada en el año 1968 por la Ley 17.711 se corporizaron institutos como el abuso del derecho, la lesión y la imprevisión en materia contractual marcaron un camino en la senda de la relativización de aquel paradigma.

Ese reconocimiento de la existencia de “débiles jurídicos” es una manifestación del reforzamiento del orden público de protección.

Como lo propone Antonio BENJAMIN, el consumidor es sujeto activo del mercado, pero vulnerable.

Para el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, “vulnerable” significa “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. Son seres más propensos a ser dañados, con menos posibilidad de recuperación ante el daño y susceptibles de mayor magnitud de los efectos perjudiciales que sufran⁽⁷⁾.

Menores, ancianos, discapacitados, en ciertas circunstancias todavía las mujeres, inquilinos, analfabetos, trabajadores, migrantes y consumidores han sido, y son, al día de hoy objeto de tuteladas diferenciadas en los vínculos jurídicos en los que interactúan con otros protagonistas más fuertes, más informados, más resguardados de riesgos.

La mayor parte de ellos, además de la tutela legal que les es asignada, cuentan también con protección suprallegal derivada de tratados internacionales sobre derechos humanos que en la Argentina han sido elevados a dicho rango por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional sancionada en el año 1994.

Ese paradigma opera no sólo en el derecho sustancial, sino también en el instrumental. Las “100 reglas de Brasilia” sobre acceso a la justicia son una muestra de ello, con especial atención al género, la discapacidad y la pobreza⁽⁸⁾.

Señalaba John RAWLS en su *Teoría de la Justicia* dos reglas basales de todo sistema jurídico contemporáneo:

- a) La mayor libertad en favor de todos en condiciones de igualdad.
- b) Toda diferencia está proyectada en favor de los más débiles.

Y de este paradigma protectorio (o “ética de la vulnerabilidad”) se derivan reglas hermenéuticas tales como las de “in dubio pro debilis”, o la de “favor debitoris”.

Calificada doctrina⁽⁹⁾ añade la regla del principio en favor del consumidor, generado en “su debilidad estructural” que no es privativa de la calidad de acreedor o deudor en una obligación o en un contrato en particular⁽¹⁰⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abordado singularmente el tema⁽¹¹⁾, aludiendo a la denominada “discriminación inversa”, que tiende a “superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha expedido al respecto, señalando que no basta con que los Estados se abstengan de violar derechos de sus ciudadanos, sino que deben asumir una actitud po-

sitiva o proactiva en la tutela de todo supuesto de vulnerabilidad⁽¹²⁾. Y ha demarcado la “tipología de la vulnerabilidad”, diferenciando la derivada “de la condición personal” (v.g. discapacidad) de la derivada “de la situación personal” (v.g., migrantes).

Entre nosotros⁽¹³⁾, se mencionan como supuestos:

- a) Vulnerabilidad económica.
- b) Vulnerabilidad cognitiva.
- c) Vulnerabilidad técnica.
- d) Vulnerabilidad jurídica.

Ahora bien, dentro puntualmente del ámbito del derecho del consumidor –paradigma de operatividad de la situación de vulnerabilidad–, los dos proyectos de nueva ley consumerista en reemplazo de la 24.240 que fueran remitidos a consideración parlamentaria en el curso del año 2022, tienen referencias coincidentes en el tema⁽¹⁴⁾. Hay en ellos un ensanchamiento del mencionado principio protectorio, ya sentado en los actuales arts. 3 de la Ley 24.240 y 1094 del CCyCN.

En el respectivo art. 5 de ambos proyectos, además de reconocerse expresamente la “vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado”, y de mencionarse al “orden público de protección”, se alude a la protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad.

Se perfilan ellas como las derivadas de “colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada”, como los comprendidos en circunstancias especiales, los niños, niñas y adolescentes, los ancianos, las personas enfermas o los discapacitados.

La doctrina⁽¹⁵⁾ involucra en esta categoría a los denominados “subconsumidores” o “infraconsumidores”.

Por su parte, la Secretaría de Comercio Interior de la Nación en fecha 27 de mayo de 2020 expidió la Resolución 139/2020⁽¹⁶⁾ donde propone una nómina no taxativa de “consumidores en situación de vulnerabilidad agravada”, ya sea por su edad, idioma, recursos económicos, necesidad, etc.

Ahora bien, no pueden caber vacilaciones en admitir que una faceta singular de la tutela consumerista de la vulnerabilidad agravada o hipervulnerabilidad es la relacionada con las prácticas abusivas.

Como experiencia, las denominadas “prácticas abusivas” tienen, en el Derecho del Consumo, como víctimas más frecuentes a los consumidores (o futuros consumidores) más vulnerables.

Ya varios años antes de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, quien representaba y representa hoy quizás el mayor exponente de erudición a nivel nacional en la materia⁽¹⁷⁾ aludía a la necesidad legal de control “de las prácticas comerciales irregulares”, señalando que el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación consumerista tenía su límite en el principio de la buena fe en las relaciones de consumo, proyectada en la proscripción de actividades del oferente de los bienes y servicios que agraviaran las reglas de la moral, el orden público y las buenas costumbres, mencionando singularmente como caso la ausencia del “clare loqui” en la oferta comercial, o “las formas no ortodoxas” de venta, que por entonces sólo estaban proscriptas por la Ley de Lealtad Comercial.

En el texto originario de la Ley 24.240 ellas no estaban contempladas, como sí lo estaban (y siguen estando) las “cláusulas abusivas”. Con relación a ambas, hay doctrina que entiende que estas últimas son un género del cual las primeras representan una especie, opinión que me permito no compartir, en la medida en que las prácticas abusivas pueden tener cabida en la etapa precontractual –o también en el iter contractual–, mientras que las cláusulas sólo son pensables dentro del diseño o estructura de una relación

(7) Conf. Silvana GARCÍA, “El principio de protección de los vulnerables y el derecho de la insolvencia”, en “Revista jurídica de la Región Centro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, Editorial II, número 1, Buenos Aires, junio de 2023.

(8) Vide trabajo vinculado al tema de autoría de Graciela MEDINA, LL 14/11/2017.

(9) Ricardo Luis LORENZETTI, “Las normas fundamentales de Derecho Privado”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 100.

(10) Dicha regla fue recibida de modo expreso por el artículo 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual predica que “las normas que regulan las relaciones del consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”, agregando luego que “en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

(11) Fallo del 26/3/2019 in re “García, María”, Fallos 342:411.

(12) Ver importante trabajo casuístico sobre el tema de autoría de Guillermina Leontina SOSA en LL del 6/6/2022.

(13) Ricardo Luis LORENZETTI, “Fundamentos de Derecho Privado”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2016.

(14) Conf. Gabriel STIGLITZ, “Los proyectos de Código de Defensa del Consumidor, de la comunidad académica nacional y bloques mayoritarios”, en Editorial Rubinzal-Culzoni online, 21/8/2022, cita online 621/2022.

(15) Sergio BAROCELLI, “Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en la obra en homenaje a Gabriel STIGLITZ publicada por la Editorial La Ley, Buenos Aires, 2019, así como Juan José MARTINEZ MERCADAL, “La prevención de la hipervulnerabilidad”, en LL online del 29/7/2022.

(16) Vide su comentario por Roberto VAZQUEZ FERREYRA en LL online del 16/6/2020.

(17) Me refiero a Gabriel STIGLITZ, ver su obra “Protección jurídica del consumidor”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 83.

jurídica negocial ya existente. Además, las prácticas, como su nombre lo sugiere, se relacionan más bien con una manera de actuar por el prestador de servicios u oferente de bienes, mientras que las cláusulas suelen proyectarse normalmente en el ámbito normativo dentro del cual se desarrolla la relación de consumo⁽¹⁸⁾.

Lo cierto es que la regulación legal de las prácticas abusivas aparece con la Ley 26.361, que incorpora el art. 8 bis a la Ley 24.240, bajo el título “Trato Digno – Prácticas Abusivas”.

A su vez, los arts. 1096 a 1099 del Código Civil y Comercial de la Nación, dentro del Capítulo vinculado a la regulación de los contratos consumeristas y bajo el título “Prácticas abusivas” expande esa regulación previa del ya mencionado artículo 8 bis de la LDC⁽¹⁹⁾.

Podría objetarse, metodológicamente, que el título asignado al Capítulo en el cual se regulan las prácticas abusivas se relaciona con la formación del consentimiento en los contratos consumeristas, siendo que dichas prácticas pueden, como hemos dicho, darse antes, durante o incluso después de prestado el consentimiento.

En la regulación del CCyCN, las prácticas abusivas se corporizan en tres supuestos:

- a) Falta de trato digno (cuando se imponen al consumidor situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias).
- b) Trato inequitativo o discriminatorio, violatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley.
- c) Afectación de la libertad de contratación (v.g., supeditar la adquisición de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros).

Por su parte, el art. 1096 del mismo Código declara que la tutela legal del caso se proyecta hacia las personas “expuestas a una relación de consumo”, a tenor de lo dispuesto por el art. 1092 del mismo cuerpo legal en su segundo párrafo, el cual determina que queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social⁽²⁰⁾.

En el texto del art. 8 bis incorporado como se dijera a la LDC por la Ley 26.361, se prevé que la práctica abusiva podrá generar la multa civil del art. 52 bis⁽²¹⁾, además de otros resarcimientos de daños que pudieran probarse en el caso.

Es bueno mencionar que el Proyecto de nueva ley de defensa del consumidor elaborado por la Comisión –ya mencionada– presidida por el Dr. Gabriel Stiglitz contempla una interesante ampliación de la previsión del tema en sus arts. 19 a 27⁽²²⁾, mencionando en términos generales

(18) A título personal, me he explayado más sobre el tema en un trabajo previo. Ver al respecto Edgardo Ignacio SAUX, “Las prácticas abusivas”, en “Revista de Derecho de Daños” de Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.022-1, “Derecho del consumidor – I”, págs. 203 a 234.

(19) Esa tríada normativa, como se ha dicho derivada de la tutela constitucional de la dignidad de los consumidores, hace, como se ha señalado (ver Demetrio Alejandro CHAMATROPULOS, “Estatuto del consumidor”, 2ª Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2019, pág. 470) que Argentina sea, dentro del contexto del Derecho Comparado, uno de los países con tutela legal más completa ante las prácticas abusivas.

(20) En tal sentido, y acertadamente, se abandona la referencia primigenia de la Ley 24.240 de “contrato de consumo” por la de “relación de consumo”, la que abarca dicha circunstancia.

(21) De hecho, al haberse suprimido por la Comisión Bicameral la previsión que contenía el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado oportunamente por la Comisión Redactora en relación con la función sancionatoria en la responsabilidad civil, es lo cierto que el único supuesto que el derecho positivo argentino contempla las multas civiles es, a hoy, ese art. 52 bis de la LDC.

(22) Al respecto, y sucintamente, dentro de la Sección 5ª y bajo el título “Prácticas abusivas”, se menciona que éstas resultan operativas respecto de toda persona “expuesta a una relación de consumo”, adquiriendo singular relevancia la hipervulnerabilidad con fundamento en los Tratados de Derechos Humanos de los que la Nación sea parte o suscriptora. Reitera la obligación de trato digno y no vergonzante, y proscribire el trato inequitativo o discriminatorio, proscribiendo toda conducta u omisión que distinga, excluya, restrinja o menoscabe de manera arbitraria a los consumidores por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, condición física, psicofísica o socioeconómica, nacionalidad o cualquiera otra que violente el principio de respeto de la dignidad de la persona humana.

En el art. 22 enumera en siete incisos restricciones a la libertad del consumidor que configuran prácticas abusivas (como, entre otras, enviar o entregar al consumidor cualquier producto o proveer cualquier servicio sin solicitud previa de parte de éste, supeditar la prestación a la previa adquisición de otro bien o servicio, ejecutar servicios sin la previa elaboración de un presupuesto y sin contar con la autorización expresa del consumidor, negar injustificadamente la adquisición de bienes o la provisión de servicios a determinados consumidores, au-

(arts. 19 a 21 y 23) que la atención al consumidor debe estar relacionada “a su condición de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad”.

Con razón se sostiene que tales regulaciones –las vigentes y las proyectadas– son derivaciones legales de la regla de trato digno y equitativo al consumidor que sienta el art. 42 de la Constitución Nacional argentina⁽²³⁾.

Doctrinariamente, se predica con acierto que las prácticas abusivas agravan tres principios basales no sólo del Derecho del Consumo, sino del sistema jurídico en su integralidad:

- a) La dignidad de la persona humana.
- b) La equidad e igualdad.
- c) La buena fe negocial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽²⁴⁾ declaró oportunamente que el deber de que la persona humana sea tratada con dignidad en el marco de una relación de consumo se refuerza en el caso de personas vulnerables (niños, ancianos, discapacitados).

Por su parte, la Directiva 2005/29 del año 2009 de la Comunidad Económica Europea determinó que las prácticas comerciales desleales (que diferencia de las “engañosas” y de las “agresivas”) se potencian ante los consumidores vulnerables.

Y menciona al respecto nada menos que treinta supuestos concretos de aquellas.

En el “XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor” (del año 2007), la Comisión No. 1 expresó que “el estándar de apreciación de la ilicitud de las prácticas abusivas debe contemplar las situaciones de hipervulnerabilidad de los consumidores”.

Como se ha señalado con acierto⁽²⁵⁾, las prácticas comerciales se tiñen de ilicitud cuando se violentan los buenos usos mercantiles, cuando resultan abusivas, cuando contrarían el estándar impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, siendo “vejatorias o denigrantes”, agregando que “...las situaciones abusivas pueden presentarse cuando, en un contexto dado, se impide o limita la libertad o el ejercicio de los derechos del consumidor o usuario, ya sea empleando técnicas de captación del público, asedio o imposición de actos de consumo”.

Claudio KIPER⁽²⁶⁾ recuerda al respecto que “...pasaron muchos años de aquella época en la que negros y blancos viajaban en el mismo tren pero en vagones distintos”. “Separados pero iguales” era el lema que encubría la segregación racial. La Corte Suprema de Justicia de los EE.

mentar sin justa causa el precio de esos bienes o servicios con posterioridad a la oferta pública de los mismos, emplear la sorpresa, el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida a los fines de decidir la contratación de aquellos, o desplegar una conducta engañosa que lleve al consumidor a tomar su decisión que no hubiera tomado si aquél actuara con lealtad y transparencia.

Se vincula el trato digno con la obligación de atención al consumidor adecuada a sus condiciones de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad, debiéndose escuchar, informar y aconsejar de buena fe y en tiempo razonable. Se agrega la obligación de prever atención prioritaria a mujeres embarazadas, personas con discapacidad mayores de edad, acompañadas con niños o niñas de corte edad, o también a quien por cualquier razón objetiva presenten dificultades de movilidad. Se prevé –aspecto que, al día de hoy, empecé la no vigencia de dicha norma proyectada, lamentablemente es de empleo común– que el tiempo de espera del consumidor no puede exceder los treinta minutos, espera que bajo ningún concepto puede ser en condiciones de incomodidad dentro o fuera del establecimiento, sin acceso a sanitarios, provisión de agua potable y orden de atención según comprobante numerado.

El art. 26 del Proyecto contempla en once incisos otros supuestos de prácticas abusivas, tales como, entre otras, imponer condiciones discriminatorias, afectar la intimidad, prevalerse de la ignorancia, la ligereza o la inexperiencia del consumidor o futuro consumidor, estimular la adquisición de bienes o contratación de servicios que pongan en riesgo la salud del consumidor, difundir información despectiva, llevar adelante procesos de cobranza intimidatorios, etc.

Se prevé asimismo un régimen de responsabilidades y sanciones para los proveedores de bienes o servicios que incurran en esas prácticas lesivas, computándose entre ellas la sanción punitiva que dentro de la estructura del Proyecto contempla su art. 128.

(23) José Humberto SAHIÁN, en su obra “Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 313, alude a que la fórmula consumerista de “trato digno y equitativo” conforma una verdadera garantía constitucional que contiene dos principios enlazados, complementarios pero no idénticos, cuales son la equidad y la dignidad.

(24) Caso “Ledesma c/Metrovías”, fallo del 22/4/2008.

(25) Vide Belén JAPAZE, “La publicidad comercial y las prácticas comerciales”, en la obra “Manual de defensa del consumidor”, 2ª Edición, dirigida por Dante Rusconi, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, págs. 363 y ss.

(26) En “Ley de defensa del consumidor comentada y anotada”, dirigida por Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra, editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, pág. 121.

UU. en el año 1896 (caso “Plessy vs. Ferguson”) admitió este sistema, expresando que, si ambos recibían el mismo servicio, no se violaba la regla de igual protección. Obviamente, al día de hoy algo así sería inconcebible.

Quizás una obra colectiva que con mayor amplitud y a la vez precisión trata y analiza este tema sea la titulada “Prácticas abusivas en el Derecho del Consumo”, dirigida por Walter KRIEGER y publicada por EL DERECHO, en Buenos Aires, año 2018.

Es también relevante⁽²⁷⁾ agregar que esa protección vinculada a la proscripción de las prácticas abusivas no sólo es predicable con relación al integrante de una relación de consumo, sino también a la categoría de “consumidores expuestos” a esa relación jurídica de la que propiamente no participan.

La casuística es inabarcable –aun cuando entendemos que, por funciones de docencia normativa, resultaría conveniente iterar un muestrario de supuestos concretos, como lo propone el Proyecto de la Comisión presidida por Gabriel Stiglitz–, y en definitiva será la apreciación administrativa o judicial, en el caso concreto, la que determinará la operatividad de la tutela legal.

(27) Sandra FRUSTAGLI y Carlos Alfredo HERNÁNDEZ, “Prácticas comerciales abusivas”, en “Tratado de Derecho del Consumidor”, dirigido por Carlos HERNÁNDEZ y Gabriel STIGLITZ, Editorial Thomson-Reuters, Buenos Aires, 2015, tomo I, pág. 604.

Como conclusiones de estas breves consideraciones, podríamos sostener a nivel personal las siguientes:

a) La regulación de las prácticas abusivas sobreviniente a la sanción de la normativa primigenia de tutela consumerista (la Ley 24.240) –singularmente, el art. 8 bis incorporado al texto de ella por la Ley 26.361, así como los artículos 1096 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación– abren un camino relevante en la materia, con sustento constitucional y convencional.

b) La situación de hipervulnerabilidad consumerista es el campo más fértil para la aplicación de dichas normas.

c) Sería aconsejable, *de lege ferenda*, la sanción legal del Proyecto de nueva Ley de Derecho del Consumo proyectada por la Comisión presidida por el Dr. Gabriel Stiglitz, en cuanto hace o propone una regulación integral y casuística de dicha problemática (sin perjuicio de sus otras valías técnicas).

VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - MENORES - OBLIGACIONES - CONTRATOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - COMERCIO E INDUSTRIA - PODER JUDICIAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ESTADO - INTERESES - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DAÑO - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - EMERGENCIA ECONÓMICA - ABUSO DEL DERECHO

Arqueología y futuro de la regulación de consumo

por CARLOS EDUARDO TAMBUSI^(*)

Con la producción masiva de bienes y la enorme ampliación de la oferta de servicios, la situación de los consumidores irrumpió como un tema de necesaria atención por parte de las normas jurídicas y las políticas públicas.

Se ha señalado que los consumidores han existido desde siempre, sólo que el derecho no había tenido una percepción clara de su condición como sujeto diferenciado de categorías ancestrales como por ejemplo el comprador y el arrendatario, entre otros.

Con anterioridad a la existencia de las leyes propias del régimen tuitivo consumidor, el panorama se reducía a aisladas normas sustantivas y adjetivas generales, no directamente dirigidas a proteger consumidores. Los primeros antecedentes responden, antes bien, a un criterio que podríamos llamar de “policía”, que puede apreciarse en las leyes represivas del “agio y la especulación”⁽¹⁾ propias de comienzos de la década del cincuenta. Más tarde, la ley 17.711 de reforma del Código Civil, aunque dictada en tiempos no republicanos, reconoció algunos fenómenos externos a los contratos, y fue la primera en prever, en el derecho común, que los contratos no necesariamente se celebran entre iguales, y que las reglas que surgen de lo convenido deben atemperarse a la luz de los principios de la equidad y la buena fe. Ello contrasta con el sistema originalmente concebido por Vélez Sarsfield en el Código Civil hoy derogado, cuyo paradigma era el contrato “paritario” y su consecuencia lógica, el *pacta sunt servanda* como respeto a lo “libremente pactado”, sin matices de ninguna índole, dejando a salvo sólo el orden público y “la moral y las buenas costumbres”⁽²⁾. Pero inclusive sin darle certificado de bautismo, el ordenamiento jurídico tradicional de la codificación decimonónica levemente remozada por esta ley permitió contar con ciertos mecanismos aplicables a la protección del consumidor: ejemplos de ello lo constituyen la teoría de la lesión, del abuso del derecho y de la imprevisión contractual⁽³⁾.

Otras normas referidas a contratos en particular implicaron, por ejemplo, una primitiva versión del control de

cláusulas abusivas⁽⁴⁾. Así, la ley 19.724 de prehorizonta- lidad, aplicable a los contratos predispuestos para la ena- jenación o adjudicación de bienes inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, condiciona la validez de ciertas cláusulas a la aceptación expresa y específica suscripción de aquéllas por el consumidor. Otros ordena- mientos establecieron el control administrativo del conte- nido de los contratos, como el Dec. 142277/43 que atri- buye a la Inspección General de Justicia de la Nación el control administrativo previo sobre la claridad y equidad de las cláusulas predispuestas en los contratos de ahorro previo para fines determinados, y la ley 20091 referente a la necesidad de aprobación previa de las condiciones generales de los contratos de seguro, por parte de la Su- perintendencia de Seguros de la Nación.

Otras normas de tiempos no democráticos como las de Lealtad Comercial (22.802) y de Defensa (22.262) de Defensa de la Competencia, primigeniamente destinadas a regular las relaciones entre comerciantes, fueron con- siderando al consumidor como destinatario indirecto de sus disposiciones, abordaron temas relativos a identifica- ción de mercaderías, publicidad de bienes y servicios, y calificaron a las conductas anticompetitivas como lesivas al “interés económico general”, constituyéndose en ante- cedentes de la legislación actual de consumo, que las ha reformado y actualizado, y considerado integradas a su régimen (art. 3, Ley de defensa del consumidor).

Los fenómenos antes señalados fueron reconocidos luego de un largo andar sin soluciones normativas a los problemas que se presentaban en el mundo del consumo, por lo que resultaron insuficientes. Era necesario deter- minar una concepción relacional y contractual especial, comprensiva de la situación de indefensión del consumi- dor, que distingue al derecho del consumidor del derecho privado paritario clásico e incluso del administrativo.

La toma de conciencia, la formulación, el desarrollo legislativo y constitucional de los derechos de usuarios y consumidores como derechos humanos y con caracte- res tanto de derecho subjetivo como derecho social y la defensa de sus valores mediante acciones colectivas y entidades de la sociedad civil, sólo fue posible en democracia⁽⁵⁾.

Con la vigencia de esa forma de vida a partir de di- ciembre de 1983 y desde el punto de partida dado por el proyecto de ley presentado por el Senador Nacional Luis León (UCR-Chaco) en 1986, y luego de sucesivas modificaciones introducidas en ambas Cámaras se llegó al texto definitivo de la ley de defensa del consumidor, 24.240 que fue sancionada por el Congreso Nacional el 22 de septiembre de 1993 y parcialmente promulgada con fecha 13 de octubre de 1993 mediante el decreto 2089/93, oportunidad en la cual se ejerció por el Poder Ejecutivo el veto de aspectos fundamentales del articulado sancionado por el Congreso. El 15 de octubre de 1993 se publicó en el Boletín Oficial, rigiendo a partir de esa fecha.

Así las cosas, el surgimiento de la noción y rol de con- sumidor importó la superación de la noción individualista y abstracta de persona del viejo Código Civil y en particu- lar 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⁽⁶⁾.

De la misma manera, la irrupción de la normativa pro- tectoria de consumidores significó apreciar en forma di- ferente (distinta también a la del derecho comercial) el fenómeno de la contratación cuya función social es funda- mental para la satisfacción de las necesidades materiales, espirituales, científicas y de esparcimiento de las perso- nas, que “recurren a las empresas productoras y distribui-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes tra- bajos publicados en El DERECHO: *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protec- ción al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMI NICOLAU, ED, 269-699; *Cooperativas y defensa del consumidor: una solución en buen camino*, por DANTE CRACOGNA, ED, 271-298; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Esta- tuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Antepro- yecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *Robótica e inteligencia artificial: nuevos horizontes de reflexión*, por LEONARDO PUCHETA, ED, 285-908; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288; *Perspectiva de vulnerabi- lidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289; *La responsabilidad precontractual, la previsibilidad empresarial y el derecho de consumo*, por GRACIELA LOVECE, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRI- DO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *El concepto de persona frente a las tecnologías disruptivas: persona humana, perso- na jurídica, ¿persona electrónica?*, por VERÓNICA ELVIA MELO, ED, 289-1386; *Aspectos destacados de los smart contracts*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable, Número 1 - Junio 2021. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Juez de Primera Instancia en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario y en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho de la UBA en Derechos Humanos y Garantías y Protección Constitucio- nal de Consumidores y Usuarios.

(1) Leyes 12.830, 12.983 y 13.906.

(2) DANINO, Alejandro, “Evolución detallada de la legislación del consumidor. Desde la reforma por ley 17711 del Código Civil hasta la reforma por ley 26.361 del sistema de Defensa del Consumidor”, *Juris Cita*: *DJuris* 145 del 03-12-2014.

(3) DAVID, Marcelo Alejandro, “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)”, *Suple- mento de Derecho del Consumidor de El Dial* del 3 de marzo de 2006.

(4) STIGLITZ, Gabriel, “A veinte años de la sanción de La Ley 24.240 de defensa del consumidor”, *La Ley* 2013-B, p. 1209. Cita Online: AR/DOC/1128/2013.

(5) TAMBUSI, Carlos “Fenomenología política del derecho de usua- rios y consumidores”, *El Dial.com*, Cita *elDial* DC1F49.

(6) Nota del autor: la Convención Americana de Derechos Huma- nos expresa claramente que, a los efectos de esa Convención, persona es todo ser humano (art. 4).

doras de los bienes y servicios que se lanzan al mercado a dicho fin⁽⁷⁾. Con eje en ese aspecto social, el derecho del consumo postula un enfoque distinto que sale del encuadramiento tradicional del esquema mercantil, basado en contemplar la especial situación del “simple consumidor frente a la empresa predispuesta de las condiciones generales de contratación”⁽⁸⁾ y –podríamos agregar– expuesto a su accionar. Es decir, rompe con la visión restringida a un análisis jurídico que sólo se preocupa por la agilidad y la seguridad de las transacciones (un derecho para comerciantes), y se centra en el propósito de lucro de la actividad que regula, dejando en su camino jirones de equidad⁽⁹⁾, al pensar equivocadamente en sujetos con poder de negociación similar. En ese marco, tanto en lo civil como en lo comercial, la actuación del Estado se reducía a proteger y garantizar el libre desenvolvimiento de las voluntades que se creían libres, iguales, dueñas y decisoras de su propio bienestar.

La ley de defensa del consumidor tuvo que convivir con el código decimonónico, con generaciones de operadores jurídicos formados bajo una impronta positivista, individualista y de un mundo de contratos entre iguales, por lo que no fue una relación armónica. En el mundo del consumo, hizo crisis hasta la definición misma de contrato como acuerdo de voluntades con fuerza de ley para las partes que utilizaba el Código Civil derogado, teniendo en cuenta que la desigualdad en la posición de los protagonistas ante el acuerdo acota a la libertad: la imposibilidad de prescindir del consumo limita el discernimiento y condiciona la autodeterminación, y se traduce en campo para el menoscabo y perjuicio para una de las partes de la relación, la más débil en comparación de fuerzas, que no puede negociar el contenido de la prestación, no teniendo otra alternativa más que aceptar lo impuesto o prescindir del bien o servicio buscado (lo cual torna dramático el dilema en caso en que éste le resulte imprescindible).

El derecho del consumo busca acercar la materia contractual a la realidad mediante un imperativo de solidaridad que cuestiona el dogma de la autonomía de la voluntad, dando primacía al valor del equilibrio entre las partes, mediante los principios de proporcionalidad, la coherencia, cooperación, y buena fe, presididos por la igualdad de oportunidades. Y tiene una visión conglobante de la relación de consumo que centra la protección en el hecho de consumir, que bien puede comprender o no el contrato, e incluye situaciones de exposición.

Además, el régimen tuitivo consumidor implica superar el estigma por cual la regulación estatal a través de la fijación de contenidos inalterables por sobre la autonomía de la voluntad constituye un sacrilegio a la inmovible libertad contractual y asumir el imperativo ético del valor solidaridad social.

La ley 24.240 se reglamentó por el Decreto 1798/1994 y fue objeto de las siguientes reformas: a) por la ley 24.568 (1995) se modificó el artículo 31 relativo a facturación en servicios públicos domiciliarios; b) por la ley 24.787 (1997) se modificaron los artículos 8 y 25, agregándose los artículos 10 bis y 30 bis, c) por ley 24.999 de 1998, que modifica los artículos 11, 13, 14 y reincorpora la responsabilidad objetiva y solidaria en el artículo 40, d) por la ley 26.361 del 12 de marzo de 2008, que pese a su poca organicidad y deficiente técnica legislativa, fue la última reforma participativa y significó un gran avance en materia de consagración de derechos y garantías a consumidores y usuarios, tendiendo hacia una profundización de la operatividad del artículo 42 de nuestra Constitución Nacional. También fue modificada en algunos de sus artículos por la unificación del Código Civil y Comercial (ley 26.994)⁽¹⁰⁾ y por el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo (ley 26.993)⁽¹¹⁾. En el año 2016 fue reformada por las leyes 27.250⁽¹²⁾, 27.265⁽¹³⁾ y 27.266⁽¹⁴⁾.

(7) FARINA, Juan M., “Defensa del Consumidor y del Usuario”, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 1.

(8) *Ibidem*, p. 26.

(9) Nota del autor: recordemos que el Código de Comercio derogado definía al acto de comercio como “toda adquisición, a título oneroso, de una cosa mueble, para lucrar con su enajenación” (art. 8).

(10) Reforma los arts. 1, 8, 40 bis y 50.

(11) Reforma los arts. 36, 40 bis y 45 e introduce el art. 54 bis.

(12) Reforma el art. 4.

(13) Incorpora el art. 10 quater.

(14) Agrega dos párrafos al art. 38.

Legislado el fenómeno del consumo, coexisten con el estatuto especial numerosas regulaciones correspondientes a servicios determinados (seguros, entidades financieras, transporte terrestre, medicina prepaga, tiempo compartido, tarjetas de crédito, entre otras), normas de rango inferior de carácter administrativo nacional, provincial y municipal (resoluciones y disposiciones de las autoridades de aplicación), y leyes específicas como el Código Alimentario Nacional o las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial, que constituyen el plexo protectorio aplicable bajo sus principios en términos del artículo 3 de la ley de defensa del consumidor.

A nivel constitucional, antes del hecho de la reforma de 1994, buena parte de la doctrina consideraba a los derechos del consumidor como incluidos dentro de los implícitos del art. 33 de la Carta Magna, como relacionados con la salud, la dignidad de la persona, a más del reconocimiento expreso del derecho de propiedad⁽¹⁵⁾.

El constituyente de 1994 los incorporó, llevándolos a su más alta consideración en consonancia con la corriente que se venía dando dentro del constitucionalismo provincial y en el derecho extranjero, consagrándolos expresamente en el art. 42 de su texto, con lo que quedó expresamente plasmada la trascendencia que ha tenido para el constituyente y para la ciencia jurídica la elevación a rango constitucional de estos derechos propios de la vida de todos los días⁽¹⁶⁾. A su vez, ha producido un impacto profundo modificando el mundo del derecho privado, con una naturaleza, ámbito de aplicación y alcances especiales, bifurcando las relaciones jurídicas en aquellas que son de consumo (con un perfil propio y distintivo), y las que no lo son. Por ende, ha dividido el universo jurídico⁽¹⁷⁾.

El derecho de usuarios y consumidores recibió un gran impulso a raíz de la unificación de los Códigos Civil y Comercial consagrada en la ley 26.994⁽¹⁸⁾.

Los enunciados del proyecto explicaron que se propuso incluir en el Código una serie de principios generales que actúan como una “protección mínima”, sin que ello signifique obstáculo para que una ley especial establezca condiciones superiores. En el campo de la interpretación, se argumenta establecer un “diálogo de fuentes”. Por este diálogo, ese conjunto de ordenamientos formado por el Código, la ley de defensa del consumidor, y todas las normas protectorias del consumo que estén en legislaciones de actividades específicas (por ejemplo bancos, medicina prepaga, entre muchas otras) o incluso en normas de menor jerarquía, protegen al consumidor bajo el imperio de la norma más favorable ante cualquier conflicto interpretativo en este punto y a la hora de la protección, no se resuelve más por los criterios tradicionales de jerarquía normativa o de ley especial sino desde la plurijuridicidad, al implicar que distintas normas pueden contemplar un mismo tema, desde la particularidad que pueda profundizar cada una, y las protecciones “dialogan”, el juez intérprete escucha ese diálogo y aplica de ese bloque protectorio la o las partes de las reglas que le sirvan para aplicar para resolver un caso en cuestión, criterio que tiene origen en la CIDH a través de la Opinión Consultiva N° 7 donde se estableció que a la hora de proteger, a la hora de clarificar, a la hora de extender, criterios protectorios, no importa la

(15) Nota del autor: sin perjuicio de lo expresado en este párrafo, la ausencia de legislación específica en materia de consumo dejaba la aplicación de una visión realista de este fenómeno al infrecuente protagonismo judicial. No siendo común por entonces ese rol, se daban decisivos como el del caso de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 29/05/1992, “Befumo, Juan E. v. Sevel S.A. y otro” (JA 1993-IV-331).

(16) Quizá uno de los aspectos que hace más atractivo e interesante el derecho del consumo, es que, al estudiarlos, además de indagar en la teoría del contrato, el acto jurídico y demás cuestiones de derecho “propriadamente dicho” se abordan aspectos profundamente humanos. Al regular el consumo, nos ocupamos de las consecuencias que generan en el sujeto del derecho las dudas, las confianzas depositadas, las ignorancias, las incertidumbres, el engaño, las posibilidades de arrepentirse, y hasta el trato dispensado.

(17) Un auténtico “big bang” de nuestro ordenamiento jurídico, de manera tal que estamos frente a un cambio de “paradigma” (véase JUNYENT BAS FRANCISCO y DEL CERRO, Candelaria, “Aspectos procesales en la Ley de defensa del consumidor”, La Ley, 14/06/2010, p. 1).

(18) Nota del autor: otros países como Italia y España mantienen en forma separada la regulación de sus códigos y la especial de consumidores y usuarios (Decreto Legislativo 206 del 6 de septiembre de 2005 y Real Decreto Legislativo 1/2007 del 16 de noviembre de 2007). Por otro lado, Alemania incorporó en 2002 algunas normas de consumidor a su Código, al igual que los casos de Quebec (1991) y Holanda (1992).

jerarquía de las normas sino la que sirva para cumplir más adecuadamente con la protección del derecho que se trate.

El Código también plasmó la pretensión de dar una base más “perenne” a la protección de los consumidores a través de su contenido, con base en que si bien puede ser modificado, “es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial”, con arraigo en el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado”⁽¹⁹⁾ que importa la inclusión de criterios interpretativos provenientes del derecho público constitucional, con contenido social y protectorio dentro de un cuerpo codificado destinado a regular las relaciones privadas, y constituye un componente indispensable para introducir elementos interpretativos que coadyuven a lograr en el intérprete una mirada social y protectoria en el significado y aplicación de las normas iusprivatistas. De este modo, “...la constitucionalización, entendida como sometimiento del orden jurídico a las normas fundamentales, abarca o comprende la integridad del mismo: las normas de fondo y las de forma; las contenidas en códigos y las volcadas en leyes. De donde, no es dable plantear que tales o cuales preceptos, por las razones que fueren, escapan a las consecuencias de esa mayor jerarquía...”⁽²⁰⁾.

Al tratar los temas de consumo, el Código replica algunos institutos ya consignados en la ley especial, modifica otros sobre los cuales no nos pronunciaremos en este trabajo, pero en la resultante existen, sin duda, aspectos altamente beneficiosos de la codificación para la consolidación valorativa del régimen tuitivo consumidor y su jerarquización. Una de ellas es la trascendencia de la vinculación del consumo con la especie de los derechos humanos, al receptarse sujetos, terminología y valores propios de los derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional. La reforma habla de consumidor como persona humana (art. 1092), considera su dignidad y el derecho al trato respetuoso de la misma (arts. 1096 y 1097) y conforme al criterio que de la dignidad establecen los tratados de derechos humanos, y vincula el derecho del consumo con el principio de no discriminación (art. 1098). Otra es la figuración y regulación de los nuevos fenómenos contractuales (contratación electrónica, internet) y el establecimiento de regulación nueva en materia publicitaria (arts. 1100 a 1103).

Son aplicables además, las normas surgidas de las regulaciones internacionales a las que el país se encuentra vinculado que pertenecen tanto al llamado “soft law”, de las recomendaciones de organismos transnacionales (como las Directrices aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1985, Resolución 39/248, ampliadas en 1999 y 2015, y las normas de la OCDE, entre otras) como las obligatorias y directamente vinculantes que surgen del tratado de integración del Mercosur, que han servido de fuente legislativa y en algunos casos de argumentación jurisprudencial.

Vigencia legal a partir de 1993, consagración constitucional desde 1994, más la inclusión en la codificación, y la cooperación y la integración internacional en la materia, constituyen causas objetivas para sustentar la autonomía de la disciplina. Al día de hoy, en una fenomenología esperable casi fundacional en muchos aspectos, la interpretación y la jurisprudencia han tenido el protagonismo del caso, y marcado senderos. La doctrina en derecho del consumo es vasta, variopinta, profunda y amplia en el análisis y en los enfoques, y se conmueve agradablemente para su progreso con iniciativas y propuestas.

Con ese andar conjunto inmerso en un verdadero universo conformado por la Constitución Nacional, la ley 24240, el Código Civil y Comercial, normas de actividades específicas y normas locales, están pendientes los desafíos necesarios para materializar un nuevo avance.

Es necesario poner en valor y acompasar a los fenómenos de los tiempos el estatuto especial de defensa del consumidor, aportándole a la ley 24.240 una integralidad, mejores y más precisos niveles de protección, consagra-

(19) “Derechos que, por su importancia, tienen un especial interés para la sociedad, de origen y sustento moral, ético y como hemos dicho supra, económico, en este caso con raigambre constitucional y en tal carácter se incluyen a los derechos del consumidor como parte de los llamados ‘derechos civiles constitucionalizados’” (LORENZETTI, Ricardo Luis, “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 45).

(20) MOSSET ITURRASPE, Jorge “Otra muestra del Derecho Privado Constitucional: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”, Suplemento de Concursos y Quiebras, Ed. La Ley, septiembre de 2004, p. 29 y ss.

ción de principios interpretativos, profundizar la impregnación de la teoría general de los derechos humanos y darle para eso una nueva sistemática en “modo código” que se constituya en la herramienta de fondo necesaria y actualizada para con esa base dar el punto de partida necesario para poner en la implementación de los sistemas de garantías.

Son múltiples los ajustes y agregados necesarios, originados en el devenir de los tiempos y las nuevas problemáticas.

Entre ellos, enunciándolos en el respetable desorden de la multiplicidad y para consignar los centrales en honor a la brevedad, muchos de los cuales se plasman en el proyecto legislativo S-337-2023 en trámite parlamentario, distinguido entre las distintas iniciativas por su técnica legislativa, sus antecedentes, su apoyo por la doctrina mayoritaria y su genoma inalterable de ver a lo grande en dimensión y a lo humano en protección este derecho maravilloso.

- Jerarquización del estatuto especial de consumo a rediseñarse en una norma integral con carácter de Código ordenador de toda la fenomenología del consumidor y el usuario.

- Especial énfasis en las garantías y mecanismos de resolución de conflictos, propugnando la existencia de un fuero especial con competencia en asuntos de consumo y normas de procedimiento apropiadas para los reclamos judiciales generados.

- Profundizar el contenido de normas de fondo con influencia procesal en el estatuto especial, que sirvan de marco a los futuros y necesarios ordenamientos rituales locales especializados en consumo.

- Regulación de las acciones colectivas de consumo en la ley nacional y en las normas procesales provinciales.

- La profundización del principio de interpretación integrativa bajo la norma más favorable frente a leyes que regulan actividades o servicios específicos.

- La formulación de decisiones mediante el criterio interpretativo de consumo sustentable.

- Refuerzo de la vinculación y pertenencia de los derechos del consumidor a los derechos humanos usándose normas de tratados internacionales en planteos y decisiones judiciales como fundamento en derecho de las mismas.

- Incorporar al texto legal los criterios de normas infralegislativas que regularon aspectos necesarios para una mejor protección general y especial (por ejemplo, el botón de baja y el de arrepentimiento).

- Particularizar la regulación de la contratación a distancia, teniendo en cuenta el fenómeno de Internet, y resaltando la vigencia del derecho a revocación o arrepentimiento y demás detalles de este tipo de contratos (información total de su contenido, vigencia de las ofertas, normativa para las plataformas de venta, entre otros).

- Defender la atención personalizada entendida como relación interpersonal directa, y asegurar canales de atención, reclamos y gestiones para los que no puedan, no entiendan o no quieran usar tecnología.

- Considerar específicamente como infracción a la ley la falta de respuesta a los reclamos del consumidor por parte de cualquier proveedor y como agravante para la graduación de la multa civil.

- Eliminación de la imposibilidad de declarar abusivas cláusulas basadas en la relación entre el precio y el producto o servicio.

- Regular cuestiones cruciales como el sobreendeudamiento del consumidor, la conexidad contractual en consumo y el pagaré de consumo.

- Profundizar la regulación sobre prevención, detección e ilicitud de las prácticas abusivas.

- Clarificar cuestiones subsumidas en lagunas legislativas o disímiles interpretaciones como el alcance del beneficio de gratuidad o los presupuestos de aplicación de la figura del daño punitivo.

- Volver a ordenar la prescripción de las acciones judiciales de consumo, mediante la determinación concreta un plazo propio en la norma de consumo y prevalente sobre los plazos de prescripción de leyes específicas, otorgando carácter de especial a la existencia de una relación de consumo.

- Jerarquizar el diseño institucional de la autoridad de aplicación de la ley, mediante la autarquía, la selección de sus directivos por concurso público, y plasmar legislativa-

mente las políticas públicas rectoras independientes de las gestiones temporales.

- Consideración legal del Consejo Federal de Consumo.
- Reformulación del instituto del daño directo en sede administrativa, haciéndolo reclamable, aplicable y útil para el consumidor en ese sistema de reclamos.
- Consagrar legislativamente el acceso al consumo de bienes y servicios sin ningún tipo de discriminación y la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en su relación de consumo como derechos fundamentales de las personas.
- Fijar como política pública a través de la norma legislativa el deber de las autoridades de proveer a la educación para el consumo sustentable, y a la responsabilidad social empresaria, tanto en la tarea de difusión y promoción de estos valores como en la formulación de los programas de la educación formal en todos los niveles.

- Precisar el concepto constitucional de participación necesaria de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control o entes reguladores de servicios públicos a través de la integración de sus órganos directivos y con facultades de intervención coadyuvante en niveles de decisión.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - RELACIÓN DE CONSUMO - DERECHO DEL CONSUMIDOR - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - OBLIGACIONES - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONTRATOS COMERCIALES - RESPONSABILIDAD CIVIL - ECONOMÍA - CONTRATOS INFORMÁTICOS - DEBER DE INFORMACIÓN - COMERCIO E INDUSTRIA - PERSONA - TECNOLOGÍA - INFORMÁTICA - PERSONAS JURÍDICAS - INTERNET - MONEDA - EMPRESA - COMERCIO E INDUSTRIA

La protección de la persona consumidora en materia alimentaria

por JULIETA B. TRIVISONNO^(*)

Sumario: 1. LA OCASIÓN QUE NOS CONVOCA: A 30 AÑOS DE LA LEY 24.240. – 2. ALIMENTACIÓN Y DERECHO DEL CONSUMIDOR. – 3. LA PERSONA CONSUMIDORA Y LA TUTELA DE LA ALIMENTACIÓN ADECUADA Y SALUDABLE EN EL DERECHO ARGENTINO. – 4. EL ALIMENTO COMO PRODUCTO: SU INGRESO EN LA LÓGICA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. – 5. DESAFÍOS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN RELACIÓN CON LA ALIMENTACIÓN ADECUADA Y SALUDABLE: PRESENTE Y FUTURO. – 6. REFLEXIONES FINALES.

1. La ocasión que nos convoca: a 30 años de la ley 24.240

La historia del Derecho del Consumidor en Argentina ha tenido un recorrido cuyo inicio puede situarse hacia fines de la década del setenta e inicios de los ochenta en la labor de la doctrina, principalmente civilista. Algunos de los grandes hitos en el fortalecimiento de esta rama se han vinculado a la conformación de su régimen normativo, entre ellos, la sanción de la ley 24.240 –elaborada en base al proyecto diseñado por Atilio Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz–, la incorporación del art. 42 a la Constitución Nacional con motivo de la reforma de 1994 y el ingreso de la tutela del consumidor al nuevo Código Civil y Comercial vigente desde agosto de 2015⁽¹⁾.

El XXV Congreso Argentino de Derecho del Consumidor que nos reúne –además de dar cuenta de la labor incansable del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor y sus autoridades– nos invita a reflexionar en retrospectiva y prospectiva a treinta años de la sanción de la ley 24.240.

En una mirada hacia el pasado y el presente, puede afirmarse que se trata de un trayecto en el que se ha for-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *La responsabilidad del proveedor por producto elaborado en el marco de la relación de consumo*, por ADRIÁN O. MOREA, ED, 252-766; *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *Cooperativas y defensa del consumidor: una solución en buen camino*, por DANTE CRACOGNA, ED, 271-298; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *La tutela al usuario de servicios en el ámbito de las relaciones de consumo: un interesante precedente. Comentario al fallo "T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ordinario"*, por GABRIEL ABAD y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 287-190; *El régimen administrativo sancionador en las relaciones de consumo*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-918; *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-1211; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *Perspectiva de vulnerabilidad en las relaciones de consumo. El lenguaje fácil como herramienta para la efectividad del derecho a la información del consumidor*, por MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIEBER y SERGIO JUNIORS SHWOIHORT, ED, 289-1500; *Ya es ley la Promoción de la Alimentación Saludable. ¿Acaso será verdad que el fin justifica los medios?*, por MARÍA CAROLINA ABDELNABE VILA, ED, 294. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (UNR), Magíster en Sistema Jurídico Romano por la Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Profesora Adjunta de Derecho de los Contratos y Derecho del Consumidor (Cátedras A de la Facultad de Derecho de la UNR) Miembro del IADC.

(1) En relación con la historia del Derecho del Consumidor en Argentina pueden citarse valiosos trabajos, entre ellos: HERNÁNDEZ, Carlos A., "Estado actual del derecho del consumidor a 25 años de la vigencia de la ley de defensa del consumidor", *Ley Online*: AP/DOC/829/2018, STIGLITZ, Gabriel, "Evolución del Derecho del Consumidor en Argentina", en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 231 y ss.; HERNÁNDEZ Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra A., "A diez años de la ley de defensa del consumidor. panorama jurisprudencial", *Revista Jurisprudencia Argentina*, La Ley Online: 0003/010087.

talecido esta joven disciplina, con el logro de una mayor eficacia de las normas protectoras del consumidor de la mano de la labor de la doctrina, la jurisprudencia, la abogacía, las asociaciones y las autoridades de aplicación competentes en la materia. Por su parte, la exploración del futuro puede hallarse en los Proyectos de Código de Derecho del Consumidor; atentos no solo al rol de aquellos protagonistas, sino también a los ejes prioritarios planteados por las agendas de derechos humanos.

En este contexto, no puede soslayarse que el camino del Derecho del Consumidor exige de un compromiso desde lo jurídico y lo social, en tanto se encuentra implicada la más elemental protección de la persona humana y su dignidad. Ello ocurre respecto a los múltiples desafíos que se plantean en torno al derecho de la persona consumidora a una alimentación adecuada.

En particular, la problemática de los alimentos desde el Derecho del Consumidor ha sido poco explorada en nuestro país, aunque algunos aportes de gran interés han sentado las bases de ulteriores desarrollos y han identificado y profundizado diversas problemáticas de relevancia⁽²⁾. Por este motivo, en aportes precedentes se han analizado diversas cuestiones relativas a la protección de la persona consumidora en materia alimentaria⁽³⁾, volviéndose en esta oportunidad sobre el tema en miras a continuar visibilizándolo y contribuir a generar un mayor nivel de sensibilización.

2. Alimentación y Derecho del Consumidor

En los últimos tiempos se ha incrementado la preocupación en torno a diversas cuestiones vinculadas a la alimentación. Algunos instrumentos dan cuenta de ello, en especial, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (2015)⁽⁴⁾, cuyo segundo núcleo de objetivos se dirige a lograr el "hambre cero", alcanzar mayores niveles de seguridad alimentaria, mejorar la nutrición y promover una agricultura sostenible.

A pocos años de fijadas estas metas, el informe acerca del "Estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo" (2020)⁽⁵⁾ advirtió la ausencia de progresos suficientes para alcanzar el objetivo fijado para el 2030. Así, propuso una serie de recomendaciones y políticas públicas orientadas hacia la transformación de los sistemas alimentarios a fin de promover dietas asequibles y saludables. Estos lineamientos se reafirmaron recientemente en la "Cumbre sobre los sistemas alimentarios" (septiembre 2021)⁽⁶⁾.

Este movimiento a nivel internacional se explica en un contexto signado por una crisis estructural en materia alimentaria que compromete todas las áreas centrales vinculadas a la alimentación: una crisis de sustentabilidad en la producción alimentaria, una crisis de equidad en la distribución de alimentos y una crisis en el consumo. El panorama actual nos muestra modelos de producción de alimentos agresivos con el ambiente, dificultades en el acceso a la alimentación –a pesar de la gran disponibilidad

(2) GHERSI, Carlos (org.), *La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos*, Buenos Aires, Eudeba, 1998; SOZZO, Cósimo G., "La prevención de los daños al consumidor", en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo III, dirigido por Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 160 y ss.

(3) TRIVISONNO, Julieta B., "Derecho a la alimentación adecuada y Derecho del Consumidor", *Revista del IADC*, N° 10, Abril 2021, Cita: IJ-MCXLI-427, www.ar.legister.com; "El derecho a la alimentación saludable: información al consumidor y etiquetado frontal de alimentos", *Dossier de Derecho del Consumidor*, dirigido por Carlos Hernández, 14/07/2021, JA 2021-III, fascículo 3, p. 76 y ss.; "El Derecho a una alimentación saludable en Argentina: información, etiquetado frontal de alimentos, marketing alimentario y educación al consumidor", en *Direito e comida. Do campo a mesa: cidadania, consumo, saúde e exclusão social*, Belo Horizonte, Trenfina Flavia, Branco Patricia, Catalan Marcos (coord.), *Forum Social*, 2023, p. 109 a 141.

(4) Para acceder a la Agenda 2030 ver: <https://sdgs.un.org/2030agenda> y <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/hunger/> (consultado el 20/08/2023).

(5) FAO, FIDA, OMS, PMA y UNICEF. 2020, Versión resumida del informe "El estado de la seguridad alimentaria y la nutrición en el mundo 2020. Transformación de los sistemas alimentarios para que promuevan dietas asequibles y saludables". Roma, FAO, <https://doi.org/10.4060/ca9699es> (consultado el 30/11/2021).

(6) Ver: <https://foodsystems.community/es/commitment-registry/#commitments> (consultado el 20/08/2023).

de alimentos– y fuerte afectación de la comensalidad –del qué, por qué y con quién comemos, como conjunto de valores que dan sentido al consumo alimentario–. Todos estos factores confluyen en una crisis del derecho a la alimentación⁽⁷⁾.

El escenario descrito interpela al Derecho como disciplina y exige el desarrollo de nuevas ramas del mundo jurídico con carácter transversal que enriquezcan a las ramas tradicionales con las problemáticas propias de esos derechos y que evidencien la medida en la cual son satisfechos. Entre estas ramas, se ubica el Derecho a la Salud, dentro del cual se propone construir el Derecho de la Alimentación como una especificidad⁽⁸⁾.

El enfoque transversal que exige el fenómeno de la alimentación en el ámbito jurídico requiere de los aportes que se realizan desde el sistema internacional de derechos humanos, así como también de aquellos que puede realizar el Derecho del Consumidor.

3. La persona consumidora y la tutela de la alimentación adecuada y saludable en el Derecho argentino

El derecho a la alimentación encuentra amparo en diversos tratados internacionales⁽⁹⁾. Entre ellos, cumple un rol protagónico el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) en cuyo art. 11 se reconoce el “...derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

La Observación General N° 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desarrolla el contenido de esta prerrogativa al señalar que “el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos” (punto 4).

Por otra parte, el derecho a la alimentación se vincula al derecho a la salud de los consumidores, en tanto el alimento es un tipo muy especial de producto que se encuentra destinado a ingresar en el cuerpo humano⁽¹⁰⁾. Esta relación es reconocida por diversos instrumentos que constituyen puntos de referencia a nivel internacional en la materia⁽¹¹⁾, así como también en las Directrices de la ONU para la Protección del Consumidor (regla 70).

En nuestro país, el PIDESC y otros tratados que contemplan el derecho a una alimentación adecuada, poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. iso 22). El diálogo entre esta disposición y los arts. 41 y 42 de la Constitución, permite afirmar que se encuentra amparado por la Carta Magna el derecho de la persona consumidora a acceder a una alimentación adecuada, saludable, segura y sustentable. La protección de la salud, la seguridad y el ambiente como bienes fundamentales, imponen esta hermenéutica⁽¹²⁾.

(7) AGUIRRE Patricia, *Una historia social de la comida*, Lugar Editorial, Colección Salud Colectiva, Buenos Aires, 2020, p. 281 y ss.; AGUIRRE, Patricia, *Devorando el planeta. Cambiar la alimentación para cambiar el mundo*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2022, p. 47 y ss.

(8) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El derecho de la alimentación, despliegue relevante del derecho de la salud”, SJA 04/05/2016, 04/05/2016, pág. 14 y ss., La Ley Online AR/DOC/4337/2016.

(9) Cabe citar aquí a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC, art. 11), la Convención de los Derechos del Niño (arts. 24 y 27) y Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer (Prólogo).

(10) SOZZO, Gonzalo, “La prevención de los daños al consumidor”, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo III, dirigido por Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 160 y ss.; TRIVISONNO, Julieta B., “Derecho a la alimentación adecuada y Derecho del Consumidor”, *Revista del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor*, Nro. 10, Abril 2021, Cita: U-MCXLI-427, www.ar.legister.com.

(11) El *Codex Alimentarius*, creado en el seno de la “Food and Agriculture Organization” (FAO) de la ONU y el Reglamento 178/2002 de la Unión Europea.

(12) TRIVISONNO, Julieta B., “El derecho a la alimentación saludable: información al consumidor y etiquetado frontal de alimentos”, *Dossier de Derecho del Consumidor*, dirigido por Carlos Hernández, 14/07/2021, JA 2021-III, fascículo 3, p. 76 y ss.

Por su parte, el ingreso de la regulación de defensa del consumidor al Código Civil y Comercial completó el proceso de constitucionalización y la contextualización del sistema de Derecho del Consumidor argentino dentro del marco de los tratados internacionales de derechos humanos y de derechos económicos, sociales y culturales⁽¹³⁾. Se habla, así, de humanización del Derecho del Consumidor⁽¹⁴⁾.

Esta clave de lectura, que enlaza consumo, alimentación y salud, se encuentra presente en la legislación infraconstitucional de los últimos años. Entre otras, cabe citar a la ley 25.724 –Programa de Nutrición y Alimentación en cumplimiento del deber indelegable del Estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía–, la ley 26.396 de trastornos alimentarios, la ley 26.588 relativa a la celiaquía.

Este horizonte se consolidó con la sanción de la ley 27.642 de “Promoción de la alimentación saludable”, que puso de manifiesto la vinculación entre alimentación, salud, información y seguridad como derechos fundamentales del consumidor, así como también con los principios de acceso al consumo sustentable, la transparencia del mercado de productos alimenticios y la dignidad del consumidor.

4. El alimento como producto: su ingreso en la lógica del Derecho del Consumidor

De acuerdo con lo desarrollado en aportes precedentes⁽¹⁵⁾, un adecuado estudio de la problemática alimentaria desde el Derecho del Consumidor requiere: a) de una concepción del alimento como producto elaborado, no como una cosa que proviene de la naturaleza sino como fruto de un sector de la industria que interviene en su elaboración y procesamiento según reglas científicas y técnicas⁽¹⁶⁾, b) de una concepción amplia de alimento que comprenda a todo producto que esté destinado a ser ingerido por las personas o con probabilidades de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no han sido transformados en ninguna medida⁽¹⁷⁾, y c) de una noción que tenga en cuenta que el alimento, al estar destinado a ingresar en el cuerpo de quien lo consume, expresa una particular relación entre cuerpo y ambiente⁽¹⁸⁾.

Esta concepción amplia que se propone resulta acorde a lo que ocurre en la realidad de la industria alimentaria, en tanto los procesos de industrialización generaron nuevos formatos de alimentos cuyo consumo se extendió en todas partes del planeta. En la actualidad, el sistema NOVA de clasificación de los productos alimenticios da cuenta del nivel de industrialización al cual ha llegado el sector, al categorizar a los alimentos y bebidas según la naturaleza, grado y finalidad del procesamiento al que se someten antes de comprarse o adquirirse. Se habla así de alimentos no procesados o mínimamente procesados, alimentos procesados y ultraprocesados. En esta última categoría, muy prolífica en el mercado alimentario, los productos son formulaciones industriales elaboradas principal o totalmente a partir de sustancias derivadas de componentes de los alimentos, que se valen de aditivos y se basan en diversos procesos industriales que no tienen equivalentes en las viviendas particulares, como la hidrogenación o el preprocesado para freír. Su finalidad es crear productos listos para comer o beber⁽¹⁹⁾.

En síntesis, una noción amplia de alimento como producto elaborado permite una mayor proyección del principio protectorio de la persona consumidora, quien –a ciegas y distante– confía en la multiplicidad de productos

(13) STIGLITZ, Gabriel - SAHIÁN, José, *El nuevo Derecho del Consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 22.

(14) SOZZO, Gonzalo, “Consumo digno y verde: humanización y ambientalización del Derecho del Consumidor”, RDPC, Nro. 2012-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 139 y ss.

(15) Ver nota 2 del presente trabajo.

(16) SOZZO, Gonzalo, “La prevención de los daños al consumidor”, en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos (directores), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo III, Buenos Aires, 2015, La Ley, p. 160 y ss.

(17) Esta noción amplia –que propone el Reglamento 178/2002 de la Unión Europea– incluye a las bebidas, gomas de mascar, y cualquier sustancia que sea incorporada voluntariamente al alimento durante su preparación y excluye del concepto algunas categorías como piensos, medicamentos, cosméticos, entre otras.

(18) SOZZO, Gonzalo, “La prevención de los daños al consumidor”, cit., p. 160 y ss.

(19) OPS-OMS, Informe sobre “Alimentos y bebidas ultraprocesados en América Latina: ventas, fuentes, perfiles de nutrientes e implicaciones”, Washington DC, 2019, disponible en: <https://iris.paho.org/handle/10665.2/51523> (consultado el 20/08/2023).

alimenticios que se le ofrecen para ser ingeridos, compuestos por gran cantidad de ingredientes y realizados mediante procesos que se desconocen totalmente.

5. Desafíos del Derecho del Consumidor en relación con la alimentación adecuada y saludable: presente y futuro

La agenda reseñada en los apartados precedentes decanta con gran impacto en el Derecho del Consumidor e impone múltiples desafíos. Esto puede verse con claridad si se realiza un punteo de problemáticas vinculadas al consumo de productos alimenticios desde el mapa de los principios del Derecho del Consumidor y de los derechos fundamentales de las personas consumidoras. Entre otras, pueden destacarse las siguientes cuestiones:

a) *El acceso al consumo*, la posibilidad de acceso físico y económico a la alimentación encuentra uno de sus contenidos básicos en el control de precios y los precios justos, en particular en el marco de la emergencia económica y sanitaria, los crecientes índices inflacionarios y la consiguiente agudización de la situación social⁽²⁰⁾.

b) *El consumo sustentable*: se proyecta sobre la posibilidad de diseño de políticas vinculadas a los sistemas de producción de alimentos en el ámbito agropecuario y la industria, así como el *packaging* sostenible de los productos, la pérdida y desperdicio de alimentos, las “etiquetas verdes” como herramienta para informar al consumidor sobre datos relevantes asociados a riesgos, incertidumbres o cuestiones ambientales, la publicidad de productos alimenticios relación con el principio de consumo sustentable⁽²¹⁾.

c) *La tutela de la hipervulnerabilidad* en materia alimentaria, también nos coloca frente a desafíos de variada índole. Entre ellos, la vulnerabilidad socio económica que dificulta el acceso a los alimentos –y que se intensifica en contextos familiares integrados por niños, niñas, adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad–, las situaciones de enfermedad, alergias o intolerancias alimentarias, las personas consumidoras que padecen trastornos alimenticios. Se comprende también aquí la situación de los niños, niñas y adolescentes frente a las estrategias desplegadas desde el marketing alimentario, con prácticas comerciales agresivamente dirigidas a ellos/as en miras captar su atención y ejercer peso en la decisión de compra mediante el empleo de múltiples recursos (personajes simpáticos, colores cuidadosamente seleccionados, entre otras cuestiones que se encuentran estudiadas en base a evidencia científica)⁽²²⁾.

d) *El derecho a la información* y su contrapartida en la obligación de informar, que en materia de productos alimenticios se canaliza a través del etiquetado o rotulado, cuyos despliegues se analizarán en las próximas líneas.

e) *Los principios de prevención y precaución* que se reflejan en la problemática de la seguridad alimentaria, vinculados al derecho a la *seguridad y la salud de la persona consumidora*. El alimento como producto se inserta en los dispositivos relativos a la obligación de seguridad y el deber de advertencia (arts. 5 y 6 de la ley 24.240) y a la responsabilidad por producto elaborado (art. 40 de la ley 24.240). Asimismo, se vinculan a estos principios el uso y aplicación de tecnologías en la industria alimentaria y la problemática de los riesgos del desarrollo.

Un párrafo independiente merece la reciente ley 27.642, cuya sanción ha permitido avanzar en soluciones y dispositivos protectorios de gran relevancia en materia alimentaria, no sólo por lo que su consagración significa en términos protectorios, sino también por su proyección. Esto se ha producido en –al menos– 3 grandes ejes.

En primer lugar, en materia de derecho a la información y la correlativa obligación de informar, la ley adopta con carácter obligatorio el sistema de etiquetado frontal por medio de octógonos negros que advierten al consumidor acerca de la presencia de ingredientes críticos en

exceso, de edulcorantes y cafeína (arts. 4 a 7). Tal como se ha señalado, la opción se inserta en el marco de la tendencia latinoamericana dominante, e implica un reposicionamiento del consumidor como destinatario principal del contenido del rotulado, resignificando el modo en el que se le presenta la información a fin de que se encuentre en mejores condiciones de interpretarla y comprender los riesgos que conlleva el consumo de tales productos, en especial, si se trata de productos ultraprocesados.

En segundo lugar, la ley consagra herramientas de protección de la persona consumidora en cuanto destinataria de ciertas prácticas que resultan abusivas, engañosas y que atentan contra la transparencia en el mercado de productos alimenticios. Por un lado, se contemplan prohibiciones respecto al uso del etiquetado o rotulado como medio de promoción de los productos (art. 9), en tanto la etiqueta rótulo o envase se emplea como herramienta para captar la atención del consumidor⁽²³⁾.

Por otro lado, la ley establece algunas limitaciones relativas a prácticas como la publicidad, promoción o patrocinio de los productos que deban llevar al menos un sello de advertencia en miras a que no se estimule indebidamente su consumo, en particular cuando dichos productos están dirigidos a niños, niñas y adolescentes (art. 10). Se entiende como “publicidad y promoción” a “toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, efecto o posible efecto de dar a conocer, promover directa o indirectamente un producto o su uso” (inciso f). La fórmula empleada resulta amplia, y por ende comprensiva de toda estrategia comunicacional que se utilice, incluso la intervención de *influencers* o de aplicaciones que promuevan el consumo de determinados productos alimenticios.

Se trata de valiosas disposiciones relativas al *marketing* de alimentos y bebidas que tienen en cuenta la tutela de consumidores con vulnerabilidad agravada como los niños, niñas y adolescentes, y que se articulan con la normativa de la ley 24.240 y del Código Civil y Comercial, en especial con los arts. 1097, 1098 y 1101, inciso c); esta última norma en tanto reconoce como abusiva aquella publicidad que induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

En términos de prospectiva, los Proyectos de Código de Derecho del Consumidor⁽²⁴⁾ identifican como práctica abusiva a aquella que tienda a “[e]stimular la adquisición de bienes o la prestación de servicios que, en un contexto o circunstancias determinadas, expongan o potencien riesgos a la salud o la seguridad del consumidor o usuario” (art. 26, inc. 5). El estándar ideado amplía los márgenes de actuación en tanto se proyecta no sólo a la publicidad, sino también a otros tipos de prácticas que se lleven a cabo para estimular el consumo, tales como los concursos en los que se premia a quien pueda ingerir más cantidad de comidas, bebidas, o consumo de cualquier otro producto que resulte nocivo para la salud⁽²⁵⁾, el uso de aplicaciones, plataformas o entornos digitales que no se limitan solo a facilitar la compra de bienes, sino que también asesoran para hacer ejercicios, tener comportamientos saludables, entre otras cuestiones⁽²⁶⁾.

En tercer lugar, la ley 27.642 introduce la dimensión de políticas públicas de protección de la persona consumidora de productos alimenticios, al regular cuestiones vinculadas a la formación para una alimentación saludable (art. 11) y a la protección de los entornos educativos (art. 12).

(20) STIGLITZ, Gabriel, “Acceso al consumo, control de precios y precios justos”, Revista de Derecho de Daños, Tomo 2020-3, pág. 225 y ss.

(21) BIANCHI, Lorena, “El impacto del principio del acceso a un consumo sustentable en el funcionamiento de la regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 13/09/2017, pág. 45, JA 2017-III, pág. 1356; TABARES, Julieta, “Consumo sustentable: aportes para evitar la pérdida y el desperdicio de alimentos”, en JA, 2023-1, fasc. 8, 24/02/2023.

(22) MÉNDEZ, María Gabriela y ALVARADO, Sinar, “Hackear los cerebros infantiles”, en <http://bocado.lat/hackear-los-cerebros-infantiles/>.

(23) SEPIURKA, Mariana, “Diseño y packaging en la captación del consumidor”, en *La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos*, Carlos Ghersi (comp.), Eudeba, Buenos Aires, 1998, p. 53 y ss.

(24) Respecto a los proyectos citados, la primera versión fue elevada al PEN, y publicada como “Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en el diario La Ley 17/12/18. El Anteproyecto ingresó como Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor (PLDC), al Honorable Senado de la Nación mediante expediente S-2576/19 con el apoyo de diversos sectores políticos. En el año 2020 se presentaron dos nuevas propuestas de Proyecto de Código en la Cámara de Diputados identificados como expedientes 3143-D-2020 y 5156-D-2020, ambos con grandes coincidencias con aquel Proyecto ingresado en el Senado. Asimismo, más recientemente, han sido presentados los Proyectos que constan en los expedientes 3607-D-2022 y Expte. 337/23.

(25) Al respecto ver: ARIAS, María Paula y TRIVISONNO, Julieta B., “Las prácticas abusivas del art. 26 del anteproyecto de ley de defensa del consumidor”, Suplemento Especial: Comentarios al Anteproyecto de LDC, p. 305, TR LALEY AR/DOC/616/2019.

(26) Respecto a este tema ver: LANNI, Sabrina; MAGRI, Geo, “Healthy Eating Apps. La salubrità degli alimenti in mano agli algoritmi”, Osservatorio del diritto civile e commerciale, Fascicolo 1, enero 2020, Il Mulino, Bolonia, doi: 10.4478/98132.

Esto resulta acertado, en tanto el desarrollo de un sistema eficaz de defensa del consumidor no puede prescindir del fortalecimiento de la función del Estado a través de políticas activas, en especial dirigidas a la educación, información y prevención⁽²⁷⁾.

Como se ha señalado, la educación alimentaria a nivel escolar y familiar resulta imprescindible para generar “formas de comportamiento en el consumo de alimentos sanos, que contrarresten las comunicaciones de masa y sus impactos negativos de hábitos consumistas desaconsejables desde la salud individual y social”⁽²⁸⁾. Se intenta lograr que niños, niñas y adolescentes cuenten con una adecuada formación para generar hábitos saludables.

Lo previsto en el art. 11 de la ley de Promoción de la alimentación saludable, se articula con la ley 24.240, que ordena incorporar a los currículos de los diversos niveles educativos –comprendidos también el terciario y universitario– contenidos de educación al consumo (art. 60), con referencia expresa a la formación en contenidos atinentes a la alimentación (art. 61). En una línea similar se encuentran la ley 26.396 de trastornos alimentarios y la ley 25.724 que reconoce la necesidad de proveer a la educación alimentaria como herramienta imprescindible para el desarrollo de conductas permanentes que permitan a la población decidir sobre una alimentación saludable desde la producción, selección, compra, manipulación y utilización biológica de los alimentos (art. 5, inc. f).

Por su parte, en prospectiva, los Proyectos de Código de Derecho del Consumidor, han propuesto sólidas directrices para el diseño de políticas públicas, entre las que

se destaca el deber de las autoridades de tomar medidas apropiadas que promuevan la efectividad de derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos la alimentación (art. 32).

6. Reflexiones finales

Como puede observarse, los lineamientos provenientes del ámbito nacional e internacional nos orientan hacia la formulación de normas y políticas públicas adecuadas que tutelen en forma integral a la persona consumidora en el ámbito alimentario.

Con la sanción de la ley 27.642, nuestro país ha avanzado en este sentido, en tanto ha legislado respecto a la información y advertencia debidas al consumidor alimentario y ha establecido prohibiciones respecto a prácticas propias del marketing alimentario que estimulan y promueven comportamientos perjudiciales o peligrosos para la salud o seguridad de la persona consumidora. La ley ha proporcionado también pautas vinculadas a la tutela de los niños, niñas y adolescentes como consumidores especialmente vulnerables en materia alimentaria, diseñando políticas públicas dirigidas a la educación alimentaria y a la protección de los entornos escolares.

Aunque el panorama resulta alentador, será preciso contar con una cuidada implementación de lo previsto en la ley y de la normativa proyectada, así como también con una planificación que permita ir logrando progresivamente mayores niveles de protección de la persona consumidora en el ámbito alimentario.

VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIONES - CONTRATOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - COMERCIO E INDUSTRIA - SALUD PÚBLICA - DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DAÑO - DERECHO CIVIL - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - ECONOMÍA

(27) STIGLITZ, Gabriel, “Políticas de defensa del consumidor, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Tomo IV, dirigido por Gabriel Stiglitz y Carlos A. Hernández, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 555 y ss.

(28) GHERSI, Carlos, “De los alimentos a la industria alimentaria”, en *La responsabilidad de las empresas y la tutela del consumidor de alimentos*, dirigido por Carlos Ghersi, Eudeba, Buenos Aires, 1998, p. 10.

La Justicia de Pequeñas Causas de Consumo como garante del derecho humano de acceso a la justicia

por CARINA MARIELA GINESTAR^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA JUSTICIA DE PEQUEÑAS CAUSAS DE CONSUMO. – III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA JUSTICIA DE PEQUEÑAS CAUSAS. – IV. EFICACIA DE LA OFICINA DE PEQUEÑAS CAUSAS Y CONSUMO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - ANTECEDENTES. INDICADORES CUANTITATIVOS. – V. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EN PEQUEÑAS CAUSAS. – VI. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

Los conflictos diarios de los consumidores deben tener acceso a la justicia de una manera rápida, sencilla, sin tantos tecnicismos, y la herramienta jurídica para ello es la Justicia Civil de Pequeñas Causas. Esta Justicia contribuye a la pacificación social y logra revertir la imagen pública de la justicia frente a la comunidad. Para que las acciones civiles de menor cuantía de los consumidores tengan acogida dentro del sistema judicial es indispensable contar con un organismo judicial de apoyo jurisdiccional que se encarga de centralizar las reclamaciones de bajo monto de los ciudadanos, otorgando asesoramiento en forma gratuita y posibilitando el derecho humano de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. El Ciudadano de Mendoza cuenta con las puertas abiertas de la justicia para la búsqueda de la solución de su controversia emanada de una relación o contratación de consumo. Dicho organismo se encargará de determinar cuál es el mecanismo más idóneo para la resolución, de acuerdo a las características de la conflictividad traída a los estrados judiciales. Ante dicho organismo las causas judiciales se resuelven en un tiempo promedio entre 30 y 45 días hábiles, según las particulares de cada conflicto, con una alta tasa

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D'ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *Cooperativas y defensa del consumidor: una solución en buen camino*, por DANTE CRACOGNA, ED, 271-298; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *La tutela al usuario de servicios en el ámbito de las relaciones de consumo: un interesante precedente. Comentario al fallo "T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ordinario"*, por GABRIEL ABAD y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 286; *El régimen administrativo sancionador en las relaciones de consumo*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288; *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288; *Breve introducción a la justicia restaurativa aplicada al sobreendeudamiento de los consumidores*, por ALEXIS MATÍAS MAREGA, ED, 289. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogada, Magíster y Especialista en Magistratura y Gestión Judicial de la Universidad Nacional de Cuyo, cuya tesis abordó el tema de "La Creación de la Justicia de Pequeñas Causas en Mendoza". Es Especialista en Derecho Procesal Civil de la Universidad Católica de Cuyo. Diplomada en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y en el Nuevo Código Procesal Civil Comercial y Tributario de Mendoza. Titular de la Oficina de Pequeñas Causas y Consumo de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Ex Conjueza de la Justicia de Paz Letrada de Mendoza. Autora de la obra "Justicia de Pequeñas Causas", Editorial ASC, marzo de 2019. Autora del Anteproyecto de Ley del artículo 218 del Código Procesal Civil, que crea el Fuero de la Justicia de Pequeñas Causas en Mendoza. Coautora y Coordinadora de la Obra Colectiva "Derecho Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza - Perspectivas Actuales", Es Directora de la Carrera de Especialización en Derecho del Consumidor de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza recientemente lanzada. Profesora de Posgrado de distintas carreras de la Universidad de Mendoza y de la Universidad Nacional de Cuyo, Profesora Meritoria de Grado en la Materia Derecho Procesal Civil de la Universidad de Mendoza. Autora de diversas Publicaciones. Ponente en Congresos, Capacitadora y Disertante en diversas Jornadas Provinciales, Nacionales e Internacionales.

(del 96%) de resolución de las controversias, mediante acuerdos en el proceso judicial de negociación de pequeñas causas. El profesor Frank Sander, autor del programa de negociación de Harvard, propició la utilización de la negociación para resolver los conflictos sociales de bajo monto, por ello el medio alterno empleado en Mendoza es la negociación judicial, tal como se aplica en los demás países de la región americana donde funciona esta Justicia para la Comunidad.

La Justicia de Pequeñas Causas está determinada por el monto demandado, el que no puede superar el valor de 3 JUS, que es una unidad de medida que se actualiza anualmente a partir del 1 de enero de cada año. En el presente año –2023– los 3 JUS ascienden a la suma de \$ 276.000.

El acceso a la Justicia a través de la Justicia y la Oficina Judicial de Pequeñas Causas es absolutamente gratuito, removiendo el obstáculo que impedía el efectivo acceso, es decir, el costo para accionar judicialmente.

En Mendoza, a partir de la sanción de la ley 9001, el ciudadano se siente escuchado, asesorado y con justicia a término, en la resolución de su controversia. Se ha logrado la cohesión social. Una muestra fidedigna de ello es la experiencia de otros países de la región que cuentan con esta justicia hace más de 40 años, como Brasil, en donde el Fuero de la Justicia de Pequeñas Causas es el que cuenta con mayor cantidad de expedientes y es el que mejores resultados en cuanto a productividad en resolución de conflictos judiciales anuales arroja, siendo el fuero más apoyado por los Poderes Judiciales de cada Estado de Brasil. El aspecto más relevante de esta Justicia, una de sus virtudes y beneficios, radica –tal como lo mencionamos con anterioridad– en posibilitar el acceso a la justicia de aquellos consumidores considerados hipervulnerables en todos los aspectos, económicos, sociales, culturales, técnicos, legales, etc.

Para garantizar la tutela judicial efectiva en los conflictos de poco monto de los consumidores, se requiere una tutela procesal diferenciada y una dependencia judicial adecuada, para su inmediata resolución, de la mano de la oralidad y de los procesos por audiencias.

II. La Justicia de Pequeñas Causas de Consumo

La justicia civil de pequeñas causas es una expresión del sistema de justicia mediante el cual, controversias civiles cotidianas precisadas según política pública de cada región, cuyos montos de reclamación no exceden un tope determinado, son tramitadas a través de procedimientos sumarios, menos formales a los tradicionalmente empleados, sin costo para las partes y sin necesidad de patrocinio letrado obligatorio como regla general.

La justicia civil de pequeñas causas tiene dos expresiones distintas en la región americana⁽¹⁾. La primera, es la desarrollada en el ámbito civil propiamente dicho en Estados Unidos a comienzos del siglo XX, establecida para la cobranza de deudas de trabajadores y pequeños empresarios con la intención de reducir la duración del proceso, simplificar los procedimientos y disminuir los costos de litigar⁽²⁾. Posteriormente, su competencia fue extendida a reclamaciones derivadas del derecho de consumo en las décadas de los sesenta y setenta. En la actualidad, esta expresión de justicia de pequeñas causas se encuentra presente, principalmente, en Brasil⁽³⁾, Canadá, Estados Unidos, entre otros países de la región; y existen disposiciones normativas que contienen coincidencias con lo desarrollado por estos países. En la actualidad hay varios

(1) VILLADIEGO, Carolina, "Estudio Comparativo Justicia Civil de Pequeñas Causas en las Américas"; citado en obra del CEJA (Centro de Estudios de Justicia de las Américas): "Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina", Chile, 2008.

(2) RUHNKA, John C., WELLER, Steven y MARTIN, John A. "Small Claims Courts: A National Examination", publicado por el National Center for State Courts, Williamsburg, Virginia, 1978.

(3) La Constitución Federal de 1988 (artículo 98) creó los juzgados especiales (*juizados especiais*) que fueron regulados en 1995 en el nivel estadual (ley 9.099), y en 2001 en el nivel federal (ley 10.251). Su historia se remonta a los juzgados de pequeñas causas existentes desde comienzos de la década de los ochenta en algunos estados del país (Rio Grande do Sul), regulados en 1984 por la ley 7.244.

proyectos de reforma procesal de provincias argentinas y de países limítrofes, que buscan la incorporación de esta Justicia. La segunda expresión de la justicia civil de pequeñas causas la constituyen la justicia de paz y vecinal, establecida de manera general en el sistema de justicia. Esta, se encuentra relacionada a formas comunitarias de resolución de controversias. Los jueces de paz son los competentes para entender en los juicios de pequeñas causas. Está presente, especialmente, en Colombia⁽⁴⁾, Perú, Venezuela, Uruguay y Argentina, entre otros. Esta Justicia se encuentra relacionada a formas comunitarias de resolución de controversias. Los juzgados llevan adelante los juicios de pequeñas causas y el organismo judicial de pequeñas causas recibe en forma gratuita la acción del consumidor y aplica la negociación previa al juicio con el fin de solucionar en forma inmediata la controversia dentro del sistema judicial con todas las garantías legales pertinentes y con un acuerdo celebrado ante autoridad judicial, el que queda labrado en un acta que es un instrumento público con todas las consecuencias positivas que ello implica para el ciudadano.

El surgimiento de las sociedades de masas y el fenómeno global que trajo, entre otras cosas, el consumo y los conflictos derivados de éste, llevaron a la creación de órganos administrativos que ejercen el poder de policía sobre los proveedores de servicios, con la facultad de multarlos, rigiéndose por el derecho penal administrativo. Ahora bien, la autoridad de aplicación no puede ordenar indemnizaciones resarcitorias, ello le compete exclusivamente al órgano judicial, ya que el consumidor tiene siempre la instancia judicial para reclamar los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento del proveedor. En dicha instancia se persigue la reparación integral de los daños sufridos por el consumidor una vez efectuada la contratación y ante el incumplimiento de las disposiciones legales y contractuales por parte del proveedor; siendo la vía judicial la herramienta legal que dispone el consumidor para reclamar cuando sus derechos o intereses resulten afectados, tal como lo prevén los artículos 52 y 53 de la ley 24.240, remitiendo este último al proceso de conocimiento más abreviado que prevea la ley local. Por ello, este artículo 53 deriva al artículo 218 de la ley 9.001, que legisla los procesos de pequeñas causas de consumo en Mendoza.

El consumidor siempre dispuso de su derecho a iniciar directamente la demanda de daños y perjuicios, a través del proceso ordinario tradicional. Hoy ese derecho sigue vigente y gracias a la nueva normativa procesal provincial, hay dos procesos para demandar los daños y perjuicios derivados de las relaciones y contrataciones consumeriles, que se diferencian por el monto del reclamo. Los procesos de pequeñas causas de consumo (hasta 3 Jus) tramitan ante la justicia de paz letrada y los procesos de conocimiento especial de consumo (de más de 3 JUS en adelante), que estos últimos pueden ingresar en la justicia de paz letrada si no superan los 20 JUS, y en aquellos casos que sean de más de 20 JUS deberán interponerse ante la justicia civil.

Es importante mencionar que la realidad socioeconómica que atraviesa el ciudadano argentino, el que muchas veces no logra acceder a la justicia por numerosos obstáculos que debe atravesar, principalmente económicos, lo coloca en una situación de hipervulnerabilidad; siendo una de las causas principales que propician la creación del Fuero de la Justicia de Pequeñas Causas, especialmente por la gratuidad del proceso, por la simplificación de las formas, por la inmediatez de la dependencia judicial de pequeñas causas con el/la ciudadano/a, que trabaja aplicando la noción de justicia multipuerta, utilizando uno de los medios alternos de solución de las controversias, como es la negociación, que busca acercar a las partes a que encuentren la autocomposición de su conflicto, evitando el inicio del juicio propiamente dicho.

El juicio de pequeñas causas es un verdadero juicio de daños y perjuicios de poco monto, con plazos más reducidos y con una sola audiencia multipropósito, siendo el límite del importe que puede reclamarse los 3 JUS, no integrando los intereses el monto para estipular el límite por la cuantía demandada. Se pueden peticionar todos los rubros de daños pertinentes, todo ello bajo el principio de la reparación plena previsto en el artículo 1740 del Cód-

(4) Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 247, y ley 497 de 1999 "por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento".

go Civil y Comercial de la Nación, con base en la Constitución Nacional que prevé en el artículo 19 el concepto de reparación integral en materia de daños.

III. Naturaleza Jurídica de la Justicia de Pequeñas Causas

Las pequeñas causas, desde el punto de vista individual, tienen una enorme significación, para el particular cuyos intereses están afectados y desde la perspectiva social, dada la importancia económica del conjunto de pequeños reclamos. También desde la óptica política, por estar directamente vinculada a la imagen pública de uno de los tres poderes del Estado. Su implementación contribuye a modificar lo que la multitud de particulares –con pequeños problemas cotidianos– siente y piensa de la justicia⁽⁵⁾. De nada sirve otorgar derechos substanciales si no se brindan los métodos para hacerlos efectivos. Los procesos tradicionales son inapropiados para la tramitación de pequeños reclamos.

El acceso a la justicia se ve dificultado en muchos países de la región americana y por consiguiente el proceso –instrumento que debería servir a la realización de pretensiones y la paz social– no cumple con esos fines⁽⁶⁾. Esta situación se agudiza en los procesos de menor cuantía.

El objetivo primordial de esta justicia de pequeñas causas consiste en la superación de los problemas sociales actuales que aquejan a la comunidad. Ante ello, debe acudir a alternativas que sustituyan, cooperen o remuevan aquellos mecanismos que aparecen colocados a espaldas de las urgencias de este momento, receptando nuevas tendencias basadas en la mencionada desformalización, la asistencia legal sin cortapisas económicas, la existencia de un órgano judicial funcionando como empresa de servicios de justicia, el rol activo y protagónico de los jueces, y la exigencia de una interpretación teleológica que solo se justifica por los resultados valiosos a los que se arribe⁽⁷⁾. El sistema judicial de pequeñas causas⁽⁸⁾, acerca la Justicia a los justiciables, aproximándolos no solo geográficamente, sino también a través de un método de juzgamiento sin tecnicismos que permita el contacto directo entre ambos⁽⁹⁾.

La naturaleza jurídica de esta Justicia radica en ser una justicia social, colaborativa, de protección, de coexistencialidad, de equidad y de acompañamiento del ciudadano, en la resolución de sus conflictos cotidianos de poco monto, pero de gran significancia para la comunidad.

IV. Eficacia de la Oficina de Pequeñas Causas y Consumo de la Suprema Corte de Justicia - Antecedentes

La Oficina de Pequeñas Causas y Consumo de la Suprema Corte de Justicia fue creada por acordada N° 26.659, de fecha 15/06/15, en forma concomitante con el trabajo y estudio de la Comisión de Reforma del Código Procesal Provincial, cumpliendo la Suprema Corte de Justicia con la reglamentación de dichos procesos, en virtud de sus facultades de superintendencia, tal como lo prevé el artículo 1, apartado IV, del Código Procesal Civil. En oportunidad de su puesta en marcha se encargó de la implementación y prueba piloto en los juzgados de paz letrada y difusión del nuevo Fuero de la Justicia de Pequeñas Causas en Mendoza. Su función primordial consiste en la atención personalizada del ciudadano, el cual es asesorado en la primera presentación ante la justicia, esta es la etapa de recepción y admisión formal de la causa. La creación de dicha dependencia judicial surge de la mano de lo prescripto en el artículo 218 del Código Procesal Civil Provincial que prevé el proceso de pequeñas causas. La regulación establecida en esta norma no resulta suficiente por si sola para garantizar el cumplimiento de

(5) GINESTAR, Carina Mariela, "Naturaleza Jurídica de la Justicia de Pequeñas Causas", obra: "Justicia de Pequeñas Causas", Ed. ASC, pág. 67, 2019.

(6) FERREYRA DE LA RÚA, Angelina y GONZÁLEZ DE LA VEGA, Cristina, "Lineamientos para un proceso civil moderno", Ediar, 1997, pág. 15.

(7) MORELLO, Augusto Mario, "El arreglo de las disputas sin llegar a una sentencia final", Jurisprudencia Argentina, Tomo III, pág. 743, 1985.

(8) GINESTAR, Carina Mariela, "Protección de Usuarios y Consumidores en los Procesos de Menor Cuantía. Código Civil y Comercial y Marco Legal Subsistente. Una Propuesta Integradora", Revista La Ley Gran Cuyo, octubre de 2016.

(9) ANDREWS, Neil, "On Civil Procedure" (El Proceso Civil), Cambridge-Antwerp, Editorial Intersentia Ltd., Tomo 1, año 2013. PÉREZ RAGONE, Álvaro, "Revista lus et Praxis", n° 1, 2014, pp. 419-426, ISSN 0717 -2877, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

uno de los derechos humanos fundamentales, como es el efectivo acceso a la justicia; siendo indispensable y sustancial la intervención de la dependencia judicial de pequeñas causas, a fin de lograr el verdadero acceso real al sistema judicial propiamente dicho, ya que funciona como una casa de justicia, logrando que el individuo vuelque su conflicto ante el órgano judicial, para buscar el mecanismo idóneo que le aporte una pronta y expedita solución de acuerdo a las particularidades de cada conflictividad, brindando la llamada primera atención, contención y protección del ciudadano, cuando concurre en búsqueda de justicia inmediata.

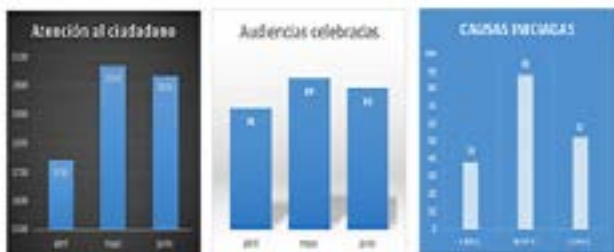
Mediante el proceso judicial de negociación de pequeñas causas, según las estadísticas del primer semestre de la gestión judicial 2023, se ha logrado resolver mediante acuerdo en el proceso judicial de negociación, el 96% de los conflictos presentados ante dicha dependencia, tal como lo mencionamos en la introducción. Solo en el 4% restante de las causas judiciales, ha sido necesario el inicio del Proceso de Preparación de Juicio de Pequeñas Causas, a tenor de lo establecido en el artículo 218 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia y lo dispuesto por las acordadas reglamentarias, que se encuentran publicadas y visibles en el subsitio de la Oficina, en la página web del Poder Judicial de Mendoza. Se llevan adelante varios pasos para la formación del expediente, admisión formal, recolección de la documentación, confección de la demanda en el formulario tipo, sorteo de profesional del registro de abogados de pequeñas causas, que lleva la Oficina, la notificación electrónica y telefónica al profesional, celebración de la reunión entre reclamante y profesional, etcétera. El tiempo promedio de resolución de los conflictos en este proceso de negociación oscila entre 30 y 45 días hábiles.

La eficiencia⁽¹⁰⁾ de dicha dependencia judicial de pequeñas causas queda demostrada en el tiempo promedio de resolución de las causas iniciadas y tramitadas en la Oficina, el que oscila entre 30 y 45 días hábiles, en los procesos de negociación, tal como lo mencionamos en el punto anterior, y en 60 días hábiles, en los juicios de pequeñas causas. Dichos resultados obtenidos han llevado a que varias provincias del país se interesen por instaurar en su jurisdicción la Justicia de Pequeñas Causas, su normativa y función del órgano judicial encargado de gestionarla.

Los procesos de pequeñas causas de consumo, estipulados en el Código Procesal Civil Comercial y Tributario de Mendoza, en el artículo 218⁽¹¹⁾, garantizan el acceso a la justicia y la protección absoluta de los derechos de los consumidores en sus conflictos de poco monto, consagrados en la Ley Nacional N° 24.240 de Defensa del Consumidor; en los artículos 1092/1122 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establecen el núcleo duro de tutela en la materia; en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que le da rango constitucional a la protección de los derechos de los consumidores, y en los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales han sido incorporados a la Carta Magna, en el artículo 75, inciso 12, en los que se reconoce al derecho del consumidor como un derecho humano.

- Indicadores cuantitativos

ANÁLISIS MENSUAL				
Mes	abril	mayo	junio	TOTALES
Atención al ciudadano	1741	2069	2036	5846
Audiencias celebradas	71	89	83	243
Causas iniciadas	38	88	52	178



(10) GINESTAR, Carina Mariela, "Fuero de la Justicia de Pequeñas Causas de Consumo en Mendoza", Revista de Derecho del Consumidor, IJ Editores, 13 de febrero de 2019.

(11) GINESTAR, Carina Mariela, "Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza, 2016, Comisión de Reforma CPC, decreto 939/2015, Subcomisión Pequeñas Causas, Coordinadora, texto artículo 218.

ATENCIÓN A LA CIUDADANÍA				
Canal	abril	mayo	junio	TOTAL
Presencial	270	300	300	870
Correo electrónico	1020	1242	1100	3362
Recibidos	476	562	500	1538
Enviados	544	680	600	1824
Mensajería instantánea (WhatsApp)	79	114	228	421
Telefónica	360	400	400	1160
Sistema Tickets	12	13	8	33
Total TRIMESTRAL				5846
Promedio diario				101



ANÁLISIS COMPARATIVO		
Mes	1° Trim. 2023	2° Trim. 2023
Atención al ciudadano	3015	5846
Audiencias celebradas	139	243
Causas iniciadas	116	178



V. Análisis jurisprudencial en Pequeñas Causas

a) Expte. N° 15.188 y 260.447 "LARRETA MARÍA SUSANA C/ CENCOSUD S.A. (SUPERMERCADO VEA) P/ PEQUEÑAS CAUSAS DE CONSUMO"

La Sra. María Susana Larreta inicia acción judicial ante la Oficina Judicial de Pequeñas Causas y Consumo, reclamando a CENCOSUD S.A. por la responsabilidad en el robo sufrido por sus dos hijos menores de edad. Relata que los mismos acudieron a realizar una compra al establecimiento Supermercado Vea de calle Sarmiento 998 de Godoy Cruz el día 06/07/2021, dejando las bicicletas en las que se transportaban en el espacio destinado al efecto en la playa de estacionamiento, aseguradas con cadenas. Expone que al salir, personal de seguridad del supermercado les entrega una cadena cortada y una mochila que presuntamente había quedado olvidada por las personas que robaron las bicicletas. Pretende la restitución de los bienes sustraídos (igual marca y modelo) o bien el valor actualizado de los mismos. Adjunta ticket de la compra realizada

por los menores, ticket de adquisición de las bicicletas robadas, reclamo en el Libro de Quejas de la empresa, constancia de denuncia penal y presupuesto actualizado de las bicicletas pretendidas. Se inició además un reclamo administrativo ante la Municipalidad de Godoy Cruz que fue desestimado ya que se desconoció la responsabilidad. La audiencia oral del proceso de negociación se realiza el día 04/04/2022 donde la Sra. Larreta se compromete a adjuntar nuevo presupuesto de los bienes, por lo que se fija cuarto intermedio. El día 02/05/2022 se realiza nueva audiencia, en donde la parte reclamada manifiesta que carece de propuesta, por lo que se procede al cierre del proceso de negociación judicial y archivo de las actuaciones. En consecuencia, se sortea abogado del registro de letrados de pequeñas causas que lleva la dependencia judicial, en fecha 12/05/2022, cuyo cargo es aceptado el 17/05/2022. El día 22/06/2022 se presentan dos demandas, una por cada uno de los hijos de la Sra. Larreta –D. A. M. y S. N. M. y se inician los juicios de consumo de menor cuantía de pequeñas causas, en los términos del artículo 218, CPC-CyT, ante el Primer Juzgado de Paz Letrado. Como en ambos procesos se ventilan cuestiones análogas vinculadas al mismo hecho, cuya diferencia radica exclusivamente en el actor, serán analizadas en forma conjunta. En las audiencias multipropósito del artículo 218, CPCCyT (realizadas los días 09/08/2022 y 27/10/2022) se intenta arribar a una conciliación sin éxito, por lo que se llaman los autos para resolver. Las sentencias de fechas 22/08/2022 y 04/11/2022, respectivamente, analizan el hecho en cuestión. En la primera, se determina la relación de consumo y las normas protectorias y tuitivas al consumidor; las que gozan de raigambre constitucional. Entre ellas, destaca en el caso de marras el deber de seguridad que impone al proveedor velar para que no recaiga sobre el consumidor daño alguno a su persona o bienes. Es por ello que surge una obligación secundaria conexa derivada del uso de la playa de estacionamiento, puesto que quien allí se ubica lo hace con la finalidad de adquirir productos y servicios; por lo que el proveedor asume una obligación de seguridad de resultado consistente en garantizar al consumidor que no sufrirá daños en su persona o bienes. Así, en caso de verificarse un daño con motivo de la relación de consumo, se activa el sistema de responsabilidad objetiva (art. 40, LDC). Analizan la prueba aportada determinando que constituyen indicios ciertos y conexos de la existencia del hecho, resaltando además que la demandada no produjo prueba suficiente e idónea tendiente a restar la eficacia de las pruebas aportadas por la actora. Por todo ello, concluyen que se encuentra configurada la responsabilidad de la demandada, ya que no adoptó las medidas de seguridad necesarias tendientes a evitar el ilícito, ni acreditó la ruptura del nexo causal. Así, en ambas demandas se condena a CENCOSUD S.A. a abonar la suma de \$ 132.556, con más los intereses legales, compuestos de daño material por \$ 72.000: correspondientes al presupuesto aportado por la actora para la adquisición de la bicicleta sustraída, con finalidad resarcitoria a efectos de restablecer a la víctima a la situación anterior al hecho dañoso. Daño moral por \$ 45.556,37 en virtud del menoscabo emocional sufrido por la sustracción de las bicicletas, la realización de denuncia penal, la tramitación infructuosa del reclamo administrativo ante la Municipalidad de Godoy Cruz y la acción judicial ante la Oficina de Pequeñas Causas; todo lo cual constituyó molestias de entidad suficiente para configurar el daño moral. Daño punitivo por \$ 15.000 de acuerdo al desinterés de la demandada por cumplir con su obligación no obstante los intentos de la actora por arribar a un acuerdo conciliatorio que evite la instancia jurisdiccional; de acuerdo a la doble finalidad punitiva y disuasoria del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor.

b) Expte. N° 13-06881292-9 (011851-15080) “BRAVO ANA MARÍA C/ DESPEGAR.COM.AR S.A. P/ CONSUMO DE MENOR CUANTÍA - PEQUEÑA CAUSA”.

En fecha 17/11/2021 la Sra. Ana María Bravo inicia acción judicial ante la Oficina de Pequeñas Causas y Consumo, reclamando a DESPEGAR.COM.AR el reintegro del valor actualizado de la compra de pasajes con destino final Madrid que adquirió el 30/09/2019 por \$ 44.040,70 y que fuera cancelado debido a la pandemia COVID-19. Expresa que, habiendo requerido la devolución del dinero, la compañía aérea LATAM transfiere –sin conformidad de la Sra. Bravo– el valor nominal histórico abonado, por lo que reclama los intereses desde la fecha de la factura hasta el efectivo pago. La audiencia oral del proceso de

negociación se realiza el día 02/05/2022 donde la parte reclamada expone que opera en carácter de intermediador por lo que no dispone sobre las políticas de servicio del prestador, siendo este quien decide al respecto; por lo que, ante la imposibilidad de acuerdo, la Sra. Bravo solicita el cierre del proceso de negociación. El día 12/05/2022 se procede al sorteo de abogado/a de pequeñas causas, cuyo cargo fuera aceptado el 16/05/2022. En fecha 10/06/2022 se presenta demanda contra DESPEGAR.COM.AR S.A. e inicia el juicio de consumo de menor cuantía ante el Primer Tribunal de Gestión Asociada de Paz. En la audiencia multipropósito del artículo 218, CPCCyT, realizada el día 13/09/2022 la demandada interpone excepción previa de incompetencia y solicita la citación al proceso a LATAM debido a la acción regresiva que tendría DESPEGAR.COM.AR contra ella. La sentencia bajo análisis se dicta, previa vista al Ministerio Público Fiscal y el juzgado decide sobre la excepción interpuesta y solicitud de citación de tercero. En el caso de marras, la incompetencia planteada se incoa argumentando el entendimiento del fuero federal de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 198 del Código Aeronáutico. Empero, el juzgado rechaza la incompetencia planteada en virtud de entender que la demanda no ventila una cuestión vinculada específicamente con el servicio de transporte aéreo, sino con el incumplimiento de la demandada en la comercialización de los pasajes aéreos sin que entren en juego intereses de carácter federal relativas a la navegación o comercio aéreos que ameriten el desplazamiento de la competencia hacia la justicia federal. Sobre el planteo de citación de un tercero –LATAM– la señora jueza de paz, con competencia en los procesos de pequeñas causas, rechaza la misma meritando la naturaleza del sistema de Justicia de Pequeñas Causas, que establece plazos breves a fin de brindarle al consumidor una posible solución al conflicto con la mayor rapidez posible; toda vez que razonar en contrario llevaría a afectar la esencia y estructura simple y ágil de este proceso de pequeñas causas.

VI. Conclusión

Considero, que con motivo de la celebración de los 30 años de vigencia de ley 24.240, un gran desafío constituye el compromiso de cada jurisdicción del país de avocarse en la implementación e instauración de la Justicia de Pequeñas Causas de Consumo. Con lo expuesto en el presente trabajo, se revela a todas luces la importancia y necesidad del Fuero de la Justicia de Pequeñas Causas, con su correspondiente dependencia judicial de pequeñas causas, dentro de la órbita del Poder Judicial de cada provincia, por estar éste investido del poder jurisdiccional y por ser éste el organismo del Estado, donde acuden los ciudadanos en procura de justicia, cuando sus derechos han sido vulnerados. Para ello, es necesario contar con una ley que legisle estos procesos, de la mano de la oralidad y los procesos por audiencias. Los resultados satisfactorios obtenidos quedan verificados, con la actuación de dicha dependencia judicial de pequeñas causas de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en los distintos procesos y mecanismos que se utilizan para resolver cada conflicto, teniendo en cuenta las particularidades que presenta cada conflicto traído a los estrados judiciales en procura de una justicia rápida.

La oficina judicial de apoyo jurisdiccional de la justicia de pequeñas causas es garante del derecho humano de acceso a la justicia y contribuye a la pacificación social, por su dinámica y funcionalidad, otorgando justicia inmediata al ciudadano, cumpliendo con la manda constitucional de asegurar la tutela judicial efectiva de la mano de instituciones y procesos, acordes para ejercer sus derechos, ofreciendo una sustancial mejora en la calidad de vida del ciudadano, donde ve realizado sus derechos, al facilitar su ingreso a la justicia, impartiendo desde el órgano judicial cohesión social, solución a la conflictividad social y justicia a término.

VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - OBLIGACIONES - CONTRATOS - COMERCIO E INDUSTRIA - PODER JUDICIAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ESTADO - INTERESES - DERECHO ADMINISTRATIVO - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DAÑO - DERECHO CIVIL - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - PODER JUDICIAL - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - ECONOMÍA

La necesidad de implementar mecanismos de asesoramiento a la persona consumidora

por GERMÁN ESTEBAN MÜLER^(*)

Sumario: A. LA IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN. — B. LA INFORMACIÓN NO ES SUFICIENTE. — C. LAS DECISIONES Y LOS SESGOS QUE INFLUYEN EN ELAS. — D. ASESORAMIENTO Y CONSEJO. — E. ENFRENTAR EL DESAFÍO.

Los desafíos que nos presenta la protección de la persona consumidora, además de muchos y variados, están en permanente cambio. Por ello, cuando se nos pide reflexionar sobre los desafíos pendientes en la implementación de la tutela de la persona consumidora nuestro pensamiento divaga entre diferentes tópicos e indefectiblemente ganan espacio algunas situaciones de triste actualidad, aquellas que nos ocupan en el ejercicio cotidiano. Sobresalen un par: los problemas de vida digital (afectación de la intimidad, estafas virtuales, etc.) y los problemas del sobreendeudamiento. Al analizarlos parece hacerse evidente un aspecto en común de fuerte vulnerabilidad: no comprendemos lo que pasa, no entendemos los fenómenos, no leemos los contratos o, si lo hacemos, nos resultan ininteligibles; no somos capaces de dimensionar los riesgos.

De ese modo, a pesar de la enorme diferencia que existe entre esas relaciones de consumo, aparece un problema común: la persona consumidora necesita más que información fría, dura, objetiva. Décadas de reforzar el deber de información no parecen haber rendido los frutos deseados.

a. La importancia de la información

Obviamente, no vamos a poner en dudas la trascendente importancia de la información a los consumidores. Sin dudas se trata de uno de los principales derechos, considerado por parte de la doctrina un derecho humano⁽¹⁾. Constituye una de las principales herramientas jurídicas para corregir las asimetrías cognoscitivas y técnicas que afectan al consumidor⁽²⁾. Sin información el consumidor no puede adoptar decisiones fundadas ni tiene posibilidad

des de conocer los riesgos del contrato. La información brindada debe ser clara, precisa y veraz, cierta, detallada y suficiente, respecto de todo lo relacionado con el bien ofrecido y las condiciones de contratación. Pero ¿es suficiente con recibir toda la información?

b. La información no es suficiente

Seguramente podremos coincidir al afirmar que, a pesar de contar con información, la asimetría solo se reduce, pero nunca se elimina. Hace tiempo se pone en dudas el paradigma económico neoclásico que afirma que cuanto mayor sea la información recibida, mayor será el grado de libertad para realizar elecciones racionales⁽³⁾.

Es habitual que el receptor no comprenda adecuadamente la información recibida por carecer de un mínimo de conocimientos específicos, por actuar sesgado o irreflexivamente, etc. Procesar y evaluar la información requeriría un asesoramiento profesional de alto costo para el consumidor⁽⁴⁾, todo lo cual llevará, en definitiva, a que de todos modos tome decisiones perjudiciales.

El deber de buena fe del que deriva la obligación de información no se satisface con la entrega de una copia del contrato si las condiciones generales contenidas en él presentan notas de complejidad, ambigüedad o abusividad tales que, en los hechos, impidan al adherente el ejercicio de sus derechos contractuales. Es que el alcance del deber de información en los contratos de consumo es mucho más extenso y amplio, ya que la información para el consumidor debe ser de una idoneidad tal que le permita a éste comprender con claridad, completitud y eficacia los mensajes emanados del proveedor, pues el aspecto subjetivo de la buena fe resulta relevante en la relación de consumo⁽⁵⁾.

De hecho es muy probable que ni siquiera lea el contrato⁽⁶⁾. Sobrino conmina a realizar un enfoque realista, a dejar de lado la ficción de que los contratos se leen⁽⁷⁾. Los consumidores se enfrentan normalmente con un clausulado extenso, confuso, que contiene una enorme cantidad de situaciones y escenarios a imaginar, en textos que deberían leer en situaciones incómodas, bajo la apurada mirada del vendedor, sin ninguna posibilidad de aprehender su contenido. Desentrañar la mayoría de las cláusulas requiere un esfuerzo de su estudio y análisis que excede notoriamente a lo que puede entender un consumidor⁽⁸⁾.

Por todo ello, pensamos que debe darse un paso más y establecer sobre el proveedor el deber de asesorar al

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Daño moral y daños punitivos*, por GONZALO PEÑALBA PINTO, ED, 220-1003; *El daño punitivo*, por CLAUDIO GROSSO, ED, 227-964; *El daño punitivo en las acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores*, por MARIANO DE ESTRADA, ED, 236-874; *El daño punitivo ante supuestos de responsabilidad objetiva*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 253-48; *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VITOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARZINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2017-949; *Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos*, por MACARENA BARICCO PRATS, ED, 278-833; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *En torno a la figura del daño punitivo. A propósito de la configuración de las condiciones de procedencia. Algunas reflexiones sobre los casos "Teijeiro" vs. "Esteban" y la formulación del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 283-776; *Daños punitivos: la petición de parte y el estudio procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 287-753; *El daño punitivo y la "tolerancia cero"*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290-393; *Vulnerabilidad, ahorro y consumo: Hacia la acentuación de la cuantificación de los daños punitivos a través de la aplicación de la fórmula de Irigoyen Testa*, por MARTÍN TESTA, ED, 291-219. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Germán Esteban Müller, abogado litigante, profesor de Derecho del Consumidor en la Universidad Nacional de Tucumán y en la Universidad San Pablo T, fundador y expresidente de la Asociación de Consumidores del NOA, excoordinador de la Comisión de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados de Tucumán, exdirector del Instituto de Derecho del Consumidor del Colegio de Abogados de Tucumán, exsubdirector de la Diplomatura de Derecho del Consumidor de ESEADE, especialista en Derecho de Daños (UNT) y especialista en Derecho de la Empresa y los Negocios (UB), doctorando en Derecho Privado con tesis en evaluación (UNT).

(1) "XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor, Bahía Blanca, 18 y 19 de mayo de 2018", *Revista de Derecho del Consumidor*, IJ Editores, Argentina, n° 5.

(2) Frustagli, S. en N. L. Nicolau - C. Hernández, *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 456.

(3) Weingarten, C., *Derechos en expectativa del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 9.

(4) Weingarten, C., *Derechos en expectativa del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 9.

(5) Corte Suprema de Justicia de Tucumán, nro. sent. 77, fecha sentencia: 25/03/2013, registro: 00034031-01, Dres.: Estofan (con su voto) – Gandur – Posse.

(6) Martín Frúgoli menciona que "mediante el desarrollo de un software se experimentó que después de 4 meses y 3000 descargas en la web de un acuerdo contractual, solo 1 de cada 1000 personas leyeron una cláusula al final del 'Acuerdo términos y condiciones'. Llamativamente, esta cláusula final promecía u\$s 1000 al usuario que la respondía. Pero hay más, el estudio también reveló que este 1 de cada 1000 personas, estuvo 29 segundos en la página web. Desde que estas páginas de términos legales de más de 2000 palabras resultan de necesaria reflexión y dado que las personas en general pueden leer menos de 150 palabras en esos 29 segundos, el procesamiento de la información resulta claramente cuestionable (véase Ben-Shahar - Schneider, "The Failure of Mandated Disclosure", en "University of Pennsylvania Law Review", vol. 159, p. 671 y notas)" (2021, pág. 669).

(7) Cita a Ayres, Ian - Schwartz, Alan, "The No-reading problem in Consumer Contact Law", publicado en Yale Law School Legal Scholarship Repository, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers; Bakos, Yannis; Marotta-Wurgler, Florencia y Trossen, David; "Does anyone read the fine print? Consumer attention to standard form Contracts", publicada en *Journal of Legal Studies*, vol. 43, N° 1, 2014, ssrn.com/abstract=1443256, Shina, Fernando, *Los contratos de adhesión: conflictos derivados del contrato "no leído"*, Capítulo II "Las cuestiones más importantes de los contratos de adhesión", acápite 8 "Los contratos no leídos y la responsabilidad", Editorial Hammurabi, 2019, pág. 75 y ss.

(8) "Acuña, Nancy I. c/ Volkswagen SA de Ahorro para Fines Determinados s/ Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)" (Causa 2-65919-2020), sala II de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental (doctores Víctor Mario Peralta Reyes, Jorge Mario Galdós y María Inés Longobardi).

consumidor en todas las etapas contractuales, de modo de asegurar que se cumpla la causa fin del contrato⁽⁹⁾ y se protejan en todo momento sus intereses. El asesoramiento puede ayudar a los consumidores a tomar decisiones más fundadas, puede prevenir la ocurrencia de fraudes y estafas, facilitará la resolución de problemas con los productos o servicios, permitirá resolver mejor las vicisitudes contractuales.

c. Las decisiones y los sesgos que influyen en ellas

A los fines de ayudar a los consumidores a tomar una decisión más adecuada para sus intereses, puede resultar de interés una aproximación –bastante superficial– a las ideas sobre la teoría de las decisiones que provienen de las nuevas tendencias de la psicología. Una apropiada arquitectura de las decisiones ayuda a las personas a mejorar su capacidad para establecer una correcta correspondencia entre las opciones que les resulten más beneficiosas⁽¹⁰⁾.

Un contrato plagado de opciones abstractas, sin ejemplos ni referencias a modelos concretos, no será leído ni comprendido⁽¹¹⁾. Por el contrario, si ante cada opción el consumidor puede establecer sus consecuencias y puede estimar pros y contras, si se le expone un modelo de probabilidades concreto, si se brinda un ejemplo con costos aproximados o se suministra datos reales y precisos sobre la evolución de sus obligaciones en el tiempo, todo será más amistoso y comprensible. El consumidor tendrá un panorama más cercano de la conveniencia del contrato a partir del análisis de sus puntos principales (por ejemplo, sabiendo de un vistazo qué tendrá que pagar y cuándo y qué pasará si no lo hace). Sunstein y Thaler⁽¹²⁾ se preguntan: ¿merece la pena pagar cien dólares más para pasar de 4 a 5 megapíxeles en una cámara digital? La respuesta es imposible de responder para un consumidor medio. Pero si se le pregunta si conviene pagar la diferencia por una cámara que permita obtener fotos de 23 x 30 en lugar de fotos de 10 x 15, entonces la respuesta sería posible, razonada y satisfactoria. Muchas veces, lo que dicen los contratos equivale a no decir nada⁽¹³⁾.

Actualmente se sostiene que solemos tomar decisiones afectados por sesgos cognitivos⁽¹⁴⁾. Un sesgo o prejuicio cognitivo es una interpretación errónea e ilógica de la información disponible, al sobreestimar o subestimar algunos aspectos o datos. Estos errores no son consecuencia de que nuestro cerebro funcione mal. Al contrario: no podemos analizar todos los datos a nuestro alcance por lo que procesamos la información mediante intuición, prueba y error y otros métodos informales. El cerebro gasta aproximadamente un 20% de nuestra energía. Es precisamente por ello que Kahneman⁽¹⁵⁾ explica nuestra tendencia al menor esfuerzo al momento de tomar decisiones. Nuestro cerebro simplifica las probabilidades y cálculos para que sea más sencillo pensar en ellos. Sin embargo, somos muy malos en matemáticas y estadística intuitiva: cometemos terribles errores.

Entonces, recurrimos a atajos mentales, juicios intuitivos que se basan en un conocimiento parcial, en la experiencia o en suposiciones que nos permiten ser más ágiles y que, por tanto, pueden ser útiles a la hora de tomar una

decisión. Nadie quiere pasar horas leyendo un contrato que no entiende.

El problema es que estos atajos heurísticos pueden llevarnos a juicios incorrectos, sesgos cognitivos que nos pueden hacer actuar de una forma irracional. Sin ánimo de rigor científico, y al solo fin ilustrativo, mencionaremos algunos de ellos que luego el lector a su gusto podrá relacionar con muchos de los planteos que se desarrollan en este trabajo.

Por el “sesgo de confirmación” aceptamos sin más las pruebas que apoyan nuestras ideas mientras que nos mostramos escépticos con las que son contrarias, considerándolas parciales o interesadas. Reaccionamos de forma emocional a datos conflictivos y después racionalizamos por qué nos gustan o no. Por ejemplo, ante nuestro deseo de tener un bien, nos apoyaremos en las maravillosas promesas de pagar una cuota relativamente baja para cumplir nuestro sueño, sin prestar demasiada atención a la posibilidad de que algo salga mal (por ejemplo, que en poco tiempo no podamos pagar las cuotas).

La “heurística de disponibilidad” nos hace tomar decisiones rápidas sin considerar todos los datos, por ello necesitamos ser asesorados sobre los aspectos fundamentales del contrato.

La “ceguera por falta de atención” nos lleva a centrarnos en detalles específicos y perder de vista otros hechos, por obvios que sean. Nuestra atención se centrará en el valor de la cuota inicial y no dedicaremos tiempo a tratar de comprender las múltiples situaciones que se generarán cuando las cuotas aumenten a lo largo del contrato. El “efecto Dunning-Kruger” puede resumirse en una frase: cuanto menos sabemos, más creemos saber. Es un sesgo cognitivo según el cual las personas con menos habilidades, capacidades y conocimientos tienden a sobreestimar esas mismas habilidades, capacidades y conocimientos. A ello se suma que la “ilusión de control” nos convencerá de que cuando algo no salga como lo tenemos previsto, podremos solucionarlo fácilmente. Ello explica nuestra propensión a convencernos de que podremos pagar aunque ahora no podamos y aunque no tengamos ninguna perspectiva de mejorar nuestros ingresos.

El “sesgo optimista” nos lleva a restar importancia a las obligaciones futuras. Por eso algunas empresas publicitan sus contratos haciendo hincapié en que el primer pago se diferirá o el valor de las primeras cuotas son notablemente más bajas que las siguientes.

Influye también en estos casos el “efecto ancla”. El consumidor tomará su decisión “anclando” el precio de la cuota en el menor valor, cuando debería hacerlo en el mayor valor. Si se diera el “empujoncito”⁽¹⁶⁾ necesario para realizar el análisis considerando las cuotas más altas, se podría evitar muchas decisiones equivocadas⁽¹⁷⁾.

Probablemente, el lector considere que los sesgos no existen o no deberían influir en las decisiones de las personas. Shermer explica que el metasesgo conocido como “punto ciego” consiste en la tendencia a reconocer el poder de los sesgos cognitivos en los demás, pero creer que a nosotros no nos influyen tanto.

d. Asesoramiento y consejo

Los puntos anteriores desarrollan sintéticamente ideas para llegar al mismo resultado: se impone cada vez con más fuerza la necesidad de recibir consejo y su contracara: el deber de asesorar o, incluso, advertir sobre los riesgos.

Japaze explica que asesorar es ayudar a tomar una decisión a partir de la información existente, “de las opciones que se ofrecen, de las ventajas y desventajas que exhiben dichas alternativas y de las variables que inciden en la toma de decisión; implica una opinión encaminada a orientar la conducta de la otra parte. El consejo supone expresar un parecer, un juicio, un criterio, a fin de guiar la decisión del sujeto que lo recibe. Se ha dicho que importa un plus por sobre la información, en tanto conlleva una carga subjetiva. No se trata de una conducta neutra sino dotada de un sentido, encaminada a una finalidad particu-

(16) Siguiendo la terminología de Cass R. Sunstein y Richard H. Thaler.

(17) Los autores brindan otro buen ejemplo: el crédito máximo otorgado por la tarjeta de crédito actúa como efecto ancla. Su finalidad es limitar el gasto, pero muchas veces lo que ocurre es que genera más gasto del debido, llevando a usar todo el crédito como si fuera dinero propio.

(9) Según una encuesta de Statista, para el 94% de los clientes encuestados una experiencia positiva de servicio al cliente los haría más propensos a comprar nuevamente, mientras que el 82% de los clientes comprarían más si las empresas mejoraran su experiencia de servicio al cliente (<https://www.statista.com/statistics/1323488/consumer-behavior-customer-service-worldwide/>).

(10) Sunstein, C. R. - Thaler, R. H., *Un pequeño empujón*, Penguin Random House, 2017, pos. 2068.

(11) “El adherente, sepa más o menos derecho, seguramente ha firmado menos veces ese contrato y estará menos alerta (...) sobre las consecuencias que se desprenden de ese acto jurídico” (Irigoyen Testa, 2019, pág. 198).

(12) Sunstein, C. R. - Thaler, R. H., *Un pequeño empujón*, Penguin Random House, 2017, pos. 2074.

(13) “La gran mayoría de las pólizas de seguros (casi todas...), están plagadas de datos irrelevantes, que no solo no brindan información real, sino que –además– esconden en el farrago de decenas de hojas ininteligibles, ciertas cuestiones que son importantes” (Sobrino, W., “¿Qué se debe informar? ¿Cómo se debe informar? (para cumplir con el Deber de Información)”, *Ponencias del Congreso Nacional e Internacional de Derecho de Seguros de AIDA Edición XVIII – Paraná, Entre Ríos, Argentina – Comisión 1 – Contrato de Seguro*, Fecha: 27-06-2022, Cita: UMMMCCI-158).

(14) El tema será desarrollado sobre las ideas de Daniel Kahneman (*Pensar rápido, pensar despacio*, Ed. Debate), Dan Arieli (*Las trampas del deseo*, Ed. Ariel), entre otros.

(15) Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio* (*Thinking, Fast and Slow*), 2011. Farrar, Straus and Giroux, p. 40.

lar: orientar, guiar, determinar, etc., el comportamiento de otro”⁽¹⁸⁾.

Asesorar no es solo informar de un modo objetivo y abstracto sino sugerir lo más adecuado a los intereses del contratante en el caso concreto⁽¹⁹⁾. Y es necesario porque no basta con entender la estructura y el funcionamiento de un negocio para determinar si es o no conveniente. En esos casos, es deseable que el proveedor no solo informe sino que también sugiera y brinde herramientas que permitan al consumidor evaluar si el negocio ofrecido se adecua a sus expectativas, necesidades o requerimientos. En muchos casos será necesario todavía más: se deberá advertir sobre los riesgos específicos que la decisión pueda causar⁽²⁰⁾.

Un contratante de buena fe está obligado a comportarse lealmente para proteger también los intereses del otro. En particular, se exige del profesional experto que asesore al consumidor para que alcance un conocimiento vasto de la cuestión, para que tome decisiones que satisfagan sus necesidades: ese asesoramiento constituye la columna vertebral del contrato⁽²¹⁾. En negocios de naturaleza compleja la doctrina tiende a admitir un “deber general de consejo” en las relaciones de consumo, entendido éste como la información dirigida a orientar o guiar la conducta del consumidor⁽²²⁾. Así, el proveedor tiene la obligación de advertir al consumidor acerca de determinadas circunstancias que puedan traer consecuencias negativas a sus intereses⁽²³⁾. La mayor certeza en cuanto al resultado probable del negocio reduce los niveles de riesgo y facilita la planificación y la maximización de la tasa de beneficio⁽²⁴⁾. Por ello, el asesoramiento puede actuar también como instrumento de prevención de daños previsibles, concreta un “deber de advertencia” y su función se dirige a resguardar los derechos de los consumidores en todas las etapas del contrato⁽²⁵⁾.

Los contratos actuales implican “sistemas expertos”, que generan un mayor deber de diligencia y cuidado al profesional (art. 1725 CCyC). En el ámbito de los contratos de crédito para consumo, desde el prisma del préstamo responsable, se advierte hace tiempo la necesidad de imponer nuevos deberes, que incluyen asesorar y aconsejar adecuadamente sobre la toma del empréstito o la financiación, conforme las opciones disponibles y las necesidades y objetivos de los consumidores, advertir sobre los alcances del compromiso patrimonial derivado de la operatoria, en consideración de los recursos existentes para afrontarlos, etc.⁽²⁶⁾.

La obligación de seguridad, que tiene fuente constitucional (art. 42) y recepción legal expresa (art. 5 LDC)⁽²⁷⁾, también puede servir de argumento al deber de asesoramiento o advertencia.

Aunque en nuestro país no está regulada la cuestión de modo general, si hay normas que sirven de sustento a su aplicación, empezando por el art. 42 de la CN, los arts. 4, 5, 6 y 8 bis de la ley 24.240, 1100 y ss. del Código Civil y Comercial y continuando por la profusa normativa que protege la buena fe y castiga el abuso del derecho y la posición dominante. Un buen ejemplo del deber de asesoramiento en el Derecho Argentino lo proporciona el art.

10 de la ley 22.400, al imponer el deber legal de asesorar al asegurado en las diferentes etapas del contrato. También podría considerarse al art. 1387 CCyC que establece un deber de información agravado o específico: antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema. Y, claro, el deber de asesoramiento para la instalación, uso y mantenimiento de cosas riesgosas del art. 6 LDC. Pero, además, la necesidad de asesoramiento ha sido destacada en casi todos los rubros⁽²⁸⁾.

El art. 14 de uno de los proyectos de Código de Defensa del Consumidor⁽²⁹⁾, al mencionar la información mínima que debe transmitirse al consumidor, menciona expresamente a los “riesgos e incertidumbres que entraña su utilización, cumpliendo con la normativa específica para su comercialización...”. Literalmente, parece referirse solo a productos riesgosos, pero no vemos motivos para excluir a los peligros del contrato en sí mismos (como, por ejemplo, el riesgo de un brote inflacionario). A su vez, el art. 87 establece (para contratos de crédito para el consumo) el deber de asistencia y asesoramiento: “El proveedor debe brindar asistencia personalizada y suministrar explicaciones suficientes respecto de la información precontractual. Debe ofrecer un asesoramiento que le permita al consumidor evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus necesidades, a sus intereses y a su situación financiera”.

e. Enfrentar el desafío

Ya hay propuestas para enfrentar el desafío, pues no se trata de un problema novedoso. Se procura confeccionar protocolos que apliquen una arquitectura de decisiones que permitan aventar confusiones tanto como sea posible. Deberán ser equilibrados: ya nadie discute que el exceso de información satura al consumidor⁽³⁰⁾ y en nada contribuye a una decisión más libre y racional⁽³¹⁾. Una síntesis ajustada, que resalte todo lo importante para decidir, puede ser de indiscutible utilidad.

Un ejemplo de resumen puede encontrarse en el decreto 142.277/1943, que exige que los contratos, en su primera plana, consignen en forma destacada los datos de la sociedad, las condiciones básicas del contrato, en forma sintética y clara, y el monto de las cuotas y las fechas y período de pago. Se trata de una especie de resumen tendiente a proveer al consumidor la información más importante “de un vistazo”.

Otro caso es el que brinda la ley 27.642 de etiquetado frontal de alimentos, que busca un efecto similar: dar información nutricional comprensible y a simple vista, para advertir a las y los consumidores sobre los excesos de: azúcares, sodio, grasas saturadas, grasas totales y ca-

(18) Japaze, M. B., “El deber de información”, en D. Rusconi, *Manual de derecho del consumidor*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 234.

(19) Arias, María Paula, “El contrato de turismo como relación de consumo”, Rubinzal Culzoni online, RC D 1049/2014.

(20) A los fines de esta reflexión, consideraremos que la diferencia entre asesorar y advertir es solo de grado, por lo que no nos detendremos en sus diferencias.

(21) Arias, M. - Trivisonno, J. en M. Ciuro Caldani - N. L. Nicolau - S. Frustagli, *Derecho privado del siglo XXI, 3. Contratos. Empresa*, Astrea, Buenos Aires, 2021, p. 172.

(22) Frustagli, S. en N. L. Nicolau - C. Hernández, *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 460.

(23) Santarelli, F., *Contrato y mercado*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 38.

(24) Weingarten, C., *Derechos en expectativa del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 7.

(25) Frustagli, S. en N. L. Nicolau - C. Hernández, *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 456.

(26) Barocelli, S., “La protección de los consumidores en la agenda del Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor del MERCOSUR: ¿Una nueva era?”, en *Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor*, Parte VII Nuevos desafíos y retos del derecho del consumidor, Fecha: 22-10-2021, Cita: UJMMVIII-309.

(27) Chamatropulos, D. A., *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 372.

(28) Por ejemplo, para el turismo (Cerdeira, J., “La protección al consumidor como turista o visitante extranjero en el MERCOSUR: Iniciativas, desafíos, buenas prácticas y nuevas tecnologías”, en *Los 30 años del MERCOSUR: avances, retrocesos y desafíos en materia de protección al consumidor*, Parte VIII Derecho Internacional Privado del Consumidor del MERCOSUR, Fecha: 22-10-2021), la alimentación (Schlotthauer, P., “Personas con necesidades alimentarias especiales como consumidores hipervulnerables”, *Revista de Derecho del Consumidor - Número 5 - agosto 2018*, Fecha: 09-08-2018), endeudamiento (Barocelli, S. - Japaze, M. B. - Stiglitz, G. A., “Sobreendeudamiento de los consumidores. Visibilización de la problemática para su prevención, saneamiento y rehabilitación”, *Revista de Derecho del Consumidor - Número 1 - noviembre 2016*, Fecha: 30-11-2016), operaciones inmobiliarias (Saade, G., “Las herramientas para la prevención del daño a los consumidores inmobiliarios adherentes de fideicomisos ‘al costo’ o ‘desde el pozo’”, *Revista de Derecho del Consumidor - Número 14 - junio 2023*, Fecha: 23-06-2023), etc.

(29) Identificado como 3143-D-2020 puede consultarse en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf>

(30) El ALDC se ha ocupado, en el art. 15, del problema de la “sobreinformación”, equiparando el exceso de información o su complejidad al incumplimiento mismo de la obligación de informar. En la norma se establece: “La sobreinformación al consumidor tiene los mismos efectos que el incumplimiento de la obligación de informar. Se considera tal el suministro de información en exceso, o de suma complejidad, sin las aclaraciones necesarias para que sea asequible por su destinatario, o que de cualquier manera, por tales razones, impida la adecuada comprensión del mensaje, y sea relevante en función del bien o servicio de que se trate” (Bianchi, L., *La obligación general de informar en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz*, compilado por Fulvio G. Santarelli - Demetrio A. Chamatropulos; 1° ed. facsímil, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 248).

(31) Weingarten, C., *Derechos en expectativa del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 9.

lorías⁽³²⁾. Esa misma información incluida en cuadros nutricionales no surtirá el mismo efecto que sea expuesta llamativamente en un lugar destacado y que es necesario contextualizarla: no alcanza con decir la cantidad si no sabemos que es una sustancia nociva y que esa cantidad es excesiva. El modo en que se presenta la información también es importante.

El art. 46. del proyecto de Código de Defensa del Consumidor incorpora una solución que también avanza en ese sentido: los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas deberán contener al comienzo, en una sola página, un resumen de su contenido y las disposiciones más relevantes.

El art. 88 del proyecto, por su parte, exige la entrega de una carátula o resumen anexa al modelo representativo y al contrato, lo que Chamatropulos llama “el contrato puesto en números concretos”⁽³³⁾. Se trata de una carátula en la que, a modo de advertencia, se indique los aspectos esenciales, como el precio total y el precio total financiado; el costo financiero total; el valor de la cuota periódica; la tasa de interés anual efectiva, y si es fija o variable; el porcentual del salario afectado al pago de la financiación o del crédito para el consumo.

Creemos que, según las particularidades de cada contrato, debería también alertarse sobre otros aspectos, por ejemplo:

1. El modo en que se calcula el valor de la cuota y qué incluye, con ejemplos basados en el precio actual.

2. Una indicación especial si el precio no es fijo y, en su caso, cómo y por qué se modifica.

3. Una prospectiva de precios⁽³⁴⁾. La variación de precios de los últimos meses o años pueden alertar sobre los aumentos que probablemente ocurrirá.

4. Si el bien puede cambiar, una mención especial, indicando cada cuánto tiempo se produjeron los cambios anteriores y cuándo fue el último.

5. Si el bien no será recibido en un momento predeterminado, cuándo o cómo lo sería.

6. A cuánto ascienden los gastos, cómo se calculan, cuándo debe pagarse.

7. Información sobre otras opciones de financiación que ofrece el mercado.

En pocas palabras, pensamos que es urgente replantearnos el modo en que la información es puesta a disposición de las personas consumidoras y reformularla de modo que deje de ser un enorme cúmulo de palabras para dotarlas de un sentido fácilmente comprensible, que nos permita tomar verdaderas decisiones.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONTRATOS - RELACIÓN DE CONSUMO - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DEBER DE INFORMACIÓN

(32) <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/salud/ley-de-etiquetado-frontal#titulo-1>, consultada el 6 de agosto de 2023.

(33) Chamatropulos, D. A., *Estatuto del consumidor comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 353.

(34) Uno de los elementos esenciales sobre los que debe recaer la información a la que alude la ley 24.240 es el precio, aspecto fundamental de cualquier transacción mercantil y que goza de una tutela específica relativa al modo en que debe ser publicitado (SCBA, C. 102.100, sent. del 17-IX-2008, causa “Lucero, Osvaldo Walter s/ Amparo”, del voto del juez Hitters).

El beneficio de justicia gratuita en procesos judiciales individuales de consumo. Una herramienta para la eficacia en la protección a los consumidores y usuarios

por FRANCO RASCHETTI^(*)

Sumario: I) PROEMIO. EL TEMA ELEGIDO. – II) LA PERTINENCIA DE LO TRATADO EN LA PROVINCIA DE SANTA FE. – III) BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA Y BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. – IV) CARACTERÍSTICAS DEL BENEFICIO. – V) LO FALLADO POR LA CORTE NACIONAL: ¿DIFERENCIAS ENTRE PROCESOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS? – VI) LAS ASIMETRÍAS EN EL PROCESO. – VII) CONCLUSIONES PROPUESTAS.

I) Proemio. El tema elegido

Mal puede dudarse que, en los tiempos que corren, la disciplina de defensa del consumidor –como la ciencia jurídica toda–, se enfrenta a múltiples desafíos. Sin perjuicio de la relevancia que este estado de situación reconoce para sí, nos permitimos destacar dos aspectos que, a nuestro criterio, descuellan especialmente: por un lado, la “eficacia” de los mecanismos de tutela y, por el otro, el reconocimiento de los propios límites de la disciplina de marras.

Tanto uno como otro ponen en jaque a los objetivos y fines propios del régimen consumeril ora por la falta de efectividad en los hechos de las soluciones consagradas en la regulación de fondo, ora por la aparente vocación totalizante, de proceloso contenido y límites confusos que, erróneamente, le endilgan un ámbito de aplicación vasto e ilimitado que inunda parcelas del saber jurídico que le son ajenas.

Frente a ello, tenemos para nosotros que un modo quizá adecuado de intentar contribuir a superar el primero de los desafíos apuntados –y matriz de este foro– radica en la cabal comprensión del controvertido “beneficio de justicia gratuita” consagrado en los arts. 53 y 55 de la LDC. Desde tales coordenadas, nos proponemos en esta ponencia propender a que, desde el estudio de la dimensión procesal de la protección de los consumidores se permita, por intermedio de la amplitud que cabe asignarse al beneficio de justicia gratuita, mejorar la faz dinámica de las instituciones jurídicas fundales cuando estas son motorizadas en un proceso judicial individual de consumo.

II) La pertinencia de lo tratado en la Provincia de Santa Fe

Nos parece que, tomando en consideración que el prestigioso evento que nos convoca tiene lugar en la Provincia

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VÍTOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARZINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2017-949; *Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos*, por MACARENA BARICCO PRATS, ED, 278-833; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *Daños punitivos: la petición de parte y el estadio procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 287-753; *El daño punitivo y la “tolerancia cero”*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290-393; *Vulnerabilidad, ahorro y consumo: Hacia la acentuación de la cuantificación de los daños punitivos a través de la aplicación de la fórmula de Irigoyen Testa*, por MARTÍN TESTA, ED, 291-219; *Un acertado fallo que resguarda la libertad contractual del consumidor y limita las prácticas abusivas de las administradoras de planes de ahorro*, por DIEGO S. GONZÁLEZ VILA y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 295-973; *Críticas y propuestas para el sistema de planes de ahorro para la adquisición de automóviles en nuestro país*, por ADRIÁN BENGOLEA, ED, 295-1125. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado graduado con Diploma de Honor (UCA–Rosario); Doctor en Derecho (tesis sobresaliente, UCA–Rosario); Especialista en Derecho de Daños (UCA–Rosario); Especialista en Magistratura (UCA–Rosario); Miembro del Instituto Región Centro – Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; Docente de las asignaturas “Contratos Parte General”, “Contratos Parte Especial”, “Defensa del consumidor y del usuario” (UCA–Rosario); Profesor invitado de posgrado (UCA, UNR, UNL).

de Santa Fe, la pertinencia del tema elegido se robustece ante el “estado de situación” que en ella reconoce el instituto del beneficio de justicia gratuita.

Luego de muchos años de incertidumbre, nuestro Máximo Tribunal provincial se pronunció en año 2017 en el precedente “*Salvato*”⁽¹⁾ aclarando algunas cuestiones de fuste sobre el tópico, pero sin agotarlo. En resumen: aceptó la constitucionalidad del beneficio de justicia gratuita, lo disoció del requerimiento de la “declaratoria de pobreza”, definió que era de concesión automática (vía legal) y asumió que eximía al actor–consumidor de arraigar.

Los tribunales santafesinos lo han utilizado en lo sucesivo para eximir el pago de sellados –aunque de modo rotundo e indubitado la Corte no lo haya aclarado–, pero persisten divergencias y pronunciamientos contradictorios sobre el alcance de aquel a las costas y otros gastos que irrogue el proceso. Si bien, antes o después, el Máximo Tribunal santafesino deberá ocuparse de ello, se nos ocurre que las recomendaciones y conclusiones de este Congreso podrán ser de utilidad a tales efectos.

Lo significativo, también, del ordenamiento santafesino reposa en dos ingredientes que complejizan el debate: por un lado, la declaratoria de pobreza no alcanza a las costas sino a las erogaciones iniciales según los arts. 335 y 336 del CPCCSF y, por el otro, cuando el legislador local se ocupó de prefijar en otro orden tuitivo como es laboral el alcance de la justicia gratuita, no incluyó las costas (art. 19, CPL). Santa Fe tampoco cuenta con el criterio de la “razón suficiente para litigar”⁽²⁾ como recaudo de distribución o eximición de costas.

Desde ya creemos que ninguno de los dos elementos obsta a la adopción de un criterio amplio en torno al beneficio de justicia gratuita.

III) Beneficio de justicia gratuita y beneficio de litigar sin gastos

Trascendiendo lo “meramente terminológico”⁽³⁾, notables diferencias surgen entre ambos institutos⁽⁴⁾:

a) el “beneficio de justicia gratuita” opera de modo automático, sin necesidad de instancia o prueba de la parte interesada mientras que el “beneficio de litigar sin gastos” requiere su pedimento con la consecuente necesidad de probar la situación patrimonial del peticionante; b) el primero de ellos es definitivo mientras que el segundo tiene un carácter provisional; c) el beneficio de justicia gratuita no presenta modulaciones de efecto según el resultado del pleito –si venciere o no venciere quien obtuvo el beneficio– a diferencia del beneficio de litigar sin gastos; d) el beneficio de justicia gratuita no está sujeto a la condición resolutoria de que el beneficiario mejore de fortuna, a diferencia de lo que en tal sentido se establece para el beneficio de litigar sin gastos; e) los sujetos legitimados para oponerse o manifestarse al beneficio son disímiles: mientras que en el beneficio de justicia gratuita sólo lo puede impetrar la parte demandada, en el beneficio de litigar sin gastos se presenta tanto el demandado como el organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia; f) la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos puede ser dejada sin efecto a requerimiento de parte interesada, cuando se demostrase que la persona a cuyo favor se dictó no tiene ya derecho al beneficio, sin interesar quién es esa persona; empero, el incidente de prueba de solvencia para dejar de lado el

(1) CSJSF, 15/08/2017, “*Salvato, Flavia V. c/ BGH S.A.*”, A. y S. t. 276 p. 392–398.

(2) Sólo lo ha receptado de modo aislado para la acción de amparo (art. 17 ley 10.456) y para el recurso contencioso administrativo (art. 24 ley 11.330).

(3) “La diferencia terminológica (...) no puede traer la consecuencia de recortar el alcance del segundo por la mera disimilitud de términos” (CNCom., sala C, 19/08/2015, “*Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su Defensa c. Berkley International Seguros S.A.*”, La Ley Cita Online: AR/JUR/33655/2015).

(4) KIELMANOVICH, Jorge L., “Beneficio de litigar sin gastos” y “beneficio de justicia gratuita”, La Ley 2019–D, 1063, Cita Online: AR/DOC/2535/2019.

beneficio de justicia gratuita solamente está habilitado para el caso del consumidor que ejerce individualmente una acción, no respecto de las asociaciones de defensa de consumidores.

Tampoco podemos dejar de reseñar como diferencia el ámbito de aplicación específico que reconoce el beneficio de justicia gratuita, para el cual se impone al judicante que sopesa adecuada y concienzudamente sobre la presencia de materia consumeril debatida, dado que el beneficio se enmarca, necesariamente, en dicho régimen jurídico tanto sea en oportunidad de un proceso individual o colectivo⁽⁵⁾. Por el contrario, el beneficio de litigar sin gastos –o su similar provincial– son viables en el proceso civil y comercial en general sin distinciones en materias especiales de éste.

IV) Características del beneficio

Nos parece que el “beneficio de justicia gratuita” es una figura autónoma⁽⁶⁾, conferida legal y automáticamente, sin necesidad de petición especial ni prueba del interesado, para los procesos individuales y colectivos de consumo que podrá o no coincidir con la franquicia procesal disciplinada en los ordenamientos procesales (nacional o provinciales) para el proceso civil y comercial.

En este tren, la LDC no remite al ordenamiento procesal que rija en el lugar de tramitación del proceso, sino que se ciñe a conferir la gratuidad sin otro aditamento o exigencia⁽⁷⁾ de modo que deviene innecesaria la promoción del incidente o trámite especial o abstracto el ya iniciado⁽⁸⁾. Consecuencia de ello, la asignación del beneficio es automática y operativa sin necesidad de recurrir al trámite procesal específico que el ordenamiento procesal aplicable establezca, criterio recientemente consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽⁹⁾.

En palabras de la Corte santafesina: la defensa por el consumidor de cualquiera de sus derechos subjetivos o intereses legítimos que constituyen una manifestación de la relación de consumo goza del beneficio de gratuidad, sin necesidad de recurrir al trámite de declaratoria de pobreza, ya que se trata de un mínimo necesario para garantizar la efectiva tutela de derechos de raigambre constitucional⁽¹⁰⁾.

En este tren, colegimos su vigencia automática sin depender de instancia del interesado y su independencia de las herramientas generales de los ordenamientos procesales (v. gr., declaratoria de pobreza, beneficio de litigar sin gastos o similar) y su formulación amplia, comprensiva de no sólo de los gastos de promoción de demanda sino también de los gastos causídicos que se deriven del pleito.

Aclaremos esto porque la lógica que ha guiado el estudio de este tema ha sido constantemente la duda entre colegir o no la asimilación del “beneficio de justicia gratuita” con las franquicias procesales generales y, si bien eso puede ser inocuo en el caso del proceso nacional –pues el beneficio de litigar sin gastos comprende las costas–, puede no serlo en aquellas provincias en las que no suceda lo propio.

Finalmente, la duda interpretativa se profundiza, especialmente, en aquellas jurisdicciones en las cuales no se haya regulado especialmente el régimen procesal de consumo. En el marco de jurisdicciones que hubieren dictado dicha normativa, el camino se encontrará en parte allanado⁽¹¹⁾, pero, en los restantes, reiteramos que nos encontramos frente a una franquicia especial, diseñada para un proceso particular en virtud de lo cual debe ser dotado de un contenido específico que responda a la orientación axiológica del plexo consumeril.

(5) CSJN, 28/10/2021, “A.C.U.D.E.N. c. Banco Provincia del Neuquén”, La Ley Cita Online: AR/JUR/170251/2021 y STJ, Corrientes, 16/03/2012, “Veas Oyarzo, Nelson F. c. Municipalidad de la Ciudad de Corrientes”, La Ley Cita Online: AR/JUR/72597/2012.

(6) KIELMANOVICH, Jorge L., “Beneficio de litigar sin gastos” y “beneficio de justicia gratuita”, cit.

(7) CNCom., sala F, 06/05/2014, “Z., A. D. c. Clama S.A. y otro”, La Ley Cita Online: AR/JUR/38540/2014.

(8) Tanto para procesos individuales –v. gr., CNCom., sala C, 09/04/2019, “Aranda, Esteban A. c. Plan Rombo SA de Ahorro p/f determinados y otros”, La Ley Cita Online: AR/JUR/7574/2019–, como para procesos colectivos –v. gr., CNCom., sala F, 19/06/2014, “Consumidores Financieros Asoc. Civil p/su defensa c. Banco Superielle S.A.”, La Ley Cita Online: AR/JUR/38576/2014–.

(9) CSJN, 14/10/2021, “ADDUC y otros c. AySA SA y otro”, La Ley Cita Online: AR/JUR/159295/2021, consid. 8°.

(10) CSJSF, 15/08/2017, “Salvato, Flavia V. c/ BGH S.A.”, cit., del voto de Dr. Falistocco.

(11) Pues las mismas han concebido ampliamente al beneficio.

V) Lo fallado por la Corte Nacional: ¿diferencias entre procesos individuales y colectivos?

La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal sirve de sustento para el sostenimiento de la interpretación amplia tanto del art. 53 como del art. 55, LDC. Sin pretender agotar todo el devenir jurisprudencial, ha sido de alto impacto el precedente “ADDUC”⁽¹²⁾.

En este caso, colige con contundencia que una razonable interpretación armónica de los arts. 53 y 55, LDC, permite sostener que, al sancionar la ley 26.361, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la LDC del pago de las costas del proceso. Arguye que la norma no requiere a quien demanda la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente y solo en determinados supuestos (acciones iniciadas en defensa de intereses individuales), se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada –en ciertos casos– la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte (considerando 8°).

Con cita de otro precedente suyo⁽¹³⁾, asume que una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue, sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores –y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses– a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos.

Sumamos que tanto el art. 53 como el art. 55, LDC, refieren idénticamente a “beneficio de gratuidad” y, siendo ello así, debe entenderse que el legislador determinó que el beneficio debería ser similar en las acciones individuales que en las colectivas, por cuanto, de tratarse de beneficios con alcances distintos, hubiera empleado también vocablos diferentes⁽¹⁴⁾ debiéndose respetar, en consecuencia, la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue⁽¹⁵⁾.

La única diferencia existente entre ambas disposiciones radica en la posibilidad de que, en los procesos individuales, el demandado acredite la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio (art. 53, LDC, *in fine*), alternativa que no se replica en el art. 55, LDC. Diferencia que se ha considerado razonable jurisprudencialmente por cuanto por la magnitud de los reclamos a ser recompuestos, impediría que las asociaciones de defensa del consumidor cumplan con su función al tener que hacer frente a los costos de inicio y a las eventuales costas que pudieren imponérseles⁽¹⁶⁾ en línea con la intención de motorizar los procesos colectivos en defensa de los consumidores y usuarios como sujetos con tutela constitucional preferente.

De consuno con ello, y por fuera del extremo previamente aludido que encuentra su justificación no en el instituto individualmente considerado sino como incentivo a la actuación de las asociaciones de consumidores, la naturaleza, contenido y extensión del beneficio es idéntica en las situaciones aprehendidas por los arts. 53 y 55, LDC.

Así, las conclusiones a las cuales se arribe en el estudio de una de las hipótesis será predicable para la restante y así expresamente lo asentó la Corte Suprema en el considerando 8° de “ADDUC” –se recuerda: “Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcritos...”–, haciendo extensiva a ambos artículos (53 y 55, LDC) la conclusión vertida en dicho considerando y que

(12) CSJN, 14/10/2021, “ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento”, cit.

(13) CSJN, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A.”, Fallos: 338:1344 (2015).

(14) KRIEGER, Walter F., *El beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor y el proceso eficaz*, La Ley 2014-D, 407, Cita Online: AR/DOC/1705/2014.

(15) CSJN, “Dorre”, Fallos: 294:74 (1976); “SADOP”, Fallos: 333:735 (2010); “Wintershall”, Fallos: 331:2453 (2008); 10/12/2013, “Andreuchi”, La Ley 2014-B, 465; 15/07/2021, “INC SA”, La Ley Cita Online: AR/JUR/110009/2021.

(16) CNCom., sala B, 15/06/2018, “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Comafi S.A.”, La Ley Cita Online: AR/JUR/29594/2018.

ya fuera explicitada *ut supra* utilizando el giro reiteramos “...los artículos transcritos”.

Entonces, interpretando el alcance del beneficio para un ámbito, al unísono se lo está dotando de contenido en el restante, pues se ha sentenciado que no parece lógico ni razonable pretender diversos significados para cada uno de los supuestos mencionados⁽¹⁷⁾ como así también se ha negado que exista fundamento suficiente, salvo evidente discriminación, sobre una extensión diversa del beneficio para las acciones de consumidores y usuarios en defensa de intereses de incidencia colectiva del reclamo de un particular que denuncie la afectación de un derecho fundamental en una relación de consumo⁽¹⁸⁾.

VI) Las asimetrías en el proceso

En cumplimiento de la manda constitucional del art. 42 de la CN –que actúa como pauta armonizadora de un sistema signado por la pluralidad de fuentes⁽¹⁹⁾– y su manda operativa dirigida a las autoridades competentes a proveer a la protección de los derechos allí consagrados –de goce directo y efectivo por parte de sus titulares⁽²⁰⁾– y establecer “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”, es que se redimensiona el principio de igualdad de partes, trascendiendo su formulación tradicional de corte formal para propender, mejor, a una paridad real. Memórese que, cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación concreta perturba al ciudadano⁽²¹⁾.

En este sentido, en el caso de las relaciones de consumo, el desequilibrio en el vínculo entre consumidores y proveedores es “estructural”⁽²²⁾, en tanto obedece a circunstancias sociológicas, de mercado y no individuales, en mérito de la cual se busca traspasar de la idea “igualdad formal” a una de “igualdad de trato en igualdad de circunstancias”⁽²³⁾ o a una “igualdad real” o “concreta”. Dice ALFERILLO que la exigencia procesal de la igualdad formal se torna relativa dado que, por imperio de su naturaleza de orden público, debe aplicar los principios protectorios propios del derecho del consumidor⁽²⁴⁾.

(17) STJ, sala Civ. Com. y Min., Río Negro, 07/11/2017, “López, Patricia L. c. Francisco O. Díaz S.A. y otros”, La Ley Cita Online: AR/JUR/94100/2017.

(18) Cfr. Cám. 3º Civ., Com, Min. Paz y Trib., Mendoza, 04/02/2014, “Segovia, Carmen c. Jumbo Retail Argentina S.A.”, La Ley Cita Online: AR/JUR/210/2014.

(19) Cfr., SAHÍAN, José H., *Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores*, La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 199–207; WAJNTRAUB, Javier H., *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Rubinzal–Culzoni editores, Santa Fe, 2017, p. 12.

(20) CSJN, “Zubeldía, Luis y otros c. Municipalidad de La Plata y otro”, Fallos: 329:28 (2006), consid. 2º del voto de Lorenzetti y Zaffaroni.

(21) CSJN, “Di Nunzio Daniel F. c/ The First National Bank of Boston y otros”, Fallos: 329: 5239 (2006), consid. 5º del voto de Lorenzetti.

(22) CSJN, “Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios”, Fallos: 324:677 (2001).

(23) WAJNTRAUB, Javier H., *Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa*, Diario La Ley 16/06/2020, 2. Cita Online: AR/DOC/1929/2020.

(24) ALFERILLO, Pascual E., *El modelo de juez para la resolución de los conflictos de consumo*, RDCO 308, 87, Cita Online: AR/DOC/955/2021.

Recordemos que el proceso del consumo se aparta, en varios aspectos, de las matrices clásicas y la verificación de sus principios –tanto en acciones individuales como colectivas– bajo el rótulo de “tutela procesal diferenciada”⁽²⁵⁾ enfatizan, en este sector, la accesibilidad al sistema judicial, la simplificación de los trámites, la trascendencia del principio de duración razonable, la búsqueda y primacía de la verdad objetiva, la consagración del derecho material, la condena del excesivo rigor formal y la nivelación de los desequilibrios procesales⁽²⁶⁾. HERNÁNDEZ apunta que la doctrina consumerista ha sumado recaudos especiales para la satisfacción de la tutela judicial efectiva, como el “beneficio de justicia gratuita”; la “colectivización procesal”, y la “defensa excepcional en procesos de ejecución”⁽²⁷⁾.

Por ello, primero hay que sujetarse a las disposiciones del propio sistema, y ello por cuanto si dicho derecho tiene como fuente el art. 42 de la CN, la interpretación judicial que se haga de una norma de tal trascendencia no puede ser otra que darle prelación al derecho constitucionalmente protegido de modo expreso y a sus propios principios, por encima de los que surgen extrasistema⁽²⁸⁾ aun cuando éstos también gocen de raigambre constitucional.

VII) Conclusiones propuestas

a) Es constitucional el diseño de instituciones procesales en la normativa de fondo en tanto sean razonables y estén enderezadas a garantizar la efectividad de los derechos consagrados en dicha normativa.

b) El “beneficio de justicia gratuita” (arts. 53 y 55, LDC) es una figura autónoma, conferida legal y automáticamente, sin necesidad de petición especial ni prueba del interesado, para los procesos individuales y colectivos de consumo que podrá o no coincidir con la franquicia procesal disciplinada en los ordenamientos procesales (nacional o provinciales).

c) La interpretación amplia que ha hecho la Corte Nacional en el precedente “ADDUC” resulta replicable en los procesos individuales de consumo.

d) El beneficio de justicia gratuita, tanto para los procesos judiciales individuales como colectivo de consumo, alcanza a los gastos iniciales o de postulación y también a las costas de éste.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONTRATOS - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA

(25) La cual es establecida tanto por la normativa de fondo como por normas de tono procesal que tienen a su protección y amparo (GOZÁINI, Osvaldo A., *Protección procesal del usuario y consumidor*, Rubinzal–Culzoni editores, Santa Fe, 2005, p. 12).

(26) BELLUSCI DE GONZÁLEZ ZAVALA, Florencia – SOLÁ, Victorino, *Los principios en el proceso de consumo*, DCCyE 2011 (octubre), 85, Cita Online: AR/DOC/3380/2011, con cita de Peyrano y Berzozze.

(27) HERNÁNDEZ, Carlos A., *Anotaciones sobre un valioso precedente de la CSJN que refuerza la tutela judicial efectiva de los consumidores. A propósito de las ejecuciones prendarias*, JA 18/09/2019, 79, Cita Online: AR/DOC/2634/2019.

(28) STJ, sala Civ. Com. y Min., Río Negro, 07/11/2017, “López, Patricia L. c. Francisco O. Díaz S.A. y otros”, cit.