



PODER JUDICIAL
PROVINCIA del CHUBUT

Número 8
Junio 2021

Dossier doctrinario



Autores de Chubut

Dr. Günther Enrique Flass

Compilado por TSB Natalia Rodríguez y Bib. Ma del Carmen Roldán
Una producción de la **Biblioteca de Tribunales Esquel**
Editado por la Dirección de Bibliotecas - Superior Tribunal de Justicia
Provincia del CHUBUT

Dossier doctrinario. Autores de Chubut

Este nuevo servicio de la Red de Bibliotecas del Poder Judicial del Chubut, busca recopilar, en un solo sitio, toda la doctrina publicada por autores locales con trayectoria en el derecho y la función jurídica.

El presente dossier reúne todos los trabajos doctrinarios realizados a la fecha por el Dr. Günther Enrique Flass.

Dirección de Bibliotecas
Superior Tribunal de Justicia del Chubut

© **Dirección de Bibliotecas** – Superior Tribunal de Justicia
Roberto Jones y Rivadavia – Rawson – Chubut

bibliotw@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (0280) 4482331 - 4482332

Horario de atención: de Lunes a Viernes de 7.00 a 13.00 hs.

Biblioteca Tribunales de Esquel

Av. Alvear 509- Esquel- Chubut

biblioeq@juschubut.gov.ar

Teléfonos: (02945) 450022 - 451417

Horario de atención: de lunes a viernes de 7.00 a 13.00 hs.

Contenido

Sobre el autor.....	7
Las costas en el amparo. Un caso de derogación judicial.....	13
Abusos negociales en el derecho comparado con especial referencia al derecho argentino, español y comunitario europeo.....	30
Los daños punitivos: una solución frente al ilícito de consumo frecuente.....	62
Aplicación de la normativa del consumidor en el ámbito de la aeronavegación comercial.....	99
Protección al consumidor.....	118
La industria del juicio.....	129
La prescripción de la acción de consumo en el contrato de seguro.....	132
Discriminación y responsabilidad civil.....	143
Los procesos colectivos en la jurisprudencia local y la mal llamada democratización de la justicia.....	181
El concepto de consumidor.....	188
La prescripción de las acciones de consumo.....	270

Sobre el autor



GÜNTHER ENRIQUE FLASS

Abogado. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán. (Fecha de expedición del título: 10 de junio de 1992)

II° Premio Categoría Seniors Concurso de Monografías Colegio de Abogados de Tucumán. Tema “El Habeas Data en Tucumán”. (2000)

Ha realizado numerosos cursos de Posgrado, destacándose “DIPLOMADO EN ESTUDIOS AVANZADOS”, tesis sobre “El

Arbitraje de Consumo”, expedido por la Universidad Complutense de Madrid (España). Fecha: 05/05/2004.

Capacitado en idiomas extranjeros: Francés: Oral y escrito. Inglés: Lecto-comprensión de textos jurídicos. Portugués: Lecto-comprensión de textos jurídicos

Desempeño laboral y profesional

Ejercicio libre de la profesión (1993 – 2005)

Asesor Jurídico Municipalidad de Monteros. Tucumán. (Desde 17/05/94 hasta 18/10/94)

Asesor Concejo Deliberante Municipalidad San Miguel de Tucumán. (Desde 23/10/1995 hasta 30/10/1999)

Miembro del Consultorio Gratuito del Colegio de Abogados de Tucumán. Ad-Honorem. (Desde Septiembre de 1996 hasta Abril de 1997)

Asesor Jurídico: ADELCO (Acción del Consumidor) Filial Tucumán. Ad-Honorem. (Desde 27/05/1996 hasta 12/11/2004)

Miembro de la Comisión de Derecho de Consumo de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. (1997)

Miembro de la Comisión de Derecho del Consumo del Honorable Colegio de Abogados de Tucumán. (1997)

Asesor Jurídico y Apoderado de Coop. Progreso de Tranp. Ltda. (Desde 24/06/1998 hasta 01/06/2000)

Asesor Jurídico INADI (Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo) Filial Tucumán. Ad-honorem. (Desde 30/11/99 a la fecha)

Adscripto al Programa Doctoral en Sistemas Jurídicos Comparados de la Universidad Complutense de Madrid. España. (2002)

Secretario de la Comisión de Derecho de Consumo de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. (2003)

Coordinador de la Comisión de Derecho del Consumo del Instituto de Derecho Civil de Universidad Nacional de Tucumán. (2004)

Asesor Jurídico ACEPH (Asociación Consorcistas Propiedad Horizontal). Ad-Honorem. (Desde 27/08/2005 a la fecha)

Asesor Jurídico Musso Barrera Producciones. (Desde 05/05/2005 a la fecha)

Asesor Jurídico y Apoderado de Consorcio Edificio Diza (Desde 09/05/2005 a la fecha)

Juez de la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, Provincia del Chubut (2006 a la fecha)

Ejercicio de la docencia universitaria

Profesor de Derecho Civil II: Obligaciones en la Universidad Nacional de Tucumán. (2002-2006)

Profesor del Curso de Posgrado en Derecho Médico en la Universidad Nacional de Tucumán. (2002)

Profesor de Derecho Civil II: Obligaciones en la Universidad Nacional de la Patagonia. (2007 a la fecha)

Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad Nacional de la Patagonia. (2008 -2012)

Extensión

- Columnista sobre Derecho del Consumo en “El Periódico”.
- Columnista sobre Derecho del Consumo en “Radio Nacional”
- Columnista sobre Derecho del Consumo en “Radio Antena Ocho”.
- Columnista sobre Derecho del Consumo en Radio L.V. 7
- Columnista sobre Derecho del Consumo en Canal 5
- Columnista sobre Derecho del Consumo en “Radio F.M. del Jardín”
- Columnista sobre Derecho del Consumo en “Periódico El Ciudadano”.
- Columnista sobre Derecho del Consumo en “Programa El Talismán”.
- Columnista sobre Derecho de Consumo en Informativo CCC Canal 5
- Columnista sobre Derecho de Consumo “Política y Economía” A.T.S.
- Presidente de D.U.C. Defensa de Usuarios y Consumidores. Delegación Tucumán

Obras publicadas

Flass, Günther Enrique (2007). *Los daños punitivos*. Ponencia presentada en XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Lomas de Zamora.

En co-autoría, colaboración y/o en obras colectivas.

Wayar, Ernesto Clemente. *Tarjetas de crédito y defensa del usuario*. 2a. ed. Buenos Aires: Astrea, 2004.

- **Disponible en Biblioteca Comodoro Rivadavia**

Flass, Günther Enrique. Wayar, Ernesto Clemente (2005). “*El alea en los contratos*”. Ponencia presentada en XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires.

Flass, G.E. (2007). “La prescripción de las acciones de consumo”. En E. López Herrera. (Dir.), “*Tratado de la prescripción liberatoria*” (I. II Cap.XX pp. 931/981). Buenos Aires : Lexis Nexis.

- **Disponibles en Bibliotecas Rawson, Puerto Madryn, y Esquel**

Las costas en el amparo. Un caso de derogación judicial

por Günther Enrique Flass

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: DJ 2004-1, 394

Cita Online: AR/DOC/545/2004

[Consultado el: 03/08/2020]

Sumario: SUMARIO: I. El artículo 26: Un texto simple con una interpretación compleja. - II. Interpretación apropiada

I. El artículo 26: Un texto simple con una interpretación compleja.

Conviene recordar que hasta 1999 el amparo se tramitaba por las reglas del juicio sumarísimo contemplado en el Código Procesal Civil, aplicándose todas las disposiciones de dicho cuerpo entre ellas, las relativas a la imposición de costas (art. 106, Cód. Procesal Civil).

En marzo de 1999, se promulga el Código Procesal Constitucional que regirá el trámite del *habeas corpus*; el amparo y la acción de in constitucionalidad. Se logra así el viejo anhelo de tener un proceso verdaderamente expedito (dura aproximadamente diez días contando ambas instancias).

Entre los rasgos sobresalientes del Código Procesal Constitucional, encontramos que: Todos los días y las horas son hábiles; la acción es gratuita; cualquiera sea la materia, resultarán competentes los Juzgados en lo Civil y Comercial Común; el impulso procesal es de oficio; los plazos son extremadamente abreviados y se prevén severas multas para los jueces que no cumplan o hagan cumplir esos plazos.

Respecto a las costas se preveían tres opciones:

1- Cuando la acción se declara procedente, las costas son al demandado.

2- Cuando la acción es declarada "*manifiestamente improcedente*" las costas se imponen al actor.

3- Cuando la acción es rechazada sin ser declarada "*manifiestamente improcedente*", las costas se imponen en el orden causado.

El art. 26, textualmente dice:

“Art. 26, Código Procesal Constitucional: Cuando la decisión hace lugar a la acción, las costas son a cargo del responsable del acto lesivo, salvo el caso de inconstitucionalidad de la norma fundante que corren por el orden causado.

Si la autoridad pública es vencida, son responsables solidariamente la misma y el agente que realizó los actos u omisiones que motivan la condena, cuando éste hubiera obrado con culpa.

Cuando se rechaza la acción, las costas son a cargo de quien las cause, salvo el caso de improcedencia manifiesta declarada en la decisión, que son soportadas por el denunciante o el amparado o por ambos solidariamente según que la inconducta responda a la actividad de uno de ellos o de ambos a la vez.”

Si bien el texto es relativamente claro, cierta jurisprudencia que en definitiva ha resultado mayoritaria ha interpretado que cuando el Código dice "*las costas son a cargo de quien las cause*", éstas se deben aplicar al vencido pues es él quien las causó.

En realidad, esta interpretación implica un razonamiento alambicado destinado a torcer el texto de la norma puesto que se han cometido en él los siguientes errores exegéticos:

1- Si el legislador ha considerado necesario legislar sobre costas en el Código Procesal Constitucional es porque ha querido apartarse del principio objetivo de la derrota consagrado en el Código Procesal Civil. Nunca debemos presumir que una norma es superflua y cuando la ley distingue, el juez no puede abstenerse de hacerlo, bajo pena de cometer una arbitrariedad, un atentado, un exceso de poder (1).

2- Es incorrecto tomar la frase "*las costas son a cargo de quien las cause*" y aislarla del contexto, ya el Digesto (2) dice que no se puede juzgar en virtud de lo que establece una parte de la ley prescindiendo del todo (3). Para interpretar la norma hay que analizarla en su totalidad y enterarse bien de su contexto.

3- Tampoco se puede, después de separar una frase de su contexto, acudir al análisis literal de los términos. Bien dicen los norteamericanos que nunca se debe citar la autoridad del diccionario (4) por el contrario, la "*litera legis*" (letra de la ley) tiene valor en tanto sirve para manifestar la "*ratio legis*" (idea, espíritu o voluntad de la ley). La palabra no es sino un instrumento de expresión que solo tiene valor respecto a ese pensamiento o de esa voluntad que pretende expresar.

"Costas a cargo de quien las cause" es lo mismo que decir "*costas en el orden causado*", no hay entre ambas un logos o idea diferente. El "*orden causado*" es sin duda una expresión poco feliz pero tiene larga

data en el lenguaje forense y conlleva un significado muy claro: Cada parte soportará las costas de su propia actuación.

4- Si interpretáramos que "*las costas son a cargo de quien las cause*" es lo mismo que decir costas al perdedor, habremos privando de lógica al resto del artículo pues no tendría sentido decir a continuación "... *Salvo el caso de improcedencia manifiesta declarada en la decisión, que son soportadas por el denunciante o el amparado...*"?, la expresión "*salvo*" se usa para advertir que lo que sigue a continuación, es una excepción a la regla que la precede en consecuencia sería baladí utilizar el término "*salvo*" para referirse a dos proposiciones idénticas. Dice el Digesto (5), "*verba cum effectu sum accipienda*", las palabras de la ley tienen algún efecto y no han de ser consideradas meros sonidos, si la ley dice "*salvo*", indefectiblemente está dando a entender que lo que sigue es diferente a lo que precede.

II. Interpretación apropiada

A los fines de lograr una exégesis lo más correcta posible, debemos respetar los distintos métodos elaborados por la doctrina e incluso por la antigua legislación.

Primero nos atenemos al significado de las palabras. Segundo, analizaremos si la interpretación así lograda resulta acorde con la gramática. Tercero, debemos revisar si el resultado obtenido, es coherente con el resto de la legislación. Cuarto, observaremos si la frase así lograda, se adecua a los principios de la lógica. Quinto, trataremos de dilucidar la voluntad presunta del legislador. Por último, siguiendo a la escuela del realismo norteamericano o subjetivismo judicial, trataremos de dilucidar si los estímulos seguidos por el Juez al dictar la sentencia, fueron los adecuados.

Si a través de todos los métodos arribamos a la misma interpretación, ella será sin dudas la correcta.

1. Método literal

Se debe indagar el verdadero significado de las palabras teniendo en cuenta que:

1- Las palabras son "logóferas", expresan ideas (logos) pero no hay en nuestro idioma una equivalencia matemática que permita afirmar que a cada palabra corresponde una idea y a cada idea una palabra. El castellano es rico en sinónimos y parónimos.

2- Los idiomas cambian y en esas mutaciones las palabras pueden adquirir un significado distinto, así por ejemplo el término "*edilicio*" académicamente alude a la actividad de los ediles o concejales y en cambio para el lenguaje diario significa todo lo relativo a la edificación.

3- Dentro de un mismo lenguaje hay especialidades que se denominan "*lenguaje técnico*" y es frecuente que él atribuya a una expresión, significados distintos al del lenguaje común. Por ejemplo en lenguaje forense, "*parte*" es cualquiera de los litigantes, mientras que para el lenguaje común, es una división del todo o "juicio", que en lenguaje filosófico significa cualquier proposición mientras que en lenguaje jurídico, es el conflicto llevado a los estrados tribunales.

Ahora bien, entre "*costas en el orden causado*" y "*costas a quien las cause*" no hay un logos distintos, la idea es idéntica: Las costas serán aplicables a la parte que las causó, pero el término "causa" es ambiguo, designa ideas distintas: Causa fin, causa eficiente, causa material e incluso "relación de causalidad" que a su vez permite hablar de causas próximas, segundas y primeras. Entonces si decimos que las costas se aplicarán a quien las ha causado, podemos estar diciendo cosas radicalmente distintas. Los honorarios pueden considerarse causados por la parte que contrató al letrado; la que inició el pleito, la que se opuso al pleito, la que originó el pleito e incluso a ambas partes que al haberse relacionado jurídicamente

pusieron la "semilla" de un futuro pleito; así podríamos seguir hasta el infinito y es que no hay en la proposición "*las costas se aplicarán a quien las cause*", nada, absolutamente nada que nos permita afirmar si se refiere a causas próximas, secundas o primera. De allí que el significado literal del término "*causa*" resulte estéril (6) y nos obliga a recurrir a lo que normalmente se alude con él, sin olvidar que como enseña Genaro R. Carrió, que "*El significado de una palabra o expresión lingüística depende por lo tanto, de una convención*"(7).

Cuando en lenguaje jurídico se dice costas en el orden causado o costas a quien las cause (que es lo mismo), significa que cada parte pagará sus propias costas y la mitad de las comunes.

Podríamos llegar a preguntarnos ¿Por qué cuando el legislador se refiere a la acción de inconstitucionalidad, renglones más arriba, dice "*costas por su orden*", para hablar luego de "*costas a quien las cause*"? Pues bien no se trata de ningún designio oculto, simplemente del uso de sinonimias tendientes a lograr una redacción más elegante que evite redundancias. Seguramente que no es ésta la mejor de las técnicas legislativas, pero ello no nos permite inferir que se hayan querido manifestar ideas diferentes, por el contrario es el mismo logos expresado con distintas palabras.

En conclusión, aplicando el método de interpretación literal, debemos entender que en lenguaje jurídico, "*costas a quien las cause*" (o en el orden causado que es lo mismo) significa que cada parte debe pagar las propias costas y la mitad de las comunes.

2. Método semántico

Todo idioma tiene reglas gramaticales indispensables para la comprensión de una frase y debemos presumir que el legislador conoce y aplica tales reglas. Así, si ha puesto una coma, debemos entender que ha querido separar dos oraciones y que si ha puesto

un punto, es porque la idea que sigue es distinta de la que lo precede (8).

Dentro de la ley, cada artículo regula un aspecto particular de la materia y dentro del artículo las oraciones expresan las distintas ideas (9).

El artículo en cuestión, contiene tres opciones:

- a) Que la acción prospere,
- b) Que se trate de una acción de inconstitucionalidad,
- c) Que la acción sea rechazada y
- d) Que siendo rechazada se la declare manifiestamente improcedente.

Las opciones a) y b) se encuentran en el primer párrafo y las opciones c) y d), en el tercero; en los dos casos, ambas opciones están separadas por la palabra "salvo".

De lo dicho se desprenden varias consecuencias.

*Todo lo referido a las costas de los procesos constitucionales, se encuentra regulado en el art. 26.

* Las frases "*Cuando se rechaza la acción las costas son a cargo de quien las cause*" y "*caso de improcedencia manifiesta, declarada en la decisión, que son soportadas por el denunciante*", constituyen dos oraciones distintas, con sujetos distintos ("*acción rechazada*" e "*improcedencia manifiestamente declarada*" la otra) y predicados también distintos (en un caso, "*Las costas son a cargo de quien las cause*" y en el otro "*Las costas son a cargo del denunciante o amparado*" la otra).

Fórmula

Si son oraciones distintas es porque contienen ideas distintas, de lo contrario el legislador habría incurrido en superfluidades.

* No tiene importancia que ambas oraciones se encuentren en un mismo párrafo, ya que el párrafo no es una división normativa (10), pero aun cuando esto no fuera aceptado, observemos que mientras los dos primeros párrafos se refieren al supuesto de que la acción es declarada procedente, el último hace alusión al supuesto de rechazo, contemplando dos opciones: rechazo simple y rechazo por improcedencia manifiesta y declarada.

En consecuencia, siguiendo el método semántico, llegamos a la misma conclusión que en el caso anterior: Si la acción es rechazada, cada parte paga sus costas. Si a más de ser rechazada, se la califica de *manifiestamente*, las costas las paga el vencido.

3. Método integrativo

La correcta interpretación se logra integrando la palabra a la frase, la frase a al artículo, el artículo a la ley y la ley al derecho. Solo así se cumple con el principio del "*noscitur a sociis*"(11).

La primera y la segunda operación (integración de la palabra a la frase y de la frase al artículo), ya fueron analizadas al tratar el método semántico.

En cuanto a la tercer operación (integración del artículo con la ley), vemos que ella resulta particularmente reveladora.

El Código Procesal Constitucional es novedoso y está inspirado en una filosofía distinta. Se quiere que el ciudadano común colabore con la defensa del orden constituido a través de la tutela de sus propios derechos y de los derechos o intereses colectivos.

El espíritu es claro: Quien demanda en base a esta ley, actualiza una alta aspiración de la comunidad en su conjunto: La vigencia real de la Constitución.

Principalmente quiere la ley que nadie deje de ejercer sus derechos por cuestiones económicas y que es preferible que alguien litigue sin razón, a que, aun teniéndola, se abstenga de hacerlo por miedo a las costas. Algunos autores llaman a estas acciones heroicas (Sagüés), pues bien, la ley persigue que a partir de su sanción, no sea necesario el heroísmo para acudir en defensa de la Constitución y para ello ha creado una serie de instrumentos:

1- Amplió la legitimación activa permitiendo la incoación de amparos colectivos (art. 71).

2- Impulso procesal de oficio (art. 13). Si el ciudadano, al accionar, está cumpliendo directa o indirectamente un fin social, es lógico que el Estado lo ayude e incluso lo suplante.

3- Preferencia en el trámite (art. 14). Resulta apropiado pues está en juego nada menos que el orden constituido.

4- Gratuidad. (art. 24) Si quien acciona por este código, cumple una función que el Estado no ha podido cumplir, este no puede pretender además cobrarle tributos.

5- Las costas (art. 26): Un importante elemento disuasivos a la hora de litigar, son las graves consecuencias económicas que puede acarrear la pérdida del juicio, por eso es que, aun perdiendo sólo habrá que pagar las propias costas y no la de la otra parte (art. 26).

6- Paralelamente, para evitar la temeridad a la hora de litigar, se dispuso que cuando la acción sea declarada "*manifiestamente improcedente*" (art. 26 *in fine*), se apliquen las costas al actor y si

además, se demostrara que hubo malicia o mendacidad se aplique una multa equivalente a dos meses de sueldo de un juez de primera instancia (art. 27).

Por último, debemos recordar que la norma adjetiva se encuentra imbuida de la misma finalidad y jerarquía que la norma sustantiva por ella actualizada. Siendo la Constitución en ejercicio, el Código Procesal Constitucional debe ser apreciado e interpretado a la luz de los altos objetivos que persigue: Hacer realidad la Ley Suprema.

Entonces solo interpretando el art. 26, en el sentido de que ante el rechazo simple de la acción cada parte pagará sus costas, es que encontramos un verdadero encaje con las demás normas progresistas de ley 6944.

4. Método volitivo

Se trata de indagar cual es la voluntad presunta del legislador.

Un primer indicio lo encontramos en la existencia misma del artículo. Si se ha promulgado un artículo sobre costas es porque el legislador ha querido apartarse del Código Procesal Civil caso contrario habría librando la cuestión a la aplicación subsidiaria de dicho cuerpo tal como lo hizo por ejemplo con lo relativo a medios de prueba.

Un segundo indicio lo tenemos en la redacción del art. 26. Si se hubiera pretendido que la solución sea la misma para las acciones rechazadas en forma simple y para aquellas rechazadas por improcedencia manifiesta, no las hubiera distinguido con la palabra "*salvo*".

Un tercer indicio lo tenemos en la particular filosofía del Código (justicia gratuita, celeridad, preferencia, legitimación procesal amplia etc.).

Pero quizás donde más evidente resulta la intención del legislador es en el "*Sumario*", (especie de preámbulo del Código Procesal Constitucional) y en la "*Exposición de Motivos*".

En ellos puede leerse:

"La finalidad esencial de este código, precisamente es, facilitar a cualquier persona una herramienta jurídica, simple y unitaria para defender sus prerrogativas constitucionales" (exposición de motivos párr. 3°).

"...a fin de que el individuo que se sienta vulnerado o amenazado en sus derechos y garantías constitucionales cuente con un instrumento único e idóneo para repeler la agresión y resguardar sus derechos fundamentales..." (Sumario: Objeto, apartado b último párrafo) Adviértase que se dice "*sienta amenazado*" y no "*sea amenazado*". Lo que se busca es abrir el acceso a la Justicia sin el temor a un perjuicio patrimonial derivado de la derrota. Basta con sentirse amenazado, ya se verá en el juicio si su temor era fundado o no, pero en caso negativo, no tendrá que pagar las costas.

No escapó al legislador que cuando se inicia un juicio, se puede estar convencido de que el planteo es razonable y a pesar de ello perderlo. En consecuencia si una persona para ejercer un derecho constitucional, ve pender sobre su cabeza, la "*Espada de Damocles*" de cuantiosos honorarios, probablemente opte por soportar calladamente la violación y ello no es un perjuicio particular, sino que afecta a la comunidad toda que ve como su basamento institucional es hecho polvo y sometido a la mera lírica.

Por otro lado la idea de idoneidad de la prestación de justicia, se traduce también en bajos costos casuísticos, una justicia cara es una justicia ineficaz.

Cuando el Sumario, analiza el Título II (donde se encuentra incluido el artículo en cuestión) dice que el mismo contiene "*...una serie de instituciones tendientes a facilitar y acelerar el uso de esta vía expeditiva en resguardo de los derechos fundamentales tutelados ...*" Queda claro entonces que el legislador quiere facilitar la interposición de este tipo de acciones para que las violaciones a las garantías constitucionales no queden impunes por miedo a engorrosos trámites y cuantiosas costas, ya que "*Es un imperativo que estos derechos sean amparados siempre y en todo lugar. De este modo se asegura la vigencia de la Supremacía de la Constitución*", caso contrario, es decir, "*...Si estos derechos fundamentales consagrados en la Constitución no se resguardan efectivamente la Constitución sería una mera declaración de buenos propósitos y quedaría en fórmulas vacías incapaces de resguardar la dignidad de la persona humana, sujeto y objeto último de toda organización constitucional democrática*". (Sumario).

En síntesis, la voluntad del legislador es clara y contundente: Eximir de costas al actor que ha actuado de buena fe para facilitar la incoación de causas en defensa de la Constitución.

5. Método lógico

Habrá que ver si el texto, tal como se ha interpretado, resiste ser pasado por el tamiz de las reglas de la lógica, presuponiendo siempre que el legislador ha sido consecuente y previsor y que no ha incluido nada superfluo o contradictorio sino que por el contrario, cada término tiene su fundada razón de ser y está donde debe estar.

La "*acción rechazada*" y la "*acción rechazada por manifiestamente improcedente*", se encuentran en una relación de género a especie,

ambas son acciones rechazadas, pero la segunda tiene una diferencia específica (el rechazo obedece a su improcedencia manifiesta).

Ahora bien, es obvio que el género incluye a la especie y que por lo tanto nombrando al género mentamos también especies que contiene. Si queremos designar a todos los hombres, decimos "hombres" y no hombres altos, hombres bajos, hombres gordos y hombres flacos, sino simplemente "*hombres*".

Cuando junto con el género mentamos a la especie es porque queremos poner de manifiesto la diferencia específica. Por ejemplo carecería de utilidad decir "*todos los hombres y los hombres flacos son racionales*" puesto que la especie hombres flacos se encuentra incluida en el género "*todos los hombres*". Cuando designamos al género junto con la especie, es para poner de manifiesto la diferencia específica y tendremos que utilizar una cópula que denote excepción, como ser "salvo" "excepto" "a excepción de" etc.

Siguiendo en este razonamiento, si mentamos la diferencia específica, es para predicar algo distinto del género, caso contrario entraríamos en el ámbito de lo superfluo y es ese un campo vedado para la exégesis.

Aplicando lo dicho, si el legislador ha decidido mentar al género "*acciones rechazadas*" junto con la especie "*acciones rechazadas por improcedencia manifiesta declarada*", ha sido para mentar cosas distintas, predicados contrarios, ergo si a la especie ("*acciones manifiestamente improcedentes*") le corresponde el predicado de que las costas serán soportadas por el denunciante a la especie le corresponderá un predicado necesariamente distinto y él solo puede ser: 1) Que las costas se aplicarán al denunciado vencedor ó 2) que las costas serán soportadas por cada parte, como el primer predicado es contrario al primer párrafo del artículo, debemos fatalmente concluir que el predicado asignado es el segundo (cada parte soportará sus costas).

6. Método del subjetivismo judicial

A principios del s.XX, surge en EE.UU., lo que se llamaría "*Realismo Norteamericano*" y tendría gran influencia en el pensamiento anglosajón.

Para esta corriente derecho es lo que los jueces hacen en la práctica. La sentencia no es un proceso lógico de aplicación de la norma al caso (12) sino un acto de voluntad del juez derivado de su propia idiosincrasia y de las presiones o estímulos que él padece.

Para Cardozo el juez antes de dictar sentencia analiza la conciencia social y después, modifica esa conciencia social mediante los conceptos vertidos en su sentencia. En este proceso intelectual, la lógica desempeña un papel subordinado. Las leyes son tan numerosas y sus términos tan ambiguos que dan sustento para cualquier decisión que quiera tomar, el Juez deberá escoger entonces, entre dos o más posibilidades (ambas lógicas y admisibles) y elegirá la más adecuada los instintos heredados, creencias tradicionales, convicciones adquiridas así como también de su propia idea de la vida y de las necesidades sociales"(13).

Según el realismo norteamericano, la finalidad de la exégesis (que no es exégesis de la norma sino de la sentencia) radica en desentrañar los estímulos seguidos por el juez y poder prever cual será el resultado de los casos futuros.

Quizás esta escuela sea hija de los propios defectos del sistema anglosajón. Desde una óptica romanista, nunca podríamos afirmar que derecho es lo que hacen los jueces, ni que los jueces se encuentren libres de tomar cualquier decisión. Si una sentencia no es ajustada a derecho es arbitraria y ese ajuste entre la norma y la sentencia es un proceso lógico y objetivizable ¿Qué sentido tiene entonces, para nosotros recurrir al método del subjetivismo judicial?

La sentencia es la aplicación de lo abstracto a lo concreto, pero su finalidad última es lograr la justicia del caso. Ahora bien, determinar lo justo es siempre un proceso cargado de subjetividad (14), por lo tanto no debemos soslayar los "estímulos"(15) que llevaron al Juez a tomar tal o cual decisión. Por otro lado también es cierto de que la sentencia modifica la realidad social (16): Entonces la utilidad de este método, radica en que permite determinar si el Juez ha interpretado bien la conciencia social y si la modificación que propone de dicha conciencia, es adecuada y conveniente.

Como todo análisis de subjetividad, el grado de certeza es escaso, existe una fuerte posibilidad de error pero alguna utilidad tiene.

Entonces ¿Por qué se ha torcido la interpretación del art. 26? No podemos concluir que el juzgador ha actuado en forma incoherente, debemos encontrar una explicación y la única que encuentro viable, es que el juzgador nos ha querido decir lo siguiente: *"El amparo es una acción excepcional y debe seguir siéndolo, no podemos permitir que se convierta en un recurso de uso frecuente y si las costas se aplicaran en el orden causado aumentaría el número de amparos"*.

Si este hubiera sido el estímulo el juez estaba equivocado.

El incremento de los amparos es fruto o síntoma del incremento de abusos flagrantes a los derechos individuales. La enfermedad social es el abuso y los amparos son el remedio, debemos combatir la enfermedad y no la cura.

No existiría la *"industria del juicio"*, si no existiera la *"industria del abuso"* y si existe una industria del abuso, en buena hora que exista la industria del juicio ya que es la única forma de combatirla.

Conclusiones: Cualquiera sea el método exegético que elijamos, la conclusión es la misma, cuando la acción de amparo sea rechazada, sin ser declarada manifiestamente improcedente, las

costas deben ser asumidas por cada parte y en el orden en que las hubiesen causado.

Bibliografía

(1) ESCRICHE, Diccionario, p. 402.

(2) Digesto La Ley, 24, título 3º, libro 1º.

(3) "Incivile est, nisi tota lege perspecta, una alicua particula ejus proposita, judicare vel respondere".

(4) "Never cite a dictionary as authority".

(5) Digesto La Ley, 5º, título 7º, libro 2º

(6) "Sin duda alguna los textos pueden contener defectos gramaticales, impropiedades, oscuridades e imprecisiones. No obstante, es una exigencia tanto de seguridad jurídica como de respeto a la Ley fundamental, que el intérprete se esfuere por hallar el sentido objetivo de las normas a pesar de tales defectos e impropiedades. VERDÚ, Pablo L., "Interpretación Constitucional", p. 168 y 170.

(7) CARRIÓ, G., "Notas sobre Derecho Constitucional", p. 63/6.

(8) Hay frases donde el significado no surge de las palabras sino de las reglas gramaticales. Cuenta la historia que las pitonisas del oráculo de Delfos eran maestras en el uso de estas frases. Así cuando un soldado les preguntaba si volvería con vida de la guerra, le contestaban con voz monocorde y sin hacer pausa alguna "*Delfos ibis redibis nuncam peribis in bello*" (de Delfo te irás regresaras nunca morirás en la guerra), según donde se ponga la coma significa que el soldado morirá en la guerra o que nunca morirá en batalla. También cuentan que cierto Rey había condenado a muerte a un noble muy querido por el pueblo. Un grupo de ciudadanos le pidió que lo perdonase, el rey que no quería asumir las consecuencias de tan importante decisión, envió al jefe de la prisión el siguiente mensaje "Perdón imposible que cumpla su condena", de esta forma trasladaba el problema a su subalterno, ya que si la coma era puesta después de perdón, significaba que el reo debía salvarse, mientras que si se colocaba después de imposible, la ejecución era confirmada.

(9) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Fundamentos de Técnica Legislativa", LA LEY, 118-141 y 142

(10) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Fundamentos de Técnica Legislativa", LA LEY, 118-141 y 142.

(11) Digesto La Ley, 24, Título 17, Libro Iº del Digesto.

(12) Oliver Wendell Holmes (1841-1936), uno de los más grandes jueces norteamericanos, dijo: "*La vida del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia*". Las necesidades sentidas en la época, las teorías políticas y morales predominantes, las instituciones acerca del interés público (confesadas o inconscientes), incluso los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido mucho más influencia que el silogismo en la determinación de las normas por las cuales debían ser gobernados los hombres. Conf. Cita de MARTÍNEZ POCAYO, Ernesto, "*La positividad de los Valores Democráticos-Electorales*" www.trife.com.mx).

(13) CARDOZO, Benjamín N., "The Nature of the Judicial Process", 1921.

(14) Lo que hoy es justo, hace algunos años no lo era, y a la inversa, lo que hace algunos años era considerado como justo hoy nos parecen aberraciones. Pensemos por ejemplo en instituciones como la esclavitud, el sometimiento de la mujer al marido, los privilegios nobiliarios etc.

(15) Por estímulos, entendemos las creencias tradicionales, convicciones, propia idea de la vida y de las necesidades sociales, en síntesis, la cosmovisión del juez.

(16) No cabe dudas de que si por ejemplo, los Jueces comenzaran a considerar como matrimonio a las parejas homosexuales, cambiaría la conciencia social respecto a tales uniones.

Abusos negociales en el derecho comparado con especial referencia al derecho argentino, español y comunitario europeo

por Günther Enrique Flass

Publicado en: Boletín Instituto de Derecho Civil y Comparado.

U.N.T. octubre 2004

Texto provisto por el autor

SINTESIS

La presente investigación tiene por finalidad analizar el modo en que se regulan los abusos cometidos por los proveedores en una relación de consumo, comparándolos en relación a diferentes sistemas jurídicos.

1. Abusos Negociales. Concepto.

El abuso negocial es aquella actitud que asume una de las partes de la relación jurídica, quien valiéndose en su experiencia, su conocimiento, su poderío económico o la necesidad e inexperiencia de la contraria obtiene o intenta obtener ventajas inequitativas que no hubiera podido obtener o hubiera sido inocuo intentar, si no existieran esas circunstancias desequilibrantes.

A veces el abuso negocial se manifestará como un ardid, un engaño o una maniobra, otras como una imposición arbitraria, un *tómalo déjalo*, pero siempre constituirán excesos de poder.

Este tipo de conductas puede presentarse, y de hecho se presenta, en cualquier relación jurídica, sin embargo la legislación lo considera más reprochable cuando aparece en una relación de consumo. No carece de lógica que sea así, pues casi siempre el consumidor es un débil económico o técnico respecto al proveedor, lo que equivale a decir que es un débil negocial pues no tiene la misma capacidad de negociación.

Si bien frecuentemente, los abusos negociales, se vuelcan y se ponen de manifiesto en las diferentes disposiciones que integran el contrato (cláusulas), puede no ser así. Hay ocasiones en que los abusos negociales no aparecen en las cláusulas del contrato.

El contrato, en tanto que acuerdo de voluntades, no se limita a una yuxtaposición de cláusulas, tiene una historia y un futuro, tiene una fenomenología; en definitiva no es un *iatos* temporal, sino la consecuencia de un proceso y en ese discurrir hay una serie de actos que sin ser cláusulas, influyen en la formación, en el contenido y en la ejecución del acuerdo.

Por eso no se puede limitar el concepto de abuso negocial solo a las cláusulas abusivas, sino que hay que distinguir dos subespecies dentro de un género común. Ellas son: las cláusulas abusivas y los comportamientos contractuales abusivos.

Así por ejemplo, el tipo y tamaño de la letra del instrumento donde se plasmó el contrato, no es una cláusula pero igualmente integra a aquel. El proceso por el cual una de las partes llegó a la decisión de contratar, tampoco constituyen una cláusula, pero es abarcado, estudiado y regulado por el Derecho del consumo debido a las consecuencias que ello tiene respecto a la voluntad. Otro tanto cabe decir de la publicidad; de las técnicas de marketing; de las informaciones precontractuales o las omisiones de ella; etcétera.

Es indispensable, entonces, analizar por separado las cláusulas del contrato de consumo y los abusos contractuales generados en torno a la contratación.

2. Cláusulas Abusivas como sub especie de abusos negociales.

Según el diccionario jurídico *cláusula* es cada una de las disposiciones de un contrato y *abuso* el ejercicio excesivo, injusto o impropio de una facultad o poder.

De allí que las *cláusulas abusivas* pueden ser definidas como aquellas disposiciones contractuales que posibilitan o traducen el ejercicio excesivo, injusto o impropio de una facultad¹.

En el ámbito consumerista, debe agregarse como nota distintiva que el ejercicio excesivo, abusivo o impropio, perjudica a uno de los sujetos del negocio que es el consumidor.

Quiero destacar que, en mi opinión, las cláusulas abusivas no son necesariamente predisuestas por el proveedor. La circunstancia de ser impresas o manuscrita; negociada en forma individual o estandarizada, no son notas que hagan abusiva a la cláusula o la exoneren de tal vicio.

Lo que caracteriza a consumidor es su debilidad en la negociación. Esa debilidad puede provenir de diversas causas. Puede obedecer a su necesidad imperiosa de consumir determinado producto; a su inexperiencia en la materia; a su ligereza; etcétera. No hay motivos para pensar que la cláusula contractual negociada sea, por ese solo hecho, justa. A la inversa, si el proveedor fuese una

¹ Deliberadamente usamos el término facultad y no derecho, pues coincido con la filosofía que inspiró la reforma del Código Civil (Ley 17.711) en cuanto afirma que no hay derecho al abuso.

persona honesta o si simplemente temiera las sanciones que pueden derivar del sistema consumerista podría ocurrir que una cláusula predispuesta por el proveedor sea justa y razonable.

No hay coincidencia en la doctrina a este respecto. Por ejemplo, los Stiglitz identifican el concepto de cláusulas abusivas con el de cláusulas predispuestas².

En igual sentido Osterling Parodi y Castillo Freyre definen a las cláusulas abusivas del Derecho peruano como

Aquellas que, dada su naturaleza, establecen desmedidos beneficios a favor de quien ha redactado un contrato de adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación del que forme parte; ello en desmedro del otro contratante.³

La Directiva 9/13 del 5-4-93 de la Unión Europea también define a la cláusula abusiva como aquella que no se ha negociado individualmente y que, contraria a la buena fe, perjudica al consumidor.

En sentido contrario, Chabas entiende que una cláusula puede ser abusiva independientemente de que este negociada o no por el consumidor⁴.

La Ley francesa del 10 de enero de 1998 (L.132-1 Código del Consumo) define a las cláusulas abusivas como aquellas que:

² STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ Gabriel. El control de las cláusulas contractuales predispuestas en el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial en Derecho del Consumidor. 2. Juris. Rosario. 2000 pág. 19 y ss.

³ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Las cláusulas abusivas en el ordenamiento civil peruano” en Rev. De Derecho Comparado. 2. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2000 pag.91.

⁴ CHABAS Francois “El régimen de cláusulas abusivas en el Derecho francés” Rev. De Derecho Comparado. 2. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2000 Pag 117.

En los contratos contraídos entre profesionales y no profesionales son abusivas las cláusulas que tienen por objeto o por efecto crear en detrimento del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato.

Moreno Rodríguez sostiene que en el Derecho paraguayo una cláusula abusiva puede presentarse tanto en el contrato individual negociado como en el contrato de adhesión.⁵

En Argentina, el artículo 37 de la Ley 24.240 analiza promiscuamente supuestos de cláusulas abusivas con comportamientos negociales abusivos, tal como se verá más adelante. En ningún momento la norma exige que la cláusula fuese predispuesta para tenerla por abusiva. A mi entender, esto es suficiente para sostener que la cláusula abusiva no es necesariamente predispuesta y bien puede ser declarada tal aquella que ha sido negociada.

Esta última interpretación es, además, la que mejor se adecua a la manda hermenéutica del *in dubio pro consumidor* incluida en la misma ley 24.240.

3. Comportamientos Negociales Abusivos.

Los comportamientos negociales abusivos pueden ser definidos como:

Hechos humanos activos o positivos que se traducen en un ejercicio injusto impropio o excesivo del propio predominio nego-

⁵ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. Cláusulas contractuales abusivas en el Derecho paraguayo. *Rev. De Derecho Comparado*. 2. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2000Pag 148.

cial dentro de una relación de consumo y cuya finalidad o efecto es perjudicar al consumidor.

Los comportamientos negociales abusivos, pueden ser clasificados en atención a diferentes criterios tales como el fin perseguido por quien los realiza o a la etapa de la relación de consumo en la cual ellos aparecen.

3.1. Clasificación según el fin perseguido.

3.1.1. Comportamientos negociales que afectan la competencia.

Uno de los requisitos indispensables para el buen funcionamiento del mercado es la libre competencia. Sin ella no hay propiamente mercado. Hoy es frecuente descubrir estrategias tendientes a monopolizar u oligopolizar una determinada actividad.

Cuando la oferta se centraliza en un solo proveedor o en un número muy escaso de ellos, el otro protagonista de la relación, es decir el consumidor, ve reducido su poder de negociación casi a la nada misma. Los acuerdos de empresarios para estandarizar precios y condiciones son un claro ejemplo de lo que digo y pueden detectarse en varias actividades como por ejemplo el transporte de pasajeros.

No obstante hay otras formas de obstruir la libre competencia o, mejor dicho, de impedir al consumidor el acceso a proveedores alternativos con ofertas diferentes y más beneficiosas. Son las llamadas contrataciones cautivas.

En el Derecho argentino las contrataciones cautivas están prohibidas por el art. 2° inc. "i" de la Ley de Defensa de la Competencia. Sin embargo siguen siendo muy frecuentes en la actividad financiera donde para otorgar un préstamo personal o una tarjeta

de crédito, se exige paralelamente la apertura de una cuenta corriente; la contratación de un seguro con una única aseguradora elegida por el banco o la utilización de cualquier otro producto bancario.

La lealtad comercial y la defensa de la competencia pueden ser analizadas desde diferentes puntos de vista conforme a los sujetos perjudicados. Es indudable que este tipo de maniobras perjudican tanto al empresario competidor como al consumidor. Sin embargo ambos sujetos tienen diferentes capacidades para resistirlos y defenderse. Por eso merecen un tratamiento también distinto y diferente.

En esta investigación me voy a referir a la lealtad comercial y a la defensa de la competencia en tanto que estrategias perjudiciales para el consumidor. Por eso no voy a abordar cuestiones como la publicidad comparativa o el *dumping*.

3.1.2. Comportamientos negociales que impiden la reflexión.

Tanto la psicología como el marketing o las ciencias de la comunicación estudian permanentemente la forma en que los individuos deciden sus compras y como influenciar en esta operación mental.

El contrato de consumo debe ser el resultado de una reflexión lógica, de una pausada meditación por parte del consumidor. Este ha de tener el tiempo y la oportunidad suficiente para decidir si efectivamente quiere contratar o no en las condiciones que se le ofrecen, todo ello sin verse compelido o violentado moralmente para hacerlo.

Entre los comportamientos negociales abusivos que afectan la reflexión del consumidor pueden citarse:

3.1.2.1. La publicidad engañosa.

Por publicidad se entiende toda forma de comunicación dirigida al público en general o a una parte de él, mediante avisos que tengan por propósito informar, persuadir o influir en sus opiniones o conductas⁶.

Durante los años treinta del pasado siglo, había quienes se oponían a toda forma de publicidad, por considerar que predisponían a los consumidores, impedían su decisión individual e influían en una voluntad que, a partir de allí, dejaba de ser autónoma⁷.

Hoy, si bien se admite que el objetivo primordial de la publicidad es influir en la conducta de los consumidores, en principio es considerada lícita mientras que no sea engañosa.

Ahora bien, publicidad engañosa es aquella que puede inducir a error respecto al producto o al servicio, a sus cualidades, a su precio o cualquier otra característica. También se considera publicidad engañosa a aquella que omite informar datos relevantes sobre el producto o el servicio. Concretamente la publicidad puede ser engañosa tanto por acción como por omisión.

Ciertamente que el límite entre la publicidad lícita y la publicidad engañosa no siempre es lo suficientemente nítido y preciso. Para saber si una publicidad es engañosa, hay que tomar en cuenta varias consideraciones. No siempre una afirmación falsa es engañosa pues el público puede fácilmente detectarla y tomarla como una simple exageración. Por otro lado una afirmación verda-

⁶ O'FARRELL, Miguel. La publicidad comparativa en el derecho argentino. *Rev. La Ley* diario del 20 de Octubre de 1995, pag. 1

⁷ MATTELART, Armand. La publicidad. Editorial Paidós Comunicación, Barcelona, 2000, p. 107

dera puede resultar engañosa en relación con el contexto publicitario en que se transmite⁸.

La Directiva Comunitaria 84/450 CEE, define a la publicidad engañosa como aquella que:

De una manera cualquiera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a las personas las que se dirige o afecta y, que, debido a su carácter engañoso, puede afectar el comportamiento económico o que por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.⁹

El concepto de publicidad engañosa incluye también a la publicidad encubierta, es decir aquella que se disfraza de noticia e induce al destinatario a pensar que el mensaje corresponde a un discurso objetivo y con bases científicas. Ejemplos bastante frecuente de esto aparece en la publicidad de productos cosméticos o de higiene que son presentados como una investigación científica y explicados por un profesional de la salud que ensalza las características de producto.

Sin dudas que valerse de publicidad engañosa para cooptar la voluntad del consumidor es un supuesto de abuso negocial.

3.1.2.2. Marketing Conductista.

La discusión entre John K. Galbraith y Albert Wilensky respecto a si el marketing crea el deseo o si solo satisface un deseo ya existente, es demasiado frondosa y excede la finalidad del presente trabajo, pero sirve al menos para crear la duda respecto a si

⁸DELGADO ZEGARRA, Jaime. Control de publicidad y Comercialización en *Defensa de los Consumidores de productos y servicio* Gabriel Stiglitz dir. La Rocca, barcelona 2001.

⁹ LORENZETTI, RICARDO Luis. Consumidores. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003, pag. 154.

esta técnica puede o no alterar el sistema perceptivo, el gusto y las expectativas del público.¹⁰

La verdad es que, llevado el marketing a ciertos extremos, puede llegar a anular la voluntad o adormecerla de tal forma que ponga en peligro la libertad del individuo y la autonomía de sus decisiones.

La duda mencionada al comienzo, justifica alguna tolerancia frente a las técnicas del marketing, pero impone su rechazo cuando se excede los límites del mensaje consiente.

El marketing conductista ha sido conceptualizado como aquel que actúa sobre el inconsciente del individuo, mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades, fronteras con los umbrales de los sentidos o análogas. Se afecta así la reconocibilidad o transparencia del mensaje.¹¹

No debe pensarse que el marketing conductista se limita a los conocidos y escasos casos de publicidad subliminal. Asistimos a diario a la aplicación de este tipo de técnicas. Por ejemplo varias empresas de tiempo compartido utilizan procedimientos de estímulo sobre sentimientos loables del ser humano como el agradecimiento, la prudencia, la ilusión etc. para perfeccionar ventas en forma irreflexiva. No bien manifiesta su voluntad, el sujeto advierte que, en condiciones normales de reflexión nunca lo habría hecho.

Utilizar este tipo de procedimientos implica un comportamiento negocial abusivo desde todo punto de vista.

¹⁰ RIESEMBERG, Germán. Marketing y Publicidad: Una reflexión ética en *Derecho del Consumidor*. Gabriel Stiglitz dir. T.11, Juris, Rosario 2000 pag. 50.

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, op. cit. p. 155, en igual sentido Ley 34/1988, art. 7° - España.

3.1.2.3. La llamada cláusula sorpresiva.

Las cláusulas sorpresivas, son cláusulas inhabituales que no suelen incluirse en el tipo de contrato del cual se trate o no suelen incluirse en la parte del título en que fue inserta. Así por ejemplo si en un contrato de seguro, en la parte relativa donde se pacta la forma en que habría que denunciar un siniestro se incluyera una cláusula donde el asegurado renuncia a la aplicación del Derecho argentino para someterse a las disposiciones de otro Derecho nacional, esa inclusión sería completamente sorpresiva.

Otra forma de cláusula sorpresiva en la inclusión dentro del título contractual de un pagaré disimulado que puede ser extraído por el proveedor y ejecutado por la vía reducida prevista en el Derecho procesal para tales instrumentos.

Una cláusula sorpresiva, por su misma naturaleza, no pudo ser prevista por el consumidor y en consecuencias no tuvo la oportunidad de una correcta reflexión previa.

La pregunta que surge obligada es ¿la cláusula sorpresiva es un supuesto de cláusula abusiva o de comportamiento negocial abusivo?

Una cláusula sorpresiva, puede ser abusiva o no, todo dependerá de su contenido e incluso del resto de disposiciones contractuales. Así en el ejemplo puesto anteriormente, puede que el Derecho privado del país al cual remite la cláusula sea más beneficioso para el consumidor que el Derecho nacional. En tal caso la cláusula en sí misma no sería abusiva pues tendría un resultado beneficioso para el consumidor. No obstante, el hecho de hacer aparecer en forma imprevisible, sorpresiva y artera una cláusula que es inhabitual, redundaría en un acto reñido con la lealtad y la buena fe.

Lo abusivo entonces es el comportamiento negocial que lesiona la voluntad mediante lo sorpresivo e imprevisible y no la cláusula en sí misma que puede ser abusiva o no.

Tanto el Derecho comunitario europeo como el Derecho español, incluyen en sus respectivos catálogos a las llamadas cláusulas sorpresivas. El derecho argentino, en cambio, no tiene una referencia específica, pero resulta innegable que su inclusión viola la exigencia de la buena fe contenida en el art. 37 de la Ley 24.40 y provoca la nulidad de esa cláusula sorpresiva e incluso del contrato en su conjunto, tal como se verá más adelante.

3.1.2.4. La inclusión de espacios en blanco.

En el Derecho paritario argentino la inclusión de espacios en blanco dentro de un título contractual, o de otro documento, como por ejemplo un pagaré, es considerada una autorización tácita, conferida al tenedor del título, para que lo llene de la manera que mejor le parezca y es la parte contraria la que debe demostrar que el espacio en blanco ha sido llenado abusivamente, pero el solo hecho de llenar el espacio no se entiende como una conducta abusiva.

¿Qué pasa en el sistema consumerista? Se repite aquí la misma pregunta que en el párrafo anterior: ¿Estamos ante una cláusula abusiva o ante un comportamiento negocial abusivo?

El hecho de dejar un espacio en blanco que puede ser llenado a su antojo por el proveedor es sin duda un aprovechamiento de este último que, valiéndose de su superioridad negocial, adquiere una ventaja injustificada que altera el sinalagma contractual. Este solo hecho, independientemente de cómo se llenen los espacios, es reprochable y hace pasible al proveedor de las sanciones previstas en la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240).

Ahora bien, si además el proveedor llena los espacios en blanco de forma tal que adquiera una ventaja injustificada, habrá pergeñado una típica cláusula abusiva que producirá todas las consecuencias previstas en la norma para tal tipo de cláusulas.

3.1.3. Los comportamientos negociales que afectan el derecho a la información.

La información es un derecho del consumidor y correlativamente una obligación del proveedor. Esto queda fuera de toda discusión en los sistemas jurídicos que estoy comparando y es que la creciente complejidad técnica de los negocios modernos convierte a la información en un requisito insustituible para la autosuficiencia de los contratos¹².

El deber de información es una estrategia diseñada por el legislador para reducir, de alguna forma, la brecha entre el consumidor y el proveedor de forma tal que aquel cuente de antemano con los datos mínimos que le permitan comprender las características del acuerdo que celebra. Ciertamente que con ello no alcanza para lograr la paridad, pero es un importante progreso en tal sentido.

Violar este derecho subjetivo del consumidor, solo puede constituir un abuso negocial.

Entre los supuestos más frecuentes de comportamientos negociales abusivos que se traducen en una violación al deber de información, aparecen los que analizaré a continuación.

¹² OSSOLA, Federico y VALLESPINOS, Gustavo. La Obligación de Informar. Advocatus. Córdoba 2001, p.20.

3.1.3.1. La omisión de informar datos obligatorios.

En los sistemas jurídicos comparados existen disposiciones precisas que imponen al proveedor el deber de informar determinados datos. Su omisión implica, a no dudarlo, un comportamiento negocial abusivo.

Tal como lo dije anteriormente el conocimiento de ciertas características del producto o servicio, así como también del negocio que se celebra para acceder a ellos, tiene por finalidad achicar la brecha entre consumidor y proveedor.

En el Derecho argentino la omisión al deber de información puede provocar hasta la nulidad del contrato, pues se entiende que el consumidor, sin esa información, no llegó a formar su voluntad. Como bien dicen Mosset Iturraspe y Lorenzetti:

Su asentimiento con el que concurre a formar el consentimiento, no puede no debe ser dado en blanco, hijo del desconocimiento, el abuso o la sugestión irresistible. Los motivos determinantes que están en la base de la voluntad declarada, deben ser racionales y razonables, sin engaños, mensajes reticentes, exagerados, aprovechados ¹³

En el Derecho comparado, el Código del Consumidor de Brasil hace una regulación detallada de la información referida a los productos y a los riesgos que ellos pueden ocasionar para la salud del consumidor (art. 8 y 9). Si esos riesgos se conociesen con posterioridad al lanzamiento del producto en el mercado, el proveedor debe comunicar inmediatamente dicha circunstancia mediante anuncios publicitarios (art. 10). Además, el art. 6° tiene una enun-

¹³ MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo Luis. Defensa del Consumidor. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 1993, pág. 83.

ciación genérica, pues entre los derechos del consumidor menciona en el apartado III el de tener información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios con especificación correcta de la cantidad, características, composición calidad y precio.

En el Derecho argentino el artículo 4° de la Ley 24.240 explica que es carga del proveedor dar información cierta y objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales del producto.

A pesar de la proliferación exagerada de adjetivos, muchos de los cuales son sinónimos, la ley argentina deja en claro que la información ha de cumplir un objetivo determinado y que si no lo cumple es insuficiente.

Además en el artículo 36 incluye un detalle de la información que se debe proveer en las operaciones de crédito.

3.1.3.2. Retención del Título.

Este comportamiento negocial abusivo consiste en lo siguiente: el proveedor exige que se firme un contrato escrito pero omite entregar al consumidor una copia de él.

El contrato es un programa de comportamiento futuro¹⁴. Resulta de suma importancia que el consumidor tenga permanente acceso al contenido de lo estipulado, pues allí consta la extensión de sus derechos y obligaciones. La imposibilidad de este “*chequeo*” constante, coloca a quien lo padece en una situación de desventaja evidente.

¹⁴ Aun cuando se trate de un contrato extintivo como la transacción.

Además el título contractual es una prueba fundamental ante la hipótesis de un litigio. El no tenerlo, sin dudas que desalienta toda posibilidad de hacer valer los derechos en juicio.

La retención del título contractual podría considerarse una modalidad de privación de información pero, tal como lo dije, va mucho más allá de eso pues priva al consumidor de una prueba fundamental a la hora de hacer valer sus derechos

El Derecho argentino no tiene una norma genérica que obligue al proveedor a entregar el título contractual o prevea sanciones específicas para esta omisión.

En la regulación referida a los servicios públicos se impone a las empresas proveedoras del servicio la obligación de entregar al consumidor constancia escrita de las condiciones de prestación y mantener tal información disponible.

En la compraventa de cosas muebles el artículo 10 se exige la entrega al consumidor de un ejemplar del instrumento de venta, pero ello solo rige para la compra de cosas muebles.

No se entiende porque no se impuso igual carga a todos los proveedores, cualquiera sea el objeto contractual. Esto es particularmente grave tratándose de predisponentes bancarios. Es muy común que no se entregue al consumidor una copia del contrato bancario. Cualquier abogado consumerista sabe los inconvenientes que implica esta práctica. El cliente llega al estudio y relata un abuso evidente cometido por el banco, sin embargo no tiene copia del contrato, en consecuencia habrá que iniciar unas medidas preparatorias con el dispendio procesal y de tiempo que ello significará.

En el Derecho comunitario europeo tampoco hay una obligación específica de entregar copia del título contractual

En España en cambio hay puntuales especificaciones al respecto en el art. 10.1. de la LGDCU reformada por la LCGC.

3.1.3.3. Oscuridad en las apariencias del Título:

Cuando el contrato de consumo es, además, un contrato de adhesión, el proveedor predisponente tiene la carga de velar para que el instrumento contractual sea fácilmente legible.

En Argentina la res. 906/98 S.C.I. y M. establece detalladamente cual es el tipo de letra que se ha de utilizar así como también el tamaño mínimo que ella ha de tener. También regula los espacios interlineales y el contraste necesario entre el color del papel y el color de la letra.

La violación a lo dispuesto por la Res. 906/98 SCI y M implica transgresión del deber de información.

Quizás pueda criticarse a la Res. 906/96 SCI y M, el ser excesivamente detallista, sin embargo ha servido para combatir la costumbre generalizada de predisponer contratos ilegibles. Esto estaba tan arraigado en nuestra sociedad que coloquialmente suele hablarse de “*letra chica*” para referirse a aquellas cuestiones ocultas que no pudieron preverse.

3.1.3.4. Oscuridad en la redacción contractual.

El proveedor también debe encargarse de que las palabras, la sintaxis, la redacción del instrumento sea de fácil comprensión para un lector de instrucción media.

En el Derecho comunitario europeo se exige expresamente que la redacción sea clara y comprensible, sobre todo respecto a las llamadas cláusulas nucleares (*hauptleistungen*).

La violación a este deber es uno de los pocos supuestos donde se permite la declaración de nulidad de estas cláusulas nucleares.

En el Derecho español, con iguales consecuencias, se exige que la redacción de cada cláusula sea clara, concreta, sencilla y de buena fe. Es que todo ello hace a la fácil hermenéutica del texto y, por eso, deben considerarse especificaciones del requisito de comprensibilidad contenido en el Derecho comunitario.

El Derecho argentino, en este aspecto es más detallista. Por una parte el artículo 3 de la Ley 24.240 exige que la información al consumidor sea veraz y eficiente, la eficacia en la redacción de los contratos alude a su comprensibilidad y por lo tanto incluye los requisitos de claridad concreción y sencillez.

Por otro lado, el art. 10, aunque solo se refiere al contrato de venta de cosas muebles, exige que el instrumento esté redactado en idioma nacional. Sería muy importante que esta última obligación se extendiera a todo tipo de contrato, especialmente en materia bancaria o de seguro donde los predisponentes suelen incluir palabras o frases en otros idiomas que, si bien pueden ser de uso frecuente en ese ámbito específico, no resultan comprensibles para la mayoría de los consumidores y tienen una posibilidad de traducción al castellano.

La jurisprudencia argentina ha dicho:

“Los contratos predisuestos celebrados por adhesión deben redactarse de manera clara, completa, en el lenguaje de la gente común y ser asequibles al adherente, ya que la validez de dichos contratos depende de que se mantenga la equivalencia en la relación negocial, satisfaciendo los recaudos de moralidad, licitud y congruencia”

3.2. Clasificación según la etapa negocial en que aparecen.

El contrato de consumo, como casi todo contrato, no se limita al momento en que se produce el acuerdo de voluntades sino que es un *iter* que comienza a desarrollarse antes de ese acto y persiste en el tiempo pues, por su naturaleza, regula la conducta de ambos contratantes.

Es natural, entonces que los comportamientos negociales abusivos puedan aparecer antes de la celebración del acto; durante dicho momento o después de ello.

3.2.1. Comportamientos negociales abusivos precontractuales.

En la etapa precontractual el consumidor puede ser víctima de todo un catálogo de conductas abusivas tendentes a torcer su voluntad y constreñirlo a celebrar un contrato que normalmente no hubiera celebrado si no hubiera sido objeto de tales estrategias.

Ejemplos de esos comportamientos abusivos precontractuales son la publicidad engañosa, el marketing conductista, los actos obstructivos de la concurrencia, la omisión de informar, etcétera. Ya me he referido a ellos y no caben reiteraciones.

No obstante hay ocasiones en que el daño derivado del abuso no consiste en una contratación involuntaria, sino en perjuicios distintos.

3.2.1.1. El bystander.

Las técnicas de marketing indican diferentes estrategias para facilitar y promover el acceso del consumidor a los locales de venta. Se trata de servicios accesorios gratuitos y promocionales. Entre

ellos pueden mencionarse el servicio de estacionamiento o las amenidades de los centros de compra para atraer a potenciales clientes.

Es posible que alguien utilice de esos servicios pero, por determinadas circunstancias, no contrate y sin embargo sufra daños en su persona o en las cosas de su propiedad (automotor) debido a que el potencial proveedor no cumplió con las precauciones necesarias para evitarlo. Es lo que en el Derecho comparado se denomina *bystander*.

En Argentina, la Ley 24.240 en su definición de consumidor no permite extender la tutela a estos sujetos, pues mientras no contraten no son considerados consumidores. Diferente es el tratamiento que tiene la cuestión en el Derecho comparado.

El instituto, como su nombre lo indica, es de origen anglosajón, pero entre los países del Derecho continental romanista fue la doctrina brasileña la que se ha encargado de estudiar con mayor profundidad a este particular tipo de consumidor¹⁵

En 1996, la justicia brasileña tuvo oportunidad de decidir a este respecto en el caso “*Osasco Plaza Shopping*”. En la ciudad de Osasco, se produjo un incendio en un centro de compras debido a una fuga de gas. Hubo varias víctimas, algunos habían comprado y otros no. Sin embargo la jurisprudencia consideró consumidores a todos ellos y para eso se valió del 17 del Código del Consumidor (Ley 8.087) según el cual, para los efectos de la sección sobre responsabilidad por el producto o servicio se equiparan a los consumidores a todas las víctimas del evento.

¹⁵ LIMA MARQUES, Cláudia. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Faculdade de de Direito da UFRGS* vol. 18 – 2000.

En el Derecho comunitario europeo: la Directiva 90/314 CEE sobre viajes combinados, considera consumidor “...a la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado” y la Directiva 94/47 CE sobre utilización de inmuebles en tiempo compartido tipifica al consumidor como la persona “destinataria de la creación del derecho objeto del presente contrato”.

En algunos Derechos nacionales, como el maltés, el bajo canadiense, el peruano, el ecuatoriano y el costarricense la definición de consumidor contenida en sus respectivas legislaciones es lo suficientemente amplia como para poder incluir al *bystander* mediante una hermenéutica progresista.

En otros países, como España, el análisis restrictivo de la LGDCU (Ley General de Defensa del Consumidor y el Usuario) no permite sostener la incorporación positiva del instituto, sin embargo han desarrollado una importante evolución jurisprudencial al respecto, así por ejemplo en 1995¹⁶ la Superior Audiencia de Córdoba negó la indemnización reclamada por los daños producidos a un menor lesionado por la explosión de una botella de gaseosa acaecida en un establecimiento comercial y sin la menor intervención de la víctima. El Tribunal Supremo dijo que:

No existe responsabilidad ex LGDCU porque el menor no es un consumidor, sino un mero *bystander*; tampoco ex 1902 CC porque no existe negligencia por parte de los operarios de la tienda de comestibles.

Sin embargo, casi dos años más tarde el mismo tribunal, en la causa “*Berdugo y Goetz de la Torre contra Andaluza de Bebidas Carbónicas S.A.*” vuelve pasos contra su propia doctrina y reconoce el

¹⁶ SAP Córdoba 13.6.95 (AC 1995, 1236; MP: Francisco de Paula Sánchez Zamorano). *Francisco J. L. c. David T. L. y Santa Lucía, S.A.* Daños

carácter de consumidor a quien no contrató directamente con el proveedor¹⁷

Otro caso similar al anterior es el de quien recibe un producto o un servicio como una muestra promocional de lo que obtendría si contratase y ese producto o servicio promocional le genera algún daño.

En Argentina, y en este sentido, el decreto 1798/94, reglamentario de la Ley 24.240 dice:

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

3.2.1.2. La publicidad ofensiva.

Sostienen Mosset Iturraspe y Lorenzetti que entre los principios que regulan la publicidad comercial hay algunos de orden público que vedan aquella que atenta contra la igualdad democrática, promueve la discriminación; desconoce los derechos del niño, de la mujer, la ancianidad; compromete la privacidad de las personas o atenta contra el medio ambiente, etcétera¹⁸.

Es natural que sea así. El consumidor puede ser víctima tanto de un perjuicio material como de otro de naturaleza espiritual y ha de ser protegido en ambas circunstancias

¹⁷ SAP Córdoba 21.3.97 (AC 1997, 2198; MP: Juan Ramón Berdugo y Góez de la Torre). *Francisco J. L. c. Andaluza de Bebidas Carbónicas, S.A*

¹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI Ricardo. op cit. pag. 82.

3.2.2. Comportamientos abusivos contractuales.

El abuso negocial puede cometerse al momento de contratar. Ello es lo más frecuente y no necesita de mayores especificaciones.

Ya me referí a ellos cuando analicé la oscuridad en las cláusulas predispuestas; la ilegibilidad del título en los contratos de adhesión, la introducción de cláusulas sorpresivas etcétera.

3.2.3. Comportamientos negociales abusivos en la etapa de ejecución.

Obviamente en la etapa de cumplimiento del contrato también se pueden presentar, y de hecho se presentan, varios abusos negociales.

El llenado desleal de espacios en blanco y en general el ejercicio de las facultades obtenidas mediante cláusulas abusivas, son en sí mismos comportamientos negociales abusivos que aparecen en la etapa de ejecución del contrato.

4. Metodología utilizada en el tratamiento legislativo.

Corresponde ahora estudiar el método seguido por las distintas legislaciones comparadas en el tratamiento de los abusos negociales.

En primer lugar, expondré la sistematización seguida por el Derecho español, el comunitario europeo y el argentino para después analizarlas comparativamente y concluir con las críticas que pueden hacerse a ambos.

4.1. Derecho español.

La legislación española de protección del consumo, se caracteriza por una profunda dispersión normativa.

La Ley 84/26 de Defensa de los Consumidores, se refiere a las cláusulas abusivas en los arts. 10, 10 bis. y 10 ter. Paralelamente se aplica la ley 98/7 de Condiciones Generales de Contratación que rige para todo tipo de contrato y no solo los de consumo

El art. 10 bis de la LGDCU contiene un tipo abierto que se complementa con el listado de cláusulas previstas en la LCGC. Respecto a estas últimas, se ha discutido en doctrina, si se trata de una lista negra o de una lista gris, es decir si las cláusulas enumeradas serán siempre abusivas o si todo dependerá del contexto comercial en el cual fueron incorporadas.

La propia definición de cláusula abusivas que hace el art. 10 bis, parece inclinar la balanza hacia la segunda hipótesis, ya que una cláusula para ser considerada abusiva, debe traducir un desequilibrio inequitativo para el consumidor. Es decir que aun cuando la cláusula esté en el catálogo, no será abusiva si no produce inequidad.

Las cláusulas presuntamente abusivas, han sido clasificadas por la ley española en cinco grupos: Las que vinculan el contrato a la sola voluntad del proveedor; las que privan de derechos básicos del consumidor; la que implican una falta de reciprocidad; las relativas a las garantía y otras.

La consecuencia de que una cláusula sea declarada abusiva es la no incorporación al contrato. En tal caso el contrato debe ser integrado por el juez conforme a la buena fe, los usos y la ley (art. 1258 del Código Civil).

En cuanto a los comportamientos negociales abusivos aparecen supuestos de ellos en la ley 84/26; en la ley 98/7; en la ley 98/34 sobre publicidad; etcétera. Las penalidades para ellos son de diferente gravedad y van desde multa hasta la nulidad de la disposición que los contenga o fuera su resultado.

El art. 10 de la LCGC, prevé un supuesto excepcional de ineficacia del contrato en su conjunto¹⁹ cuando este no pueda subsistir sin las cláusulas excluidas.

La conclusión es que algunos comportamientos negociales abusivos pueden quitar virtualidad a todo el contrato y no a una sola cláusula, tal es lo que ocurrirá por ejemplo con la ilegibilidad del instrumento.

4.2. Derecho comunitario europeo.

La Comunidad europea ha elaborado la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, agregándole un anexo que contiene ejemplos de cláusulas que podrían ser calificadas como tales.

El sistema es similar al español²⁰ con muy pocas diferencias que son las siguientes:

1-La Directiva solo se aplica a la relación de consumo mientras que la LCGC española rige para todos los contratos.

2-En la Directiva, se considera que la cláusula abusiva no vincula al consumidor, pero no impide que este la haga valer contra el proveedor si resultara conveniente para sus intereses; para la

¹⁹ BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel. Curso sobre protección jurídica de los consumidores. Mc Graw Hill, Madrid 1990, pág. 182.

²⁰ Lo cual no es de extrañar ya que este último ha debido sufrir un proceso de adaptación a la directiva comunitaria.

LCGC, en cambio, la cláusula nula se tiene por no escrita o utilizando palabras textuales de la norma *no se incorpora al contrato*.

Al igual que en la LCGC, en la Directiva 93/13 se tratan promiscuamente supuestos de cláusulas abusivas y de comportamientos negociales abusivos. Ellos son: la redacción poco clara del instrumento predispuesto²¹ y la inclusión de cláusulas sorpresivas²².

Las consecuencias previstas para ambos son: en el primer caso, la interpretación contraria al predisponente y en el segundo caso la esterilidad de la cláusula sorpresiva para vincular al consumidor.

4.3. Derecho argentino.

En Argentina el tratamiento de los abusos negociales, se hace en el art. 37 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios (24.240).

En vez de elaborar un listado de cláusulas presuntamente abusivas, se ha optado por sintetizarlas en cinco grupos: cláusulas que desnaturalizan las obligaciones; cláusulas que limiten la responsabilidad por daños; cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor; cláusulas que amplíen los derechos de la otra parte; cláusulas que importen la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La declaración de abusiva de la cláusula implica su nulidad sin perjuicio de la subsistencia del contrato que debe ser integrado judicialmente.

²¹ Art. 5.

²² Anexo, inc. "h".

Aparte, contiene tres supuestos de comportamientos negociales abusivos que autorizan al consumidor a demandar la nulidad del contrato en su conjunto. Ellos son: la violación del deber de buena fe por parte del profesional, ya sea al momento de celebrar el contrato o en la etapa previa al mismo; la violación al deber de información y la violación a la legislación de defensa de la competencia.

Es necesario aclarar que estos supuestos, pueden traducirse tanto en la cláusula como en un comportamiento negocial abusivo.

4.4. Análisis crítico.

En cuanto al método adoptado por los Derechos comparados, se pueden hacer las siguientes observaciones:

4.4.1. Método del Derecho español.

Las cláusulas presuntamente abusivas contenidas en el art. 10 bis, de la Ley de Condiciones Generales de Contratación de España, exigen para su control, que se trate de una relación de consumo: Es por ello que debieron ser incluidas en la Ley de Defensa del Consumidor y no en la Ley de Condiciones Generales de Contratación.

Quizás el equívoco vino de la tendencia manifiesta en la doctrina europea²³ de equiparar defensa del consumidor, con defensa del débil económico y esto es un error. El consumidor es protegido, no por su debilidad económica, sino por su falta de profesionalidad en la materia sobre la cual se encuentra negociando.

²³ BOTANA GARCÍA Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel. Curso Sobre Protección Jurídica de los Consumidores. Mc. Graw Hill ; Madrid 1999 pág. 8 y 21 a 24.

Puede darse el caso de un consumidor económicamente más fuerte que el proveedor pero igualmente necesitado de tutela.

En las I Jornadas Nacionales de Derecho del Consumo, celebradas en la ciudad de Tucumán, en octubre de 2001, se puso el ejemplo del turista que transitando una ruta, se detiene a comprar dulces al artesano que los elabora; posiblemente el turista, sea económicamente mucho más fuerte que el artesano, sin embargo este último tiene a su favor el conocimiento del producto y su comercialización, conocimiento que le permite abusar del turista y que, en consecuencia, hace merecedor a este último de la tutela legal.

En síntesis, el tratamiento de las cláusulas abusivas, debió hacerse en la ley de defensa del consumidor y no en la LCGC. Ciertamente, las cláusulas abusivas deben ser reguladas siempre, se trate de una relación de consumo o no, sin embargo la dinámica del consumo exige prevenciones especiales que justifican un tratamiento legislativo diferenciado.

La sistematización de supuestos resulta defectuosa, por ejemplo bajo el título IV de la ley española, denominado “Sobre garantías”, se incluye el supuesto de cláusulas que impongan alteración de la carga de la prueba. Esto en realidad no tiene nada que ver con el sistema de garantías y debió haberse previsto tutela para todos los casos.

También en la ley española se regulan cláusulas distintas en un mismo supuesto, por ejemplo, los apartados 1, 2, 10, etc.

También en el derecho español se confunden cláusulas abusivas, y se trata como tales, supuestos que no son sino comporta-

mientos negociales abusivos como tales como el contenido en la primera parte del apartado 20.²⁴

Por último la enunciación de cláusulas es excesivamente casuística lo que constituye un error desde el punto de vista técnico. El legislador tiene por función dictar normas generales y abstractas y es el juez quien deberá adaptarlas al caso concreto. Por otro lado, al menos en Argentina, elaborar un listado de cláusulas supuestamente abusivas, provocará que el juez sea especialmente estricto a la hora de recurrir al tipo abierto para calificar de tal a una cláusula no incluida expresamente.

4.4.2. El Derecho comunitario europeo.

Respecto al derecho español, la Directiva CEE 93/13, tiene la ventaja de haber elaborado un sistema aplicable solo a las relaciones de consumo.

No ha intentado sistematizar los supuestos de cláusulas abusivas. Evitó así caer en los errores de la LCGC española.

La redacción de los supuestos es menos casuística. Sin embargo trata promiscuamente casos de cláusulas abusivas y de comportamientos negociales abusivos. Tal es lo que ocurre en el inciso “i”, donde el abuso radica no en el contenido de la cláusula (que puede ser abusiva o no), sino en la obstaculización de la debida reflexión.

Cabe también decir lo mismo que se ha objetado a la legislación española sobre la inconveniencia de un sistema de listado ejemplificativo.

²⁴ declaración de recepción o conformidad con hechos ficticios.

4.4.3. Derecho argentino.

La legislación argentina tiene frente a las demás, importantes ventajas.

La síntesis genérica de cláusulas, contrariamente a la enunciación, permite incluir con cierta facilidad, supuestos no previstos por el legislador.

Constantemente están apareciendo nuevos supuestos de cláusulas abusivas que hasta ayer no habrían sido posibles de prever pero que pueden ser encuadradas dentro de los tipos relativamente amplios sintetizados por la norma.

Por otro lado, el art. 37 distingue cláusulas abusivas y comportamientos negociales abusivos atribuyéndoles distintas consecuencias.

Las cláusulas abusivas, salvo casos especiales, no provocan la nulidad del contrato, los comportamientos abusivos sí.

Cabe aclarar que los comportamientos abusivos contemplados en el artículo 37 son de una gravedad tal que afectan a la voluntad del contratante y por ello autorizan a que el consumidor pida la nulidad del contrato, es decir que no se trata de cualquier comportamiento abusivo, sino solo de aquellos particularmente graves.

Puede decirse en contra de la norma argentina, que sin ningún motivo aparente, engloba en los incisos a y b, dos grupos distintos en cada uno y hubiera sido técnicamente aconsejable utilizar un inciso para cada supuesto.

Por último, los supuestos contenidos en el inc. b (renuncia de los derechos del consumidor y ampliación de los derechos de la otra parte), debieron haber sido acotados de alguna manera. Pen-

semos que todo contrato implica la renuncia a un derecho para adquirir otro o ampliar uno existente. Si tomamos en forma literal el texto del inc. b, llegaríamos a la conclusión que todo contrato es nulo ya que siempre se tratará de una renuncia a un derecho subjetivo por parte del consumidor y una ampliación de derechos por parte del profesional. La norma debió limitar el supuesto a casos donde la renuncia por un lado y la ampliación por el otro, resultan graves o desproporcionadas y no a todo tipo de renuncia y ampliación de derechos.

En síntesis, de los sistemas comparados surgen defectos y virtudes que deberán ser considerados ante una posible reforma.

Bibliografía

BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel. Curso sobre protección jurídica de los consumidores. Mc Graw Hill, Madrid 1990.

CHABAS Francois “El régimen de cláusulas abusivas en el Derecho francés” Rev. De Derecho Comparado. 2. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2000.

DELGADO ZEGARRA, Jaime. Control de publicidad y Comercialización en *Defensa de los Consumidores de productos y servicio*” Gabriel Stiglitz dir. La Rocca, Barcelona 2001.

LIMA MARQUES, Claudia. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com base no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Faculdade de de Direito da UFRGS* vol. 18 – 2000.

LORENZETTI, RICARDO Luis. Consumidores. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003.

MATTELART, Armand. La publicidad. Editorial Paidós Comunicación, Barcelona, 2000

MORENO RODRIGUEZ, José Antonio. Cláusulas contractuales abusivas en el Derecho paraguayo. *Rev. De Derecho Comparado*. 2. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2000.

MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORNZETTI, Ricardo Luis. Defensa del Consumidor. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 1993.

O'FARRELL, Miguel. La publicidad comparativa en el derecho argentino. *Rev. La Ley* diario del 20 de Octubre de 1995.

OSSOLA, Federico y VALLESPINOS, Gustavo. La Obligación de Informar. *Advocatus*. Córdoba 2001.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Las cláusulas abusivas en el ordenamiento civil peruano” en *Rev. De Derecho Comparado*. 2. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires 2000.

RIESEMBERG, Germán. Marketing y Publicidad: Una reflexión ética en *Derecho del Consumidor*. Gabriel Stiglitz dir. T.11, *Juris*, Rosario 2000.

STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ Gabriel. El control de las cláusulas contractuales predisuestas en el Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial en *Derecho del Consumidor*. 2. *Juris*. Rosario. 2000.

Los daños punitivos: una solución frente al ilícito de consumo frecuente

por Günther Enrique Flass

Publicado en: Boletín del Instituto de Derecho Civil y Comparado. U.N.T. Marzo de 2005.
Texto provisto por el autor

SINTESIS

El presente artículo se refiere a los daños punitivos; su necesidad y su utilidad; la compatibilidad dentro del sistema continental de Derecho; la forma en que la doctrina y la jurisprudencia han abordado el tema.

INDICE

1. Introducción:
- 2-Causas del Bajo Nivel de Regencia de las Normas Tutelares del Consumidor:
 - 2.1. Cosmovisión de la Posmodernidad:
 - 2.2. Desconocimiento de la Norma:
 - 2.3. Carácter Expansivo del Ilícito de Consumo:
 - 2.4. Bajos Niveles de Punición Estatal:
 - 2.5. Pauperización de las Organizaciones de Consumidores:
 - 2.6. Estadística Perversa:
- 3-Algunas Soluciones al Bajo Nivel de Regencia de las Normas de Defensa del Consumidor:
4. El daño ejemplar. Presentación del instituto:
5. La recepción en los sistemas romanistas:
 - 5.1. Francia:

- 5.2. Italia:
- 5.3. Alemania:
- 5.4. Canadá:
- 5.5. España:
- 5.6. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
- 6. Situación En Argentina:
 - 6.1. Doctrina:
 - 6.2. Jurisprudencia:
 - 6.2.1. Fallos que Niegan la Aplicación de los Daños Punitivos:
 - 6.2.2. Fallos que otorgan Contenido Punitivo al Daño Moral:
 - 6.2.3. Fallos que niegan el contenido Punitivo del Daño Moral:
 - 6.2.4. Análisis Crítico:
 - 6.3. Los Daños Punitivos en el proyecto de reforma del Código Civil de 1998:
- 7. Utilidad de los Daños Punitivos:
 - 7.1. Función Disuasiva:
 - 7.2. Posibilitará la sana competencia:
 - 7.3. Incrementará el nivel de defensa de los propios derechos:
 - 7.4. Solventará el mantenimiento de las organizaciones de consumidores:
 - 7.5. Otorgará una plena satisfacción a la víctima:
 - 7.6. Fomentará la confianza en el mercado:
- 8. Conclusión:

1. Introducción.

Toda ley se dicta para solucionar una situación de injusticia generalizada. Si la injusticia se acaba o disminuye sustancialmente, podemos decir que la ley ha triunfado, caso contrario el fracaso es indiscutible.

Hay quien compara a las leyes con relojes cuyas piezas pueden ser perfectas y estar colocadas en el lugar exacto y no funcionar. No es en el gabinete de un legislador, sino en los tribunales donde se demuestran que una norma está viva.

Dicho de otra forma, no basta con la vigencia y exigencia de una ley, sino que además debe tener regencia, del latín *res - génesis* es decir generado en las cosas, en lo real, puesto en obra²⁵.

A diez años de la sanción de la Ley de Defensa de los Consumidores, poco ha mejorado la situación del sujeto tutelado.

El nivel de acatamiento de la norma (regencia), es bastante bajo y frente a ello, tenemos dos caminos: O sustituimos la norma defectuosa por otra nueva o aplicamos los correctivos necesarios. La primera solución tiene la desventaja de que la nueva norma presentará la misma incertidumbre que la anterior. Ello nos obliga a analizar las causas del fenómeno para encontrar soluciones adecuadas que permitan aplicar los correctivos apropiados.

En el camino propuesto habrá que exceder lo puramente jurídico para adentrarse en el estudio de objetos propios de otras ciencias²⁶ ya que contrariamente a lo que pretendía Puffendorf, el derecho no es solo el precipitado de la razón pura²⁷". Toda investigación jurídica debe partir de la realidad humana para encontrar lo que es y lo que no es llegando así al deber ser. No puede ni debe

²⁵ FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo. "Filosofía del Derecho". Depalma. Buenos Aires. 1994 pág 245.

²⁶ Esto no solo es inevitable sino aconsejable. Es patrimonio del jurista el ser realista y realismo significa estar atento a la cotideaneidad.

²⁷ Puffendorf, para escribir su monumental Tratado de Derecho, decidió aislarse durante cuatro o cinco años en un castillo de la Selva Negra; algunos alumnos le dijeron: "Mientras usted esté encerrado, la vida va a seguir transcurriendo ¿No puede eso incidir sobre su obra?", el maestro alemán contestó: "La realidad solo sirve para ensuciar el derecho, para enturbiar las relaciones jurídicas. El Derecho es solo un precipitado de la razón pura

entonces, prescindirse del conjunto de ciencias que estudian lo humano²⁸, por eso pido se me permitan algunas consideraciones sobre cuestiones extrajurídicas indispensables para conocer las causas del bajo nivel de regencia de la Ley de Defensa del Consumidor e intentar soluciones valederas.

2. Causas del Bajo Nivel de Regencia de las Normas Tutelares del Consumidor.

2.1. Cosmovisión de la Posmodernidad.

La palabra posmodernidad ha sido degradada al punto de mentar cualquier cosa que sea actual, sin embargo en sí misma y despojándola de contenidos caprichosos, el término sirve para designar una cosmovisión, una particular forma de ver las cosas, de concebir el todo (cosmos), propio de una época o mejor dicho de los hombres que por su posición de dirigencia política, económica, cultural etc., marcan el ritmo de esa particular porción de la historia.

La palabra posmodernidad expresa acabadamente la idea, el logos que pretende transmitir, *make a sens* dirían los materialistas británicos.

El hombre actual, en su superlativa superficialidad, no ha sido capaz de encontrar el sentido de la época. Ha dejado atrás lo moderno (decir que se lo ha superado resultaría presuntuoso), sin crear paralelamente un nuevo ideal, de allí que para calificar a estos tiempos se utilice el prefijo “pos”. La nueva era es “pos” todo y “pro” nada o muy poco.

²⁸ FERNANDEZ SABATÉ, Edgardo: op. cit. p. 7

El hombre y la sociedad por él integrada se han vuelto “*lights*”²⁹, superficiales y carentes de compromiso, sus principales características son:

Materialismo: No en el sentido de la corriente filosófica de igual nombre, sino en cuanto a que el reconocimiento social, la valoración pública encuentra como único justificativo el ganar dinero sin importar como ni para qué.

El ideal del héroe medieval o del científico del racionalismo, ha sido suplantado por el “*yuppi*” un personaje inescrupuloso, que desdeña las cuestiones morales, con una amplia habilidad para hacer dinero y el conocimiento técnico profundo de todos los procedimientos financieros.

Hedonismo: Frecuentemente se sublima la búsqueda del placer a cualquier precio y sin reparar en consecuencias futuras. Perseguimos el gozo ilimitado, irresponsable y milenarista, hay que vivir como si el mundo se fuera a acabar mañana.

Permisividad: Los valores ya no valen. José Ingenieros decía a principios del s. XX “La concepción dinámica de los tiempos, relega a la vitrina de los museos esas momias éticas”³⁰

La red axiológica que contenía a las relaciones humanas en el pasado, no ha sido sustituida, sino aniquilada, frases tan en boga como “*todo vale*” o “*qué más da*” resultan emblemáticas.

²⁹ ROJAS, Enrique: “El Hombre Light” Planeta, Buenos Aires 1992 página 13-16.

³⁰ INGENIEROS, José. “Las Fuerzas Morales”. Buró. Buenos Aires 1998. página, 12.

Consumismo: Se consume no solo ya para alcanzar la “*utopía del confort*” propia de la modernidad, sino también a fin de aparentar.

En todas las épocas, el individuo buscó el reconocimiento de sus congéneres; cuando el ideal era la valentía había que tratar de ser héroes, cuando el ideal era la religiosidad había que tratar de ser santos, cuando el ideal era el conocimiento y la racionalidad había que tratar de ser cultos e inteligente; hoy el ideal es ganar dinero por lo tanto hay que tratar de ser ricos.

Sin embargo siempre fue difícil alcanzar el ideal imperante y en todos los tiempos hubo cobardes que aparentaban valentía, disolutos vestidos de santos y necios que pretendían parecer inteligentes invocando argumentos ajenos. Hoy se pretende aparentar riquezas aunque no se tengan, lo superfluo se ha vuelto necesario pero no por las cualidades intrínsecas de la cosa o el producto, sino por la necesidad de tenerlo.

Hay una “*leyenda urbana*” que resulta emblemática: Cierta vez, un sujeto con traza de ejecutivo, traje bien cortado, portafolio a la moda, caminaba por la ciudad apurado y hablando por su teléfono celular; concentrado en estos quehaceres, inadvertidamente cayó a un pozo y quedó atrapado; cuando la gente se acercó a ayudarlo le pidieron al ejecutivo el teléfono celular a fin de llamar a los paramédicos y allí se vio en la obligación de confesar que se trataba de un teléfono de juguete. El supuesto ejecutivo, no hablaba con nadie, solo hacía “*como que...*”, si caminaba concentrado, no era en el importante negocio que aparentaba realizar, sino en la escenografía que había montado para los demás.

“*Presunciones y pobreza, todo de una misma pieza*”, dice un viejo refrán español de increíble vigencia.

Superficialidad: El hombre *light* pasa por la vida sin comprometerse, acumula datos pero no elabora con ellos nuevos conceptos, es espectador por antonomasia, nunca o casi nunca actúa, ve la vida pero no la vive, de allí su adicción a las revistas del corazón y los *reality shows* “*Adictos a vivir vidas ajenas*” dice una canción.

Especialidad: El conocimiento humano ha alcanzado tal grado de extensión que resulta imposible abarcarlo todo; el hombre del renacimiento, artista, filósofo, alquimista y matemático a la vez, hoy es impensable. Ante la dificultad de saber de todo un poco, se renuncia conformándose con saber todo de poco y ese poco es cada vez mas poco, el conocimiento se ha atomizado y cada individuo, encerrado en su partícula gnoseológica ignora lo que transcurre fuera de él.

La sociedad posmoderna, incapaz de crear nuevos sistemas, ha reeditado el liberalismo agregándole la partícula “*neo*”, pero la historia no se repite, el “*neo*” liberalismo es un reflejo empobrecido, una mala copia de lo que en el siglo diecinueve constituyó un indiscutible logro humano.

Los totalitarismos han desaparecido, la libertad política es un hecho en casi todo el planeta, sin embargo la libertad personal concebida como autonomía, independencia de criterios, ser uno mismo, dirigir los propios pasos hacia donde uno crea que es mejor y dentro de un orden, está lejos de ser alcanzada.

Lo dicho no significa que todos respondamos a ese estereotipo, como ya lo mencioné anteriormente, la cosmovisión de una época no es creación de todos sino solamente de aquellos que tienen preeminencia política, económica, intelectual etc.

El marco descripto, tampoco pretende ser un análisis exhaustivo del fenómeno sociológico, ya que ello excede la finalidad del presente trabajo y sobre todo los conocimientos de quien escri-

be, tampoco significa que todos respondamos al estereotipo señalado, constituye solo un paneo del que se pueden extraer conclusiones útiles.

El consumidor de hoy, en su búsqueda del placer (hedonismo), sobrevalora el tener (materialismo) como medio para el reconocimiento social (consumismo), no compra por que quiere sino porque “*debe*”, el consumir ha dejado de ser en buena parte el resultado de un acto libre y racional para constituirse en una compulsión.

La especialización y la superficialidad han creado grandes diferencias en el poder negocial. Frente a un proveedor altamente especializado, se encuentra un consumidor con conocimientos menos que someros³¹ La sociedad, al reeditar el liberalismo ha fortalecido principios jurídicos que venían siendo puestos en duda como la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la igualdad de los contratantes, pero hoy ellos no pasan de ser meras ficciones. Siempre fueron ficciones “*jurídicas*”, y como tales, tenían basamento en lo habitualmente. Hoy la habitualidad es la inversa, la voluntad no suele ser autónoma, los contratantes casi nunca son iguales y el contrato responde más a una compulsión que a una libre elección, la ficción jurídica debería ser también la inversa a la de los códigos decimonónicos, sin embargo, desde la óptica neoliberal esto es inaceptable, implicaría el reconocimiento del propio fracaso, el admitir que es erróneo ser “*neo*” algo, significaría reconocer la necesidad imperiosa de crear un nuevo sistema ideológico conforme a los tiempos actuales que no presuma la autonomía, igualdad y libertad de los contratantes, sino que consciente de su versatilidad procure los medios necesarios para asegurarlas.

³¹ RISEMBERG, Germán. “Marketing a la Inversa”, en Derechos del Consumidor, Director Gabriel Stiglitz. T. 10 pág. 91-96.

En síntesis, no se trata de renunciar a la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la igualdad de los contratantes, sino de asumir, que estos elementos indispensables para la equidad negocial, no son fruta silvestre, sino planta de invernadero que necesita de extremos cuidados para florecer.

La sanción de la Ley de Defensa del Consumidor en la Argentina, fue un duro trance. En las actas del debate parlamentario se encuentran voces alarmadas que anatimizaban a la nueva norma como si fuera el principio del Apocalipsis. El diputado por Santa Fe, Alberto Natale, logró con un argumento artero introducir modificaciones al texto original, que convirtieron en letra muerta la protección de los usuarios de servicios públicos domiciliarios. (Art. 25 in fine Ley 24.240)...

El Poder Ejecutivo nacional era contrario a la Ley 24.240, por eso cuando pasó para su promulgación y sabiendo que si ejercía el veto constitucional el Congreso insistiría en su confirmación, echó mano de un recurso de dudosa legalidad: El veto parcial que tornó prácticamente inocua a la norma. Frases contenidas en los considerandos del decreto 2089 tales como *“entorpecer el comercio”*, *“objetivos reñidos con el programa económico del gobierno”* *“evitar la proliferación de juicios”* etc., son una clara muestra del substrato ideológico³²

En el ámbito internacional, las negociaciones por la vigencia de la tutela del consumidor, no fueron menos arduas, la Comisión n°7 del Mercosur, encargada de armonizar las normas de Defensa del Consumidor, se encuentra estancada por las posiciones irreductibles de la Argentina y Brasil; mientras nuestro país puja por dis-

³² RIVERA, Julio César. “El Veto Presidencial a la Ley 24.240” en Revista de Derecho privado y Comunitarios. Directores: Alegría, Héctor y Mosset Iturraspe, Jorge. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 1994, pág. 31-53.

minuir el standart de protección, Brasil argumenta, no sin razón, que dada la envergadura de las organizaciones de consumidores en dicho Estado, medidas de este tipo tendrían consecuencias políticas gravísimas.

Una norma que encuentra tal resistencia en un gran sector de la clase política, solo tendrá vigencia efectiva después de ardua lucha y largo camino.

2.2. Desconocimiento de la Norma.

El art. 42 de la Constitución Nacional impone a las autoridades nacionales la obligación de proveer a la educación para el consumo y el Capítulo XVI de la Ley 24.240 también se ocupa del tema, lo cierto es que muy poco o nada se ha hecho para la difusión de la norma.

La educación para el consumo no integra los planes de enseñanza primaria ni secundaria; solo unas pocas Universidades argentinas contienen en su currícula la Cátedra de Derecho del Consumo.

Tampoco se han hecho campañas de concienciación masiva salvo algunos honrosos y aislados intentos por parte de las organizaciones de consumidores, que al no contar con los medios suficientes quedaron en el marco de las buenas intenciones.

Lo cierto es que el consumidor argentino no conoce sus derechos y por eso no los hace valer. Es un dato fácilmente registrable en el estudio de cualquier abogado consumicionista el que los clientes, víctimas de abusos flagrantes, llegan preguntando “*por si acaso...*” se puede hacer algo.

Una encuesta realizada por el centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacio-

nal de Rosario, revela que solo el 50.6% de los encuestados conoce la existencia de una ley de defensa de los consumidores y escasamente un 30.86 % tiene nociones sobre el contenido global de la misma³³. Cabe destacar que esta encuesta se realizó a la salida de un Banco, con ciudadanos medianamente calificados. Esto nos autorizaría a pensar que una encuesta de opinión global puede arrojar resultados aún más desalentadores.

2.3. Carácter Expansivo del Ilícito de Consumo.

En la Argentina estamos asistiendo a un proceso de concentración de riquezas que produce la centralización de la oferta en un grupo cada vez más reducido de proveedores, ejemplo acabado de ello, son los hipermercados.

Por otro lado la persistencia de la crisis económica ha ido "*pauperizando*" a la sociedad y cerrando a un sector importante de ella, el acceso a gran cantidad de productos y servicios.

El consumidor actual se ve compelido a consumir (consumismo) pero no tiene los medios para hacerlo, en una sociedad donde no tener medios es síntoma de fracaso y rechazo social (materialismo), por otro lado busca el placer momentáneo sin demasiada reflexión sobre el futuro (hedonismo). El resultado es el siguiente: Hay que comprar productos que en apariencia sean de calidad ya que eso otorga al menos la ilusión de riqueza y produce un placer instantáneo sin importar demasiado que el producto sea duradero, basta con que sea barato y accesible a un presupuesto cada vez más reducido. Es el imperio de lo "*descartable*", lo "*todo por dos pesos*" y los "*Rolex de imitación*". Hoy el principal argumento de venta es el precio y la marca, a esta última se la valora no como garantía de

³³ STIGLITZ, Gabriel A.: Derecho del Consumidor, Juris. Rosario 1996. T. VII, pág. 68-71.

calidad, sino como símbolo de status³⁴. Es así que desde la óptica del proveedor, prima el criterio comercial según el cual se debe vender mucho con bajo porcentaje de ganancia individual disminuyendo al máximo los costos aun en perjuicio de la calidad ya que la verdadera ganancia se obtiene por la masividad de la venta.

El ilícito del consumo tiene una primera particularidad: Es lucrativo (sobre ello volveremos más adelante), violar las normas de defensa del consumidor disminuye los costos y respetarlas los aumenta.

En el marco señalado, con una competencia cruenta, márgenes de ganancia por unidad bajos y poco cumplimiento de las normas de defensa de los consumidores, quien pretenda apartarse de la corriente general y cumplir la ley, verá aumentar sus costos y como la demanda en general prefiere el precio por sobre la calidad o confiabilidad del producto, se verá excluido del mercado.

La opción de hierro es: Violar la Ley de Defensa del Consumidor o desaparecer. Queda al descubierto así, la segunda particularidad del ilícito de consumo: Su carácter expansivo. Esto ya fue advertido incluso por la doctrina comercialista, así Richard dice: *“...Es de advertir, como se señala en los análisis formalizados en torno a las legislaciones de la Unión Europea, que las normas que tienden a asegurar buenos productos en el mercado, lealtad en la publicidad y reparación integral de los daños causados al consumidor procuran proteger a las empresas que actúan legítimamente en el mercado. Se entiende que la actitud contraria implicaría subsidiar a los aventureros, cuando no a los inescrupulosos...”*³⁵

³⁴ De allí que no es muy importante si se trata de un original o una imitación bien hecha

³⁵ RICHARD, Efraín Hugo: *“Alteración de los Derechos del Consumidor en Forma Habitual”*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. *“Consumidores”*. Rubinzal Culzoni. Santa Fé 1994, pag. 309-10.

2.4. Bajos Niveles de Punición Estatal.

Alguien dijo, que la mejor forma para lograr que algo no se realice es nombrar una comisión al efecto y esa parece haber sido la actitud de nuestros gobiernos en cuanto a la defensa del consumidor.

A nivel nacional, existe una Dirección de Defensa del Consumidor, creada en el ámbito de la Secretaría de Comercio Industria y Minería que a su vez depende del Ministerio de Economía: Para el consumidor del interior del país, da lo mismo que esta oficina exista o no puesto que el acceso a ella es prácticamente imposible desde su lugar de origen. Si bien la norma prevé que la Dirección de Defensa del Consumidor de la Nación pueda delegar funciones en organismos provinciales, solo algunas provincias han creado reparticiones aptas para tal delegación y en la mayoría de los casos son oficinas carentes de los medios necesarios para llevar a cabo su cometido. El caso de Tucumán es emblemático, la Dirección de Comercio (autoridad competente), solo cuenta con un abogado y algunos empleados no calificados oriundos de otras reparticiones, no se la ha dotado ni siquiera de una computadora y es frecuente que carezcan hasta de papel para asentar la denuncia; la repartición está tan congestionada de causas que entre la presentación de la denuncia al acto procedimental siguiente que es la audiencia de partes, suelen transcurrir más de seis meses. En estas circunstancias, pensar en actuaciones de oficio, resulta fantasioso.

En cuanto a los Juzgados Penales, la duración de una causa desde la denuncia hasta la sanción dura aproximadamente cuatro años y existe la tendencia a desatender los llamados “*delitos menores*” entre los que se incluirían al ilícito de consumo habitual, “*El Derecho Penal moderno se caracteriza por su mínimo protagonismo en la resolución de los conflictos sociales, actuando solo cuando es indispensable, cuando ya se han*

agotado otras vías menos lesivas y frente a los atentados más graves a la convivencia”³⁶. En la doctrina nacional, algunos autores como Ramón D. Pizarro, encuentran aconsejables que la sanción de delitos como la mendicidad, embriaguez, toxicomanía, pequeños hurtos en supermercados o fraudes en el comercio y la industria, se desplacen del Derecho Penal al Derecho Civil o Administrativo³⁷, más allá de la conveniencia o no de la medida, la propuesta pone en evidencia la poca importancia que la doctrina penalista da a este tipo de fallos.

Respecto a los entes reguladores de servicios públicos domiciliarios, la evaluación no es mejor. En general las leyes marco regulatorio “*ataron*” económicamente al organismo con la empresa prestataria, que es la destinada a solventarlos ya sea con sus propios recursos o como agentes de retención de los consumidores. Mal puede un ente ser objetivo y severo guardián de aquel de quien dependen los sueldos de su personal, incluido los directivos. En la práctica vemos que las sanciones aplicadas son leves y pocas con la consecuente “*deflación*” de la confianza pública. El consumidor no confía en los entes reguladores frecuentemente tiene razón. Una encuesta publicada en diario “Clarín” nos revela que entre quienes conocen la existencia de estos entes, el 49% opina que el control es malo y el 33% dice que es regular; el 84% considera que la Comisión Nacional de Telecomunicaciones controla mal, similares índices se registraron en el caso del Ente Nacional Regulador del Gas (77%), el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (87%) y el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (87%)³⁸.

³⁶ BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ Miguel, Curso sobre protección jurídica de los consumidores. McGraw-Hill. Madrid 1999. Pág.605.

³⁷ PIZARRO, Ramón D. “*Pena Privada y Protección del Consumidor*” en ED T. 1997-III pag. 931-35.

³⁸ Diario Clarín. Suplemento Económico 11/12/94.

2.5. Pauperización de las Organizaciones de Consumidores.

La mayoría de las ONG, son sustentadas por la acción casi heroica de unos pocos. En el caso específico de las organizaciones de consumidores, los ciudadanos se acercan cuando tienen un problema y se desentienden inmediatamente después de que han hallado solución o han perdido interés en el conflicto. Pretender hoy que estas entidades, se mantengan con el aporte de sus socios, es incurrir en el reino de la fantasía. Las organizaciones de consumidores necesitan para su subsistencia la subvención estatal, pero el Estado escatima aportes, en parte debido a la crisis y en parte también, porque la defensa del consumidor no es tema que convoque la atención de nuestros gobernantes. Ya en el Vº Congreso Internacional de Derechos de Daños celebradas en Buenos Aires en abril de 1997 consideró imprescindible que las autoridades asuman el fomento de las organizaciones de consumidores. Hasta el momento muy poco se ha hecho al respecto.

El ahogo económico quizás no sea casual. Estos entes son los que mayores desconfianza producen a los detractores del derecho de consumo, es sintomático el discurso del diputado Aguado en el debate parlamentario de la ley quien dijo “ *la facultad que se establece va a permitir el surgimiento de una industria del juicio y la formación por parte de los sectores interesados de asociaciones de consumidores que se constituirán en el motor generador de esos juicios en la República Argentina*”³⁹ Cuando el Ejecutivo Nacional vetó el carácter de litisconsortes que la ley, en su redacción original, otorgaba a las asociaciones de consumidores, argumentó que se debía “*preservar la seguridad jurídica de las personas demandadas por dichas asociaciones y evitar una indebida proliferación de causas judiciales, cuyos costos redundarían en perjuicio de los productores*”⁴⁰. Si el Poder Ejecutivo Nacional, que es quien debe solventar

³⁹ Rev. “Antecedentes Parlamentarios, año 1 nº1, Noviembre 1994. La Ley pag.77.

⁴⁰ Rev. “Antecedentes Parlamentarios, año 1 nº1, Noviembre 1994. La Ley pag.5-6.

a las asociaciones de consumidores, presenta tal desconfianza hacia ellas, poco o ningún sustento cabe esperar de él.

ADELCO, la principal organización de consumidores argentina y que representa al Mercosur en la IOCU, se debate el borde de la desaparición por falta de fondos; los aportes estatales que son mínimos, ni siquiera llegan con una frecuencia previsible. En estas circunstancias las organizaciones de consumidores están condenadas a la esterilidad, salvo que asuman la defensa puntual de un tema convocante y mientras el tema convoque, tal es el caso de organizaciones tucumanas tales como DUDAS y ADEUCOT que tuvieron un rol preponderante durante el conflicto por la privatización del servicio de aguas y cloacas, pero que enmudecieron una vez terminado el asunto.

2.6. Estadística Perversa.

De 100 casos de abuso al consumidor, solo cinco llegan a los estrados judiciales. La ganancia que producen los noventa y cinco restantes, alcanzan para pagar indemnizaciones, costas y gastos casuísticos dejando grandes ganancias. Solo bastará entonces, con dificultar la tramitación del juicio, procurar que dure el mayor tiempo posible para que el consumidor logre el mínimo de satisfacción y no cunda el “*mal ejemplo*”.

Un caso que tuvo trascendencia internacional en los Estados Unidos, fue el de la fabricación del llamado “*Ford Pinto*”. La empresa Ford Motors lanzó al mercado el modelo “*Ford Pinto*” y lo mantuvo en él, aun a sabiendas que por defecto de diseño, un choque en la parte trasera haría explotar la unidad. Los empresarios calcularon que pagar indemnizaciones a las víctimas era más barato

que rediseñar el automóvil o efectuar el *products recall*⁴¹. El riesgo creado por Ford Motors en violación a las normas de defensa del consumidor, le produjo grandes ganancias, hasta que por supuesto fue demandada en la causa "*Grimshaw v. Ford Motor Company*" y se logró probar lo que aquí se relata.

En nuestro medio, EDET S.A. (compañía prestataria del servicio público de electricidad), llegada la fecha de corte de suministro y manteniéndose impaga la factura, cobra automáticamente la suma de \$25 por reconexión, aun cuando el suministro no haya sido efectivamente cortado, la tasa así cobrada, se convierte en un interés punitorio al margen de todo lo prescripto por la ley marco regulatorio. Cuando el consumidor se queja, la respuesta de la empresa es: "*Hágame juicio*", puesto que saben que nadie va a iniciar un proceso judicial para que le devuelvan \$25, cuando solo los gastos iniciales de la acción, ascienden a \$32.

3. Algunas Soluciones al Bajo Nivel de Regencia de las Normas de Defensa del Consumidor.

Dada la amplia gama de causas que tiene el problema, amplia también es la gama de soluciones a indagar, así se podría proponer una vuelta al humanismo occidental con toda su red de valores tradicionales; una toma de conciencia por parte de nuestros gobernantes que los impulsen a vigilar más eficientemente el comportamiento de los proveedores, subvencionar a las organizaciones de consumidores, educar a nuestros ciudadanos sobre las ventajas de un consumo racional y responsable, concienciar a nuestros empresarios sobre la conveniencia de un trato leal, del valor económico de la confianza y de los beneficios de una competencia sustentada en la legalidad etc. sin embargo el problema planteado deman-

⁴¹ KUSTER, Jaques. "*Gerencia de Riesgos de Responsabilidad de Productos en la Comunidad Europea y Estados Unidos*". Fundación Mapfre Estudios, Madrid 1990. Pag. 54.

da acciones inmediatas y no planes cuyos frutos se verán después de varias generaciones.

Por otro lado las soluciones apuntadas anteriormente exceden el marco de lo jurídico para adentrarse en el mundo de la política y exorbitan la finalidad del presente trabajo.

Dentro de lo estrictamente jurídico, encontramos que si la Justicia, en cuanto poder del Estado, tuviera una más prolífica actividad, el ilícito al consumo sería menos lucrativo y perdería su más fuerte atractivo para el proveedor. Puestos en este camino, es decir en el intento de lograr una mayor actividad jurisdiccional, las soluciones intentadas por la doctrina, son varias (legitimación activa colectiva, gratuidad, daño punitivo). Quiero referirme solo a uno solo de los ejemplos mencionados: El daño ejemplar o indemnización punitiva.

4. El daño ejemplar. Presentación del instituto.

Cada autor que se ha referido al tema, ha comenzado su análisis con una crítica fundada del nombre del instituto y es que tal como se verá después, lo punitivo no es el daño sino la indemnización. El desacierto parece derivar de una traducción literal del término (punitives damages). En el *comonn law* la voz *damages*, designa tanto al daño causado como a la indemnización recibida, en consecuencia la traducción adecuada sería indemnización punitiva. Sin perjuicio de lo dicho, creo que una digresión al respecto es estéril; las palabras son logosferas, encierran una idea a ser transmitida, tiene una finalidad instrumental que está dada por una convención común en atribuir tal significado a tal vocablo, en consecuencia basta observar que más allá de la incorrección técnica del término, ha sido usado por todos los autores, en consecuencia resulta adecuado seguir utilizándolo y no suplantarlos por alguna de las otras designaciones propuestas (indemnizaciones ejemplares, indemniza-

ciones punitivas, indemnizaciones no resarcitorias, smart money etc.)⁴²

A los fines de intentar una definición, podemos decir que es: La condena jurisdiccional a pagar una determinada suma de dinero en concepto de daños, calculada no en base al perjuicio irrogado, sino a la reprochabilidad de la conducta de quien lo causa.

Encontramos antecedentes en la Ley Mosaica, el Código Hamurabi, la Gesamntehund germánica.

Ihering en su obra *“Del Interés en los Contratos”*, nos cuenta que en el derecho Romano Clásico, las indemnizaciones tenían un contenido resarcitorio pero también en algún porcentaje eran punitivas, ya que se calculaba en base al daño causado y a la gravedad de la falta en que había incurrido el demandado.

Es recién en el derecho Romano tardío cuando se comienza a hablar de equivalencia entre el daño causado y la indemnización.

A diferencia de lo que en ocasiones se piensa, en el sistema anglosajón, también se produjo el fenómeno llamado de la *“Recepción del Derecho Romano”*, sin embargo a diferencia de lo que ocurrió en el resto del continente Europeo, Inglaterra, se vio influenciada por el Derecho Romano Clásico y no por el tardío de la compilación justiniana, esto explica porque es entre los pueblos anglosajones donde el instituto de los daños punitivos, alcanzaron su máxima expresión.

En los *top tens verdicts* del año 2000, que es un ranking sobre las mayores indemnizaciones condenadas en ese período, (www.

⁴² GHERSI, Carlos A. *“Responsabilidad. Problemática Moderna”* Ediciones Jurídicas Cuyo. página 80.

Justiniano.com.voz: daños punitivos) el segundo, tercero, cuarto y quinto puesto corresponden a daños ejemplares. Sobre un total de condenas por cuatrocientos millones de dólares, ciento cincuenta millones fueron daños punitivos y doscientos sesenta y ocho millones, indemnizaciones resarcitorias.

En cuanto a las causas de imputabilidad, la jurisprudencia norteamericana fue evolucionando desde una postura estricta hacia otra de mayor laxitud. En un primer momento fue necesaria una “*particular subjetividad lesiva*”, después bastaba con una “*indiferencia consciente*” hasta que más recientemente el mero “*abuso de una posición dominante en el mercado*”, aun sin un estado culpable de la mente, da origen a una indemnización punitiva.

Los criterios de cálculo son: Gravedad de la falta; situación del condenado, beneficios obtenidos, posición de dominio en el mercado y necesidad de disuasión futura.

5. La recepción en los sistemas romanistas.

La recepción de los daños ejemplares en los sistemas romanistas, es desigual, sin embargo se puede afirmar que en líneas generales, fueron rechazados o tuvieron un ámbito muy reducido de aplicabilidad, sin embargo en líneas generales, existe una corriente creciente hacia su recepción.

5.1. Francia.

La Corte de Casación, rechazó en varias oportunidades la aplicación de daños punitivos, por considerar que implicarían un enriquecimiento incausado de la víctima. Sin embargo el instituto tiene sus defensores entre importantes doctrinarios, así para Sava-tier, nada impediría al juez, ser especialmente severo con quien haya obtenido un beneficio injustificado. Stark Roland Boyer dice que sería una buena forma de impedir el “*faut lucrative*”.

Cabe destacar que en el sistema francés de seguros, encontramos un mecanismo que tiene cierta similitud con el instituto que venimos analizando pues implica alguna forma de punición.

El procedimiento, funciona de la siguiente manera: Ante un siniestro determinado, el beneficiario debe comunicar el hecho a la compañía. Esta efectúa una propuesta de pago que debe ser razonable. Si el beneficiario rechaza la oferta por ser demasiado baja y recurre a la Justicia, el Juez analiza la razonabilidad de lo ofrecido por la aseguradora de forma que cuando ello es injustificadamente poco, el magistrado aumenta el quantum en atención no al siniestro sino al grado de reticencia de la demandada. Indiscutiblemente, no hay aquí una equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización.

5.2. Italia.

La ley del 08/07/86 sobre medio ambiente, prevé la indemnización por los daños ocasionados al medio ambiente, el monto se calcula no en base al perjuicio efectivamente causado, sino al beneficio obtenido por el condenado.

También la Corte Constitucional dijo en 1986:

“No es necesario adberir a la tesis que sostiene la naturaleza privada del resarcimiento de daño no patrimonial, siendo suficiente declarar la no arbitrariedad de una sentencia discrecionalmente efectuada, en un caso muy grave, de un particular incremento a través de la reparación del daño no patrimonial, del carácter preventivo y sancionatorio de la responsabilidad penal”⁴³

⁴³ Corte Cas. 14.7.86, n. 167 184, FI, 1986, I, 2053, conforme cita de CRICCENTI Giuseppe, *Il Danno non Patrimoniale*, CEDAM, Padua 1999.

5.3. Alemania.

La legislación civil permite incrementar punitivamente el *quantum* indemnizatorio en concepto de daños ejemplares.

5.4. Canadá.

En la zona del *common law*, los daños punitivos son aceptados desde hace bastante tiempo.

Por el contrario, en las regiones romanistas se dio una interesante evolución.

El Código Civil derogado (*Code de le Bas-canada*), era un texto de ortodoxia liberal pura, seguía el modelo napoleónico pero incluso desconocía institutos como la lesión contractual. En este marco, la indemnización con carácter punitivo resultaba imposible y había sido rechazada en numerosas oportunidades.

El nuevo Código Civil (*Code Civil Quebecoise*), es mucho más progresista. Así por ejemplo, la doctrina se ha planteado la utilidad de conservar una ley de defensa del consumidor ya que la mayoría de sus preceptos han sido incorporados al Código.

El Código Civil Quebecoise, prevé expresamente el instituto de los daños punitivos en su art. 1621.

5.5. España.

De la lectura del Código Civil español, nada permite afirmar que se haya receptado la figura de los daños ejemplares, sin embargo el instituto no es completamente ajeno a ese derecho. La ley 1/1982 sobre protección al honor (art 9º), autoriza a computar a los fines indemnizatorios, no solo el daño causado, sino también el beneficio obtenido por el autor del daño.

5.6. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, condenó en diversas oportunidades a los Estados que habían sido demandados por actos discriminatorios contra algún habitante (no necesariamente ciudadano).

El *quantum* indemnizatorio, se calcula no atendiendo al daño irrogado sino que se pretende lograr una suma que resulte importante para el Estado condenado y sirva de elemento disuasorio futuro.

6. Situación En Argentina.

6.1. Doctrina.

En la doctrina nacional encontramos posiciones radicalmente opuestas que van desde quienes niegan toda posibilidad de aplicación de daños punitivos⁴⁴ hasta quienes con igual vehemencia la propugnan⁴⁵, debiendo aclarar que este último campo es el más numeroso.

⁴⁴ BUSTAMANTE ALSINA “Los Llamados Daños Punitivos son Extraños a Nuestro Sistema de Responsabilidad Civil LL 1994-B-860.

⁴⁵ SOBRINO, Augusto R. “Los Llamados Daños Punitivos, una Necesidad de la Posmodernidad. JA. 1997-III-976 *idem* KRAUT, Jorge Alfredo en “Faceta Preventiva y Sancionatoria del Derecho de Daños. La Culpa como Agravación de la Responsabilidad Objetiva. JA. 1989-III-906.

6.2. Jurisprudencia.

6.2.1. Fallos que Niegan la Aplicación de los Daños Punitivos.

“...El daño genérico no encuentra cabida en nuestro derecho ... Generaría un enriquecimiento sin causa del damnificado a expensas del responsable ... El consumidor que advierte la existencia del elemento extraño, tiene a su alcance realizar las denuncias administrativas, para que el Estado intervenga en ejercicio del poder de policía ... No hay responsabilidad civil si no hay daño ... No existe en nuestra legislación como ocurre en el derecho estadounidense, los denominados daños punitivos que consisten en una penalización civil que imponen los tribunales a modo de castigo ejemplar en determinados supuestos.” (CNCiv. Sala F. Diciembre 5-995. Craien Miguel A. c. Coca Cola Argentina S.A.I.C.F. J.A. T. 1997-III pag.195-200)

6.2.2. Fallos que otorgan Contenido Punitivo al Daño Moral.

“La indemnización en concepto de daño moral tiene carácter punitivo, porque encuentra su justificación no por el lado ofensor, no constituye un resarcimiento sino una pena civil mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor” (CNCiv., Sala C, Agosto 14 1969. ED, 30-696)... *“No necesariamente debe adecuarse, o aproximarse, a la importancia de los daños”* (CNCiv., Sala C, Agosto 14 1969. ED, 30-696)... *“Constituye una verdadera pena privada* (CNCiv., Sala D, Octubre 3 1969). ED, 30-442. *“El carácter punitivo aparece más nítido en la actual redacción de los arts. 522 y 1078 del Código Civil ley 17711”* (CNCiv., Sala D, Noviembre 21 1969. ED, 30-694)... *“Lo que se persigue mediante la reparación del agravio moral es, más que el resarcimiento de la víctima, el castigo del ofensor, pues constituye una verdadera pena privada”* (CNCiv., Sala D, Agosto 27 1971. ED, 39-501)... *“Se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor”* (CNCiv., Sala E, Octubre 24 1972. ED, 51-741; CNCiv., Sala D, Febrero 11 1974. ED, 57193). Idem CNCiv., Sala D, Febrero 5 1970. ED, 30-692. Idem CNCiv.,

Sala D, Octubre 3.1969. ED, 30-442. Idem CNCiv., Sala D, Diciembre 4 1970. ED, 44-1081. Idem CNCiv., Sala D, Mayo 9 1972. ED, 43-740. Idem CNCiv., Sala E, Septiembre 18 1973. ED, 51-741. Idem CNCiv., Sala A, Febrero 25 1975. ED, 61-292

6.2.3. Fallos que niegan el contenido Punitivo del Daño Moral.

“...La reparación del daño moral no tiene carácter ejemplar o punitivo, sino que integra un rubro ordinario de la responsabilidad civil, a estimarse según las circunstancias de persona, lugar y tiempo” (CNCiv., Sala E, Agosto 8 1975. ED, 66-440) *“...Nada indica por su letra y por su espíritu, que el daño moral, legislado en el art. 1078 del Código Civil, tenga índole punitiva y que deba considerarse la naturaleza y gravedad de la falta cometida por el autor del hecho”*. (CNCiv., Sala C, Mayo 2 1978. ED, 81-520) *“...La responsabilidad civil no es una punición. Reparar es colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente. Es suficiente con que pueda obtener de la suma recibida algunas satisfacciones equivalentes al dolor moral que ha soportado”* (CNEspecial Civil y Com., Sala VI, Septiembre 19 1979, Soljak, Liliana B. Expreso la Nueva Era, SA, Línea 93 y Otros)... *“Sería confundir responsabilidad penal y responsabilidad civil si para apreciar la cuantía del daño se hace mérito de la gravedad de la falta cometida y de la situación económica de su autor”*. (CNEspecial Civil y Com., Sala VI, Mayo 9 1980, Anagua Flores, Zenón c. Pérez Romero, Pedro F.) *“El derecho moderno ha desembocado en una clásica oposición: Sanciones resarcitorias o reparatorias y sanciones represivas o punitivas. La represión penal organizada por el Estado, en interés social, tiene por finalidad la punición de los actos reprobables mediante el pronunciamiento de una pena; la responsabilidad civil, contrariamente, organizada en interés de los particulares, víctimas de un daño, tiene como finalidad la reparación de este perjuicio en provecho de la persona lesionada”* (CNCiv., Sala G, Mayo 18 1982. ED, 101-300). Idem (CApel. CC Junín, Junio 12 1985, Arce-luz de Mechedze, Norma B. y Otros c. Azcárate, Atilio y Otros)

Idem CNCiv., Sala G; Setiembre 25-1987. ED, 132-301. Idem Cnciv., Sala D, Abril 23-1990. ED, 138. Idem. CNCiv., Sala E, Octubre 31 1975. ED, 66-178. Idem CNEspecial Civil y Com., Sala VI, Septiembre 19 1979 Soljak, Liliana B. C. Expreso la Nueva Era, SA, Línea 93 y Otros. Idem CNCiv., Sala A, Octubre 1 1985. ED, 121-646. Idem CNCiv., Sala G, Mayo 22 1986. ED, 122-470. Idem CNCiv., Sala C, 23 Febrero 1988). ED, 129-341.

6.2.4. Análisis Crítico.

En el fallo de Craién c. Coca Cola Argentina, el Tribunal ha aplicado una visión conservadora. Han rechazado la demanda por no existir daño probado a pesar de que consideró altamente reprochable la actitud de la demandada.

Sin embargo puede apreciarse una cierta duda en los magistrados, respecto a la justicia del decisorio. Adviértase que las costas se imponen en el orden causado en atención a que, según el mismo tribunal, el actor pudo tener motivos para litigar. Se está asumiendo entonces, que un cierto grado de justicia existe en la pretensión de condenar a la autora de un ilícito, aun cuando las consecuencias del mismo no se hubieran constatado.

Los fundamentos del fallo son más de índole positivista que relacionados con la natural justicia del caso.

Si en la imposición de costas, el tribunal consideró adecuado apartarse del principio objetivo de la derrota, es porque subjetivamente algo de razonabilidad encontró en el planteo del actor.

La función primordial del juez, no es aplicar el derecho sino hacer justicia, en consecuencia a los fines de lograr la equidad, podría haber recurrido a una exégesis creativa que sin fallar *contra*

legem abriera una vía adecuada para alcanzar la “justicia del caso”. En definitiva la función judicial es también legisferante, contrario sensu estaríamos negando a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho. Con gran elocuencia Cicerón dijo: “*Grande absurdo es considerar como justo, todo lo que se encuentra regulado por las leyes de los pueblos*”⁴⁶

Respecto a la jurisprudencia que ve en el daño moral una función punitiva, encuentro serios reparos:

El daño moral tiene carácter resarcitorio y no punitivo puesto que si así no fuese, quedaría sin explicación la indemnización en base a criterios objetivos de atribución. Si prescindimos de la culpa y el dolo, no hay punición posible. Resultaría sumamente injusto, castigar a alguien que aun actuando diligentemente ha causado un daño a otro. Producido el daño el mismo debe ser reparado sin que importe que la conducta del autor del hecho, sea o no altamente reprochable. Admitiendo el carácter punitivo del daño moral, no se comprendería la atribución objetiva, la atribución solidaria o la culpa in eligiendo.

Por otro lado puede que siendo la actitud del autor del hecho, altamente reprochable, no haya producido un daño moral ya que (entrando en el campo de lo hipotético), la víctima sea poseedora de una extraordinaria fortaleza de espíritu, sin embargo esta circunstancia no es eximente para punibilidad del resarcimiento.

Daño moral y daño punitivo son institutos distintos y si bien su asimilación, constituye un intento loable por alcanzar un parámetro de equidad, resulta técnicamente defectuoso.

⁴⁶ MARCO TULLIO CICERON, “*Tratado de las Leyes*” T. 1, conf, cita de Fernández Sabaté, Edgardo. Op.cit. pág. 245.

En realidad la jurisprudencia que niega carácter ejemplar al daño moral es la correcta, sin por ello renunciar a la necesidad de la aplicación de daños ejemplares, aun en forma de exégesis.

De la atribución de carácter punitivo al daño moral, puede hacerse una segunda lectura y es que existe en los jueces una manifiesta u oculta intención respecto a la necesidad de ampliar el margen de la indemnización, desde lo meramente resarcitorio hacia lo punitivo y ejemplificador, dicho de otra forma es como si nuestros jueces se revelaran frente a lo estricto de la norma y trataran de buscar caminos alternativos para lo que consideran de estricta justicia: La sanción ejemplificadora del daño. Un síntoma más a tener en cuenta es la gran variación pecuniaria en las condenas por daños similares. Si un mismo hecho, con consecuencias cualitativas y cuantitativamente similares, genera indemnizaciones de montos manifiestamente distintos, es porque en un caso se encontró mayor punibilidad en el autor del hecho.

6.3. Los Daños Punitivos en el proyecto de reforma del Código Civil de 1998.

El artículo 1587 del proyecto de reforma del Código Civil de 1998, prevé la posibilidad de que los jueces apliquen una multa civil, pudiendo el tribunal dar a esa multa, el destino que consideren conveniente con el único requisito de la fundamentación del decisorio. Nada se opone entonces a que el resultado de la multa sea entregado a la víctima, en cuyo caso tendríamos ya configurado el instituto de la indemnización punitiva.

En forma previa, debemos aclarar que la “multa civil” del artículo 1587, no puede ser confundido con los astreintes del artículo 666 del actual Código civil, ya que ellos son contemplados en el art. 1590 del proyecto.

Respecto a las causas de imputabilidad, el proyecto se refiere a “*una grave indiferencia*”, es decir que se aparta de las nociones tradicionales de dolo, culpa y atribución objetiva. Seguramente que el concepto de “*grave indiferencia*”, dará lugar a una actividad jurisprudencial y doctrinaria prolífica en caso de sancionarse el nuevo código.

En cuanto al interés lesionado, se habla de “*derecho ajeno*” e “*intereses de incidencia colectiva*”. Quizás la redacción no sea la mejor, pues deja subsistente la vieja discusión respecto a si la lesión a los simples interés individuales, pueden o no ser indemnizables, pero tiene la ventaja de incluir a los intereses difusos.

El criterio para la valuación del monto, es bastante flexible, se alude a “*las circunstancias del caso*” lo cual permite la inclusión de parámetros tales como la gravedad del comportamiento, la necesidad de disuasión, la situación del demandado etc. sin embargo, a renglón seguido dice: “*En especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido, encuadrándose así dentro de la corriente seguida por la ley italiana de medio ambiente o la española de protección del honor*”.

En síntesis, podemos afirmar que el proyecto recepta la institución de los daños punitivos y le da un tratamiento adecuado.

7. Utilidad de los Daños Punitivos.

La aplicación de un quantum económico en concepto de daños punitivos significa una gran ventaja para el ordenamiento jurídico y para la sociedad, pues viene a solucionar o moderar las falencias que señale al principio y que son la causa del bajo nivel de regencia de la norma de defensa del consumidor. Entre dichas ventajas encontramos:

7.1. Función Disuasiva.

Evidentemente la posibilidad de ser sancionadas en forma efectiva y mediante la indemnización de carácter punitivo, creará en los proveedores, un efecto disuasivo, los llevará a meditar con detenimiento ante la posibilidad de cometer un ilícito al consumo por más redituable que este parezca, ya que se corre el serio peligro de perder todo lo ganado y aun, si atendemos a las sumas sancionadas en los Estados Unidos, a la extinción de la empresa por quebranto.

Una realidad indiscutible nos indica que los efectos de esta sanción privada, no puede ser sustituida por la sanción pública ya que la punibilidad ejercida por el Derecho Penal, es realmente baja. De cada 100 hechos delictivos denunciados, solo cumplen prisión 0.6% y solo se denuncia el 30% de los delitos cometidos⁴⁷.

En cuanto a la sanción administrativa prevista por la ley, la experiencia ha demostrado su inocuidad disuasoria. Ya sea porque las multas aplicadas no son lo suficientemente significativas o frecuentes, ya sea porque una vez aplicadas, el Estado es negligente en cobrarlas, lo cierto es que a diez años de la sanción de la ley 24.240, las empresas no se sienten intimidadas por el procedimiento administrativo. La aplicación de daños con carácter punitivo, vendrá a revertir esta tendencia pues no cabe suponer que el particular, que pueda beneficiarse con una importante suma de dinero, sea negligente en su cobro

⁴⁷ Rev. Noticias, Ed. Perfil n° 1211, Buenos Aires 11 de marzo de 2000 pág. 86, conforme cita de LÓPEZ HERRERA, Edgardo Santiago en “Dalos Punitivos, Estudio de su Desarrollo en Estados Unidos, inédita

7.2. Posibilitará la sana competencia.

Tal como se vio anteriormente, el carácter expansivo del ilícito de consumo, provoca un serio perjuicio al comerciante honesto, que debe incurrir también en ilícitos de consumo para poder subsistir en el mercado.

Los daños punitivos vendrán así a revertir la tendencia en efecto si se aplican cuantiosas sumas a las empresas que violen el derecho del consumo, estas verán aumentar sus costos por la necesidad de “licuar” dichas sumas, se tornarán así menos competitivas y el carácter expansivo se trasladará desde la ilicitud a la licitud.

La sanción económica se presenta entonces como un elemento idóneo para restablecer, en términos de razonabilidad, el equilibrio del mercado, con inocultable beneficio para quienes compiten en él y para los consumidores⁴⁸.

7.3. Incrementará el nivel de defensa de los propios derechos.

Si quien ha sufrido un daño de poca cuantía económica, sabe que puede recibir una suma de varios miles de pesos en concepto de daños punitivos, se sentirá impulsado a dejar de lado su abulia y reclamar, lo cual no ocurre cuando todo el trámite, con la pertinente fatiga procesal, tiene por único efecto recibir monedas.

Hay quienes se alarman ante los daños punitivos, por el enriquecimiento “*sin causa*” que producirían a la víctima.

⁴⁸ SOBRINO, Augusto R. En “Los Llamados Daños Punitivos, una Necesidad de la Posmodernidad. JA. 1997-III-976).

Cuentan que en una ocasión, el rey de Prusia, quería ampliar los jardines de su palacio de Postdam pero la granja de un campesino se interponía en el camino. El rey envió a varios emisarios para que compraran la granja, ofreciendo cada vez más dinero. Ante la negativa del campesino, el propio Rey decidió hablar con el granjero, ordenó que lo condujesen hasta el palacio y allí con tono amenazador le exigió la venta diciéndole que si no lo hacía, él la tomaría por la fuerza pues era el Rey de Prusia. Dicen que el campesino, sin inmutarse contestó *“No Su Majestad, mientras en Prusia existan jueces”*.

Debemos agregar siguiendo el relato, que no basta con que en Prusia existan jueces, se necesitan además campesinos dispuestos a hacer valer sus derechos aun a costa de enfrentarse con los poderosos.

Cuando el campesino de la historia luchaba por su granja, estaba además luchando por el derecho de propiedad de todos los prusianos, es más, defendía los derechos y garantías individuales de los ciudadanos en su conjunto. ¿Quién podría negar que el resto de los prusianos estaban en deuda con él? ¿No merece acaso ser premiado por el beneficio que aportaba a su comunidad?

Nadie duda que un general que victorioso frente al enemigo que pretendía destruir al Estado es un héroe. No hay por qué considerar menos héroe al que lucha por la conservación del orden jurídico ya que su disolución, en ocasiones, es más nocivo que una invasión externa.

Quien obra como el granjero prusiano, sin dudas que merece un premio. Habrá entonces enriquecimiento, pero nunca podrá afirmarse que el mismo resulta injustificado.

7.4. Solventará el mantenimiento de las organizaciones de consumidores.

Es indudable la importancia de la función que cumplen las organizaciones de consumidores. Muchos de los ilícitos de consumo, producen micro daños múltiples, que si bien dejan grandes ganancias a la empresa autora del ilícito, no tienen para el consumidor individual, una cuantía suficiente que amerite ni siquiera un reclamo administrativo. Estos micro daños múltiples, suelen ser perseguidos por las organizaciones de consumidores en forma bastante eficaz. No en vano los detractores del Derecho del Consumo, cargan sus tintas con especial sañas en las organizaciones de consumidores a las que acusan de promover la industria del juicio. Desde los órganos del poder, se las ha sumido en el ahogo económico. Este problema, clama una solución inmediata.

Si paralelamente con la aplicación de daños punitivos se reconoce la legitimación procesal activa a las organizaciones de defensa del consumidor, tal como lo establecía la ley 24.240 en su origen, la indemnización punitiva de los daños al consumidor otorgaría a estas la provisión de fondos suficientes para su mantenimiento, aseguraría su subsistencia, libraría al Estado del costo de subsidiarlas y resultaría una recompensa adecuada frente a una labor de indudable necesidad.

7.5. Otorgaría una plena satisfacción a la víctima.

Quienes ejercen como abogados litigantes, seguramente se habrán encontrado alguna vez con esos clientes que están dispuestos a gastar en el juicio, una suma mayor de la que recibirían por una sentencia favorable. Frecuentemente no comprendemos esa actitud, nos resulta inexplicable y es que no entendemos que ese cliente no persigue una determinada suma de dinero, sino que lucha por su derecho.

Quien ha sufrido un daño quiere que el autor del mismo sea castigado, no basta con que se vuelvan las cosas al estado anterior o se pretenda volver mediante la sustitución por una suma de dinero.

La nueva tendencia en el derecho de daños, traslada la mirada desde el autor del hecho a la víctima y nos impone la obligación de procurar una reparación más completa, ya Enneccerus decía que la compensación pecuniaria es siempre imperfecta ⁴⁹ el daño punitivo vendría a perfeccionar esta última solución sustitutiva. La indemnización cumpliría una función de justicia correctiva.

7.6. Fomentaría la confianza en el mercado.

Si el consumidor comprueba que quien desaprensivamente viola sus derechos, no solo que no obtiene beneficios de ello, sino que paralelamente sufre un severo castigo, se mostrará propenso a confiar en el proveedor, pues sabiéndolo inteligente, supondrá que no va a exponerse a ser sancionado con cuantiosas sumas.

La confianza es un valor económico de fuste ⁵⁰ que tiene inclusive su correlato en lo macroeconómico, baste como ejemplo la profunda recesión en la que se encuentra sumida la Argentina una de cuyas causas es la falta de confianza en el futuro del mercado que lleva a la retracción de la demanda y la inversión.

⁴⁹ ENNECCERUS Ludwig, *“Tratado de Derecho Civil”* T. II. Vol I *“Derecho de las Obligaciones”* Trad. De la 35ª Edición alemana, realizada por Blas Pérez González y José Alguer, Librería Bosch. Barcelona 1933. Conforme cita de Sobrino, Augusto en “Daños Punitivos, una Necesidad de la Posmodernidad, J.A. 1993-IV-332.

⁵⁰ WEINGARTEN, Celia: *Análisis Económico del Derecho. Empresa y Mercado. Daño Moral Autónomo por la Mera Incorporación de Cláusulas Abusivas.* Depalma. Buenos Aires 1991. Pag. 163-77.

8. Conclusión.

Es un dato de indiscutible realidad que los consumidores argentinos sufren a diario un cúmulo de abusos a pesar de que, en la letra de la ley, se ha alcanzado un nivel de tutela óptimo.

El problema es complejo, obedece a causas diversas y su solución demanda un ataque por distintos flancos anunciándose cruenta y sostenida la lucha. La tarea no debe amedrentarnos, hasta el camino más largo comienza con el primer paso y tenemos la ineludible obligación de darlo.

Desde hace años que el derecho argentino viene padeciendo un fenómeno de recepción de normas propias del sistema anglosajón. En numerosas ocasiones se ha procedido a la copia irreflexiva de instituciones que en su origen contaban con contrapesos adecuados para evitar desbordes, podríamos decir que se ha alterado así el “*ecosistema*” jurídico surgiendo problemas que reclaman solución urgente. Un claro ejemplo de lo dicho es la inclusión de *covenant*⁵¹ en los contratos de créditos bancarios. En los Estados Unidos tales institutos encuentran su contrapartida en la sanción de daños ejemplares que ponen coto a los abusos que se pudieran cometer; no teniendo en la Argentina un resguardo similar, las citadas cláusulas son causa de frecuentes ilícitos al consumo y ello resulta comprobable al observar algunas acciones de ejecución privada de prendas o hipotecas. Seguramente los acreedores pondrían un mayor cuidado si supieran que el costo del abuso puede ser millonario.

Para los pueblos semitas la historia es una constante repetición de ciclos; resulta paradójico que hoy, después de casi dos mil trescientos años, es nuevamente una única nación la que tiene pre-

⁵¹ Cláusulas que imponen un control riguroso del acreedor respecto a las actividades económicas del deudor

valencia sobre las demás y al igual que la pax romana podemos hablar hoy de una pax americana; tras el Atlántico, Europa, la nueva Grecia, impone su eminencia espiritual sirviendo de faro a los pueblos más jóvenes. En el viejo continente los daños ejemplares se encuentran aún hoy en estado germinal, la celeridad de los tiempos no nos permite esperar a que maduren, necesitamos soluciones inminentes para problemas acuciantes y debemos abocarnos a ellas ya, aunque por supuesto, sin dejar de observar cómo se desarrolla el instituto en la Comunidad Europea a fin de ir aplicando los correctivos que sean menester.

Ciertamente que los daños punitivos no son la panacea para todos los problemas del mercado, pero constituirían un indiscutible avance hacia niveles de tutela óptimos. Algunos dicen que el instituto resulta extraño a nuestro sistema romanista⁵², que es casi una herejía, pero no es menos verdad, que en la ciencia del derecho, la herejía de hoy es la ortodoxia del mañana.

Bibliografía

BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ Miguel, Curso sobre protección jurídica de los consumidores. McGraw-Hill. Madrid 1999.

BUSTAMANTE ALSINA “*Los Llamados Daños Punitivos son Extraños a Nuestro Sistema de Responsabilidad Civil* LL 1994-B-860.

CRICCENTI Giuseppe, *Il Danno non Patrimoniale*, CEDAM, Padua 1999

ENNECCERUS Ludwig, “Tratado de Derecho Civil” T. II. Vol I “*Derecho de las Obligaciones*” Trad. De la 35ª Edición alemana, realizada por Blas Pérez González y José Alguer, Librería Bosch.

⁵² No comparto esta opinión

Barcelona 1933. Conforme cita de Sobrino, Augusto en “Daños Punitivos, una Necesidad de la Posmodernidad, J.A. 1993-IV-332

FERNÁNDEZ SABATÉ, Edgardo. “Filosofía del Derecho”. Depalma. Buenos Aires. 1994.

GHERSI, Carlos A. “Responsabilidad. Problemática Moderna” Ediciones Jurídicas Cuyo.

INGENIEROS, José. “Las Fuerzas Morales”. Buró. BsAs, 1998

KRAUT, Jorge Alfredo en “Faceta Preventiva y Sancionatoria del Derecho de Daños. La Culpa como Agravación de la Responsabilidad Objetiva. J.A. 1989-III-906

KUSTER, Jaques. “Gerencia de Riesgos de Responsabilidad de Productos en la Comunidad Europea y Estados Unidos”. Fundación Mapfre Estudios, Madrid 1990.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo Santiago en “Daños Punitivos, Estudio de su Desarrollo en Estados Unidos, inédita

PIZARRO, Ramón D. “Pena Privada y Protección del Consumidor” en ED T. 1997-III.

RICHARD, Efraín Hugo: “Alteración de los Derechos del Consumidor en Forma Habitual”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario. “Consumidores”. Rubinzal Culzoni. Santa Fé 1994.

RISEMBERG, Germán. “Marketing a la Inversa”, en Derechos del Consumidor, Director Gabriel Stiglitz. T. 10.

RIVERA, Julio César. “El Veto Presidencial a la Ley 24.240” en Revista de Derecho privado y Comunitarios. Directores: Alegría, Héctor y Mosset Iturraspe, Jorge. Rubinzal Culzoni. Santa Fe 1994.

ROJAS, Enrique: “El Hombre Light” Planeta, Buenos Aires 1992.

SOBRINO, Augusto R. “Los Llamados Daños Punitivos, una Necesidad de la Posmodernidad. J.A. 1997-III-976;

STIGLITZ, Gabriel A.: Derecho del Consumidor, Juris. Rosario 1996. T. VII, pág.

WEINGARTEN, Celia: Análisis Económico del Derecho. Empresa y Mercado. Daño Moral Autónomo por la Mera Incorporación de Cláusulas Abusivas. Depalma. Bs As 1991.

Aplicación de la normativa del consumidor en el ámbito de la aeronavegación comercial

por Günther Enrique Flass

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: LLNOA 2005(mayo), 641

Cita Online: AR/DOC/1014/2005

[Consultado el: 03/08/2020]

Sumario: I. Hechos. - II. Introducción. - III. Subsidiariedad de la ley de defensa del consumidor respecto al derecho aeronáutico. - IV. El deber de información como requisito del consentimiento. - V. El in dubio pro consumidor en la aplicación de sanciones. - VI. El cálculo de las sanciones

I. Hechos.

Un vuelo entre Santa Cruz de la Sierra y San Miguel de Tucumán, es desviado por razones de fuerza mayor al aeropuerto de Córdoba. Allí algunos pasajeros son informados de que tenían derecho a abordar otro vuelo a Tucumán al día siguiente, pero a la mayoría de ellos sólo se les dijo que debían abordar un ómnibus que saldría horas después.

Carlos Eduardo López, uno de los pasajeros que debió abordar el ómnibus, presentó denuncia ante la Dirección de Comercio de Tucumán.

El organismo administrativo, impuso a Lloyd Aéreo Boliviano, una sanción de \$3000 por violación de los arts. 4° y 19 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125).

El "fabor consumidor" se extiende no sólo a los derechos subjetivos e intereses legítimos individuales, sino también a los de incidencia colectiva. Ninguna duda puede haber de que al consumidor, genéricamente considerado, le interesa en forma primigenia la vigencia de la ley que lo tutela y la sanción a sus transgresiones a cuyo respecto también debe aplicarse la regla exegética y en caso de dudas sobre la aplicación o no de la Ley de Defensa del Consumidor ha de estarse por la afirmativa.

Conforme manda el art. 4° de la ley 24.240, además de cierta, objetiva veraz, detallada y suficiente, la información debe ser "eficaz". La idea de eficacia menta el fin perseguido por la ley al exigirla, el cual, no es sino lograr el consentimiento informado del consumidor (1). Siendo la manifestación de voluntad, esencial a la celebración del contrato, es igualmente esencial que el consentimiento luzca informado antes o contemporáneamente con la celebración. La información posterior, sólo tendrá limitada eficacia y no alcanzará a configurar cumplimiento de esta obligación legal.

No obsta a lo dicho, el hecho de que la información omitida refiera a contingencias futuras aun no producidas al momento de contratar (suspensión del vuelo), pues el consumidor debió contar con todos los datos atinentes a las condiciones contractuales tanto actuales como futuras, necesarias o contingentes. Así, Lloyd Aéreo Boliviano, debió informar al consumidor, cuáles eran las opciones que tenía en caso de suspenderse el vuelo, y debió hacerlo en Tucumán cuando celebró el contrato y no con posterioridad.

Asiste razón a Lloyd Aéreo Boliviano cuando manifiesta que la ley 24.240, es aplicable en subsidio al Código Aeronáutico y a los tratados internacionales referidos al transporte aéreo. Ello significa que la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor), regirá sólo las cuestiones, atinentes a la defensa del consumidor, no regladas expresamente en el Código Aeronáutico y en los Tratados Internacionales aplicables al transporte aéreo.

En la legislación específica, aplicable al transporte aéreo, más precisamente en el Código Aeronáutico (ley 17.585 -Adla, XXVIII-A, 116), encontramos algunas, muy pocas, normas relativas a la defensa del usuario. Así

los arts. 113 a 115, se refieren a la prueba del contrato de transporte aéreo; el art. 116 y sigtes. al equipaje; el art. 139 y sigtes. A los daños causados y por último el art. 193 y sigtes. a la contratación de seguros obligatorios.

De lo dicho se desprende que no se aplicarán al transporte aéreo, algunas importantes disposiciones de la ley 24.240, tales como art. 10 (contenido del documento de venta), art. 10 bis (Incumplimiento de la obligación) y art. 40 (indemnización de daños).

Sin embargo, no encontramos ninguna disposición relativa a la obligación genérica de informar (art. 4° ley 24.240) ni a la de brindar el servicio en las condiciones ofrecidas, publicitadas o convenidas (art. 19 ley 24.240) y lo que es más, tampoco encontramos disposiciones relativas a las sanciones que correspondan por incumplimiento de tales obligaciones, lo cual es perfectamente lógico. Podemos afirmar entonces, que la subsidiariedad de la Ley de Defensa del Consumidor, no exime al transportista aéreo de la obligación de informar ni de la de prestar el servicio en las condiciones pactadas, publicitadas o convenidas. Coincidentemente con ello, la doctrina ha dicho "En nuestra opinión son aplicables al transporte aéreo en forma principal y no supletoriamente, entre otros, los siguientes artículos de la ley 24.240: 3° a 8°, 19 y 36 a 39"(2).

La legislación aplicable al transporte aéreo, no ha otorgado a la autoridad aeronáutica competencia expresa o razonablemente implícita, para sancionar el incumplimiento del deber genérico de información ni el incumplimiento del servicio en las condiciones pactadas, ofrecidas o publicitadas, lo cual era previsible pues no se entiende como podría otorgar atribución para sancionar infracciones que ella no regula. Por el contrario, la ley 24.240, otorga expresa competencia a las autoridades de aplicación nacionales o provinciales según su respectiva jurisdicción.

La infracción que se imputa a la recurrente es el incumplimiento en la información y en la prestación del servicio. Para que tales incumplimientos sean sancionables, no es necesaria la disconformidad del consumidor ni siquiera la existencia de un daño siendo suficiente con que se verifique la conducta contraria a la indicada en la ley. "Si bien la ley persigue la defensa del consumidor la no

existencia de acuerdo entre este y el infractor no anula la posibilidad de sancionarlo en caso de existir el incumplimiento de las obligaciones que impone la norma, con independencia, cabe reiterarlo; de que el consumidor sea satisfecho"(3).

Coincidentemente la doctrina ha afirmado que "El deber de información, tiene por finalidad, justamente que el consumidor pueda tomar una decisión, contando con todos los medios necesarios para ello, se busca el consentimiento informado pues se trata de reglas que se orientan a garantizar la autonomía de la voluntad real, lo que exige: ...que exista información para que el sujeto pueda optar racionalmente, es decir, que haya discernimiento"(4).

No puede el proveedor, eximirse de la sanción que le corresponde por incumplimiento del deber de información, amparándose justamente en el consentimiento que el consumidor ha emitido carente de la información a la que tenía derecho (5).

Por su parte, la Dirección de Comercio Interior de la Provincia de Tucumán tiene competencia para iniciar actuaciones, tanto por denuncia de parte interesada como de oficio (art. 45, ley 24.240) (6) y resulta totalmente irrelevante indagar si quien inició las actuaciones tenía o no derecho a ello, ya que puesta en conocimiento de la transgresión, la autoridad debe investigar y sancionar si corresponde, lo cual termina de aniquilar el argumento e impide la procedencia del agravio expresado.

No obstante lo dicho, la Dirección de Comercio Interior, tiene facultades para aplicar sanciones, por transgresiones distintas a las denunciadas por el consumidor. Si el consumidor conociese la totalidad de sus derechos y pudiese redactar una denuncia con las precisiones de un jurista especializado en el tema, no necesitaría de tutela alguna, resultaría superflua, la existencia de la Ley de Defensa del Consumidor y de su autoridad de aplicación. Es justamente la hiposuficiencia del consumidor lo que justifica su protección y uno de los instrumentos de esta, es la actuación administrativa sancionatoria; por eso, ante la sospecha de que se han violado las normas, la autoridad de aplicación, debe

integrar la denuncia e investigar no sólo las infracciones invocadas sino también las presuntas que pudieran surgir.

Se equivoca la recurrente en sus cálculos. La ganancia ilegalmente obtenida no se limita al caso exclusivo del denunciante sino de todos los consumidores que optaron por el transporte terrestre sin haber sido informados que tenían opción a transporte aéreo. Cabe advertir que la denunciada omitió cumplir su deber de información respecto a todos los pasajeros con la sola salvedad de los que pudieron viajar por SW y no produjo prueba alguno en sentido contrario cuando era carga procedimental suya hacerlo, pues siendo la información, una obligación, es el deudor quien debe demostrar el cumplimiento.

Siguiendo los parámetros de cálculo proporcionados por la propia recurrente y teniendo en cuenta la prueba obrante a fs. 35 (oficio de la denunciada), encontramos que fueron 37, los pasajeros con destino a San Miguel de Tucumán cuyo viaje se interrumpió en Córdoba por su parte, la prueba obrante a fs. 46 nos ilustra que sólo tres de ellos accedieron a transporte aéreo; resulta entonces que treinta y cuatro pasajeros volvieron a Tucumán en ómnibus. En consecuencia, la recurrente obtuvo ilegalmente una ganancia de \$6.800 y límite máximo de la multa a aplicar era de \$20.400.

El ilícito de consumo, tiene la particularidad de ser ampliamente rentable y lo que ha querido la ley, es aplicar sanciones pecuniarias para desalentar el excesivo afán de lucro que en ocasiones padecen algunos proveedores y es por eso que no se puede tomar como parámetro de cálculo, sólo la ganancia ilegítimamente obtenida del consumidor que denuncia sino del conjunto de víctimas que constaran en el proceso.

II. Introducción.

La cuestión puesta al análisis de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán, surge a consecuencia de la apelación de Lloyd Aéreo Boliviano, frente a una sanción aplicada por la Dirección de Comercio de la Provincia de Tucumán derivada de in-

fracción cometida en un vuelo entre Santa Cruz de la Sierra (Bolivia) y San Miguel de Tucumán.

Por cuestiones de fuerza mayor, el avión fue derivado al aeropuerto de Córdoba. A algunos pasajeros se les informó que podrían tomar otro vuelo a Tucumán al día siguiente pero a la mayoría se les dio como única opción, un viaje en ómnibus que saldría en pocas horas.

Llegado a Tucumán, uno de los pasajeros, Carlos Eduardo López, denunció a L.A.B. ante la Dirección de Comercio de la Provincia de Tucumán (autoridad de aplicación de la ley 24.240 por delegación de la DNCIyM). Después del procedimiento respectivo, ésta aplicó multa de \$3000.

La empresa, hizo uso de la alzada que concede el art. 45 ley 24.240. Sus agravios fueron:

a. La Dirección de Comercio de la Provincia de Tucumán, tiene incompetencia territorial, pues el supuesto ilícito se cometió en la ciudad de Córdoba que es donde se interrumpió el vuelo e incompetencia material debido a que la Ley de defensa del Consumidor es de aplicación supletoria (art. 63) frente a la reglamentación propia del servicio, en consecuencia quien debe valorar los hechos es la Autoridad Aeronáutica y no la Dirección de Comercio de Tucumán.

b. El denunciante había optado por el transporte terrestre consintiendo abordar sin reservas el ómnibus respectivo. Ello, a decir de L.A.B., debió haber sido considerado óbice insalvable para la procedencia del reclamo.

c. No existe congruencia, según el apelante, entre los hechos denunciados y la infracción motivo de la multa.

d. El monto de la multa resulta excesivo al superar con creces el triple de la ganancia obtenida (que L.A.B. calcula en \$200 pues tal es la diferencia entre el transporte terrestre y el aéreo en el tramo Córdoba-Tucumán).

Todos los agravios de la apelante fueron rechazados. En razón de brevedad, nos referiremos sólo a algunos de ellos.

El fallo que comentamos ha sentado posición en cuestiones de importancia para el Derecho del Consumo trascendiendo así el estricto marco de la litis.

Una norma, para ser tal, debe tener vigencia regencia y exigencia. La ley 24.240 está en vigencia desde hace más de diez años pero su regencia ha sido escasa. En poco ha variado la situación del consumidor que sigue siendo objeto de abusos frecuentes por parte de los proveedores, por eso la gravitación que tiene jurisprudencia como esta, en cuanto confirma sanciones e interpreta la letra con un sentido netamente progresista.

Resultan entonces vigorosas, algunas de las conclusiones a las que arriba la Excma. Cámara, en especial, y sin perjuicio de lo que se dirá "ut infra", el tratamiento de los límites a la subsidiariedad de la ley 24.240 respecto al régimen aeronáutico y las consecuencias que de ello se desprenden para la competencia de la autoridad de aplicación de aquella (Dirección de Comercio). El punto, trasciende el caso específico pues igual estrategia siguieron los bancos y las compañías de seguro, pretendiendo que la existencia de organismos especiales de contralor (Banco Central de la República Argentina y Superintendencias de Seguros), las colocaba al margen de la regulación consumerista.

Otro tema de rango que asume la sentencia es el referido a los requisitos de validez del consentimiento del consumidor y que cobra incumbencia frente a distintos institutos del derecho del

consumo, tal como la posibilidad de provocar la nulidad contractual por falta de la debida información (art. 37, ley 24.240).

También la cuestión del cálculo de la multa contiene principios innovadores pero de estricta justicia.

Por último el fallo en análisis, se adentra en la teoría general de las obligaciones, en un tema polémico como la consideración del objeto y la prestación en tanto que elementos de las obligaciones. Esta última cuestión, no será abordada en el presente trabajo.

III. Subsidiariedad de la ley de defensa del consumidor respecto al derecho aeronáutico.

El art. 63 de la ley 24.240, dice: "*Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y supletoriamente, la presente ley*".

Muy pocas referencias se hicieron a este artículo en el debate parlamentario lo que sin dudas obstaculiza la tarea al pretender deducir los motivos que el legislador tuvo al sancionarlo.

En el proyecto aprobado por Senadores, no hay ningún antecedente similar y lo mismo cabe decir del anteproyecto Alterini, López Cabana, Stiglitz. Los orígenes de la disposición se pierden en la nebulosa del misterio. Hay quien afirma (7) que obedeció a un fuerte lobby de las empresas de aviación y la poca razonabilidad evidenciada, parece confirmar esta hipótesis.

La regulación del transporte aéreo surgió cuando la actividad se encontraba en una etapa incipiente y por ello es de neto perfil proteccionista, tal como lo evidencian los topes indemnizatorios previstos. Hoy el desarrollo que ha cobrado el tráfico aéreo y el comercio que de él se realiza, quita justificativo a muchas de sus disposiciones tornándolas anacrónicas, aun cuando en los corifeos

del sector se siga propugnando interesadamente su conservación. Lo que no puede dudarse, es la ausencia de justificativos para excluir de la tutela plena y directa que brinda la ley 24.240 al consumidor que contrata este tipo de servicios. Proponemos contundentemente la derogación del art. 63 ley 24.240.

No es facultad de los jueces torcer la norma con sus interpretaciones, pero si es obligación de ellos, porque así lo manda la Constitución y la Ley, realizar una exégesis en el sentido más favorable al consumidor. Por eso, sin perjuicio de la consideración disvaliosa del artículo, estimo que el fallo en análisis ha puesto en su justo quicio el carácter restrictivo con que se debe apreciar la mentada subsidiariedad y no podía ser de otra forma, contando el Tribunal con prestigiosos juristas como el doctor Ernesto C. Wayar, reciente miembro de la Academia de Derecho.

La Excma. Cámara Federal de Tucumán, ha dejado claro que, solo unas pocas disposiciones de la ley 24.240, carecen de aplicación directa al contrato de transporte aéreo. Ellas son: El art. 10 (contenido del documento de venta), el art. 10bis (incumplimiento de la obligación) y el art. 40 (indemnización de daños). El resto tiene regencia plena y directa.

Coincido plenamente con lo dicho pero es necesario destacar que las empresas aeronáuticas, no siempre se encontrarán al margen de la responsabilidad emanada del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor, pues el art. 63, limita la subsidiariedad "*al contrato de transporte aéreo*" y no a daños derivados de causas extracontractuales ni de otros contratos que, aunque conexos con el principal den, lugar a obligaciones distintas a las que tipifican el contrato (pago del precio y transporte correlativo). Veamos algunos ejemplos:

1. La publicidad engañosa así como las ofertas a consumidores indeterminados, son hechos susceptibles de provocar daños.

La responsabilidad por estos hechos, será la del artículo 40 de la ley 24.240 en toda su extensión y sin las limitaciones derivadas del Código Aeronáutico, pues el art. 63 refiere sólo a "*contratos de transporte aéreo*". El "*in dubio pro consumidor*", nos manda interpretar con carácter restrictivo y haciéndolo así, no podemos considerar subsidiaria la aplicación de la ley, cuando se trata de responsabilidad extracontractual.

2. Algunos vuelos internacionales, ofrecen a los consumidores, la posibilidad de comprar distintos productos dentro de la aeronave y durante la realización del vuelo. Las compras celebradas en estas circunstancias, gozan de la tutela plena de la ley de defensa del consumidor sin ningún tipo de exclusión. Si un pasajero comprara una cosa defectuosa de la cual derivara daño, podrá demandar entonces a la empresa aérea al amparo del art. 40 ley 24.240.

3. Si el consumidor, por ejemplo, sufriera una intoxicación por alimentos en mal estado provistos por la empresa, durante el vuelo, esta responderá con todo el rigor que emana del art. 40 de la ley 24.240, sin poder pretender válidamente, su aplicación subsidiaria

La afirmación precedente, surge del siguiente razonamiento: El contrato de transporte al que refiere el art. 63, se limita a las obligaciones que lo tipifican (pago del precio y prestación del transporte), excluyendo todas las obligaciones accesorias realizadas en ocasión del contrato. Respecto a estas últimas, rige el art. 1° del decreto reglamentario 1798/94 (Adla, LIV-D, 4525), en cuanto considera consumidores a quienes "*en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios*". La provisión de alimentos, no es parte del contrato de transporte aéreo. Hay vuelos en los cuales no se provee alimentos y de ello sólo cabe deducir que esta prestación no es esencial. Dicho de otra forma, si hay contrato de transporte aéreo, aun cuando no se provean ali-

mentos, significa que tal prestación no integra, en forma necesaria y fatal, el contrato referido.

4. Si el consumidor sufriera un daño derivado de un producto en el cual la empresa aeronáutica hubiera puesto su marca, esta última será responsable objetivamente y solidariamente con todos los que participaron en la cadena de comercialización.

Es frecuente que las empresas de aviación, como técnica de marketing, distribuyan (a título gratuito u oneroso), determinados productos tales como prendas de vestir, artículos de uso personal etc. donde se detenta el logo y nombre de ellas. En otras ocasiones se autoriza a terceros para que comercialicen un determinado bien que lleva la marca de la empresa. El art. 40 considera solidariamente responsable a todo aquel que "*haya puesto su marca en la cosa o servicio*" y tal responsabilidad se aplicará en forma directa a la empresa aeronáutica.

Cuestión aparte, merece el tratamiento que hace la sentencia del argumento esgrimido por L.A.B., en el sentido de que, existiendo una autoridad de contralor específica, resulta incompetente aquella designada como tal por la Ley de Defensa del Consumidor.

Igual sustento arguyeron durante mucho tiempo, los bancos y las aseguradoras para abstraerse de las sanciones que les pudiera imponer la Secretaría de Comercio, alegando que la competencia para controlarlos era la del Banco Central de la República Argentina o la Superintendencia de Seguros. Se pretendía que un doble control devendría inconstitucional ante la posibilidad de ser sancionadas dos veces por la misma causa.

El fallo de "López c. Lloyd Aéreo Boliviano" invoca el viejo principio según el cual, para que la competencia sea legítima, debe haber sido otorgada en forma expresa o razonablemente implícita.

Ni la Autoridad Aeronáutica, ni el Banco Central de la República Argentina ni la Superintendencia de Seguros han recibido competencia expresa para proteger al consumidor ni se puede considerar que ella se encuentre razonablemente implícita dentro de sus atribuciones. Estos organismos deberán vigilar entonces, el cumplimiento de los aspectos que establezcan sus respectivas normas de creación, dejando la tutela de los consumidores a la autoridad de aplicación prevista en la ley 24.240.

No hay que olvidar, en tanto que dato de la realidad, que el B.C.R.A. o la Superintendencia de Seguros, se han dedicado, en la práctica, a resguardar el patrimonio de bancos y aseguradoras. Nunca estuvo entre sus metas reales la defensa de los consumidores y si alguna vez intentaron ejercerla, lo hicieron muy mal. Prueba de lo dicho, es la ordalía de cláusulas abusivas que manifiestan los contratos predispuestos del rubro, así como también, los constantes abusos negociales de los que el consumidor es víctima. Sería muy cómodo, pero sobre todo muy lucrativo para este tipo de proveedores, seguir bajo una vigilancia tan laxa como la que ejerce, a este respecto, el B.C.R.A. y la Superintendencia de seguros. Puestos en esa vía, utilizarán todos los argumentos que estén a su alcance pero, indefectiblemente, deberán estrellarse contra el muro de la Ley de Defensa del Consumidor y del art. 42 de la Constitución Nacional. El fallo en análisis ha contribuido a este destino.

IV. El deber de información como requisito del consentimiento.

Aunque elípticamente, la sentencia de "López c. L.A.B.", nos enseña que la falta de información vicia el consentimiento. En palabras textuales se afirma: *"No puede el proveedor eximirse de la sanción que le corresponde por incumplimiento del deber de información, amparándose justamente en el consentimiento que el consumidor ha emitido carente de la información a la que tenía derecho"*. Se deduce entonces, que el consen-

timiento no es tal, resulta viciado cuando no ha sido informado eficazmente.

La falta de información como vicio de la voluntad (y por ende del consentimiento), subyace en todo el texto legal pero se evidencia con más fuerza en el art. 37 que permite al consumidor demandar la nulidad del contrato cuando se ha violado dicho deber, la buena fe o la legislación de defensa de la competencia.

La voluntad desinformada, es una voluntad viciada y como tal, acarrea la nulidad del acto, queda por determinar si se trata de un vicio autónomo o se encuadra dentro de la teoría general de los vicios de los actos jurídicos.

¿Puede la falta de información, asimilarse al vicio de error?, la doctrina ha definido al error diciendo que es "*la falta de conformidad entre el juicio y la realidad*"(8) y en forma casi uniforme, se ha identificado error con ignorancia.

En realidad error e ignorancia son conceptos distintos. Mientras el error es tal como se lo ha definido, la ignorancia es falta de conocimiento. Generalmente entre ambos (error e ignorancia), hay una relación de causa y efecto. El error es el producto de la ignorancia, sin embargo, no siempre es necesariamente así. Aun contando con el cúmulo de conocimientos necesarios, podemos incurrir en error. La disconformidad entre juicio y realidad, puede responder a tanto a un desconocimiento de la realidad (ignorancia) cuanto a una falla en la lógica del razonamiento (juicio).

Quizás la identificación de términos se debió a que, para el Código Civil, la ignorancia en sí misma no tenía virtualidad para provocar el vicio de la voluntad sino hasta tanto se traducía en un error. No ocurre lo mismo en la Ley de Defensa del Consumidor y trataremos de demostrarlo.

La información, es el "*canal*" por el cual el conocimiento fluye hacia la mente de una persona; este canal, puede ser brindado por el proveedor, un tercero u obtenido directamente por el consumidor.

Frente al fenómeno gnoseológico del consumidor, la ley ha creado un sistema de presunciones. Se presume "*iure et de iure*" que si el proveedor no informa lo que debe, el consumidor desconoce el dato respectivo. Claro está, siempre que se trate de un consumidor, es decir, siempre que lo adquirido no tenga como destino la integración en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros ya que en estos supuestos, el adquirente es un profesional y como tal, la presunción es inversa pues se lo considera lo suficientemente informado como para llevar a cabo los actos propios de su oficio.

El carácter absoluto de la presunción al que aludíamos, se deduce de la definición objetiva de consumidor que ha adoptado la ley en su art. 1°. Dado el consumo final, en la forma en que el art. 2° lo entiende, el adquirente será considerado consumidor, independientemente de sus condiciones personales. El proveedor no podría entonces excusarse de su deber de informar, demostrando que el destinatario era una persona conocedora auto informada.

Dicho así, debemos concluir que la falta de información, es el viejo vicio de ignorancia del que nos habla nuestro codificador en su sentido más puro, es decir sin la fatalidad de traducirse en un error, por eso no es necesario indagar si trata de una ignorancia obstáculo, si ella se refiere a los hechos o al derecho, si el consumidor hubiera o no contratado o aceptado las condiciones en caso de haber sido informado etc., basta la abstención del deber de informar para que la voluntad aparezca viciada.

V. El in dubio pro consumidor en la aplicación de sanciones.

La Ley de Defensa del Consumidor contiene dos disposiciones de hermenéutica: Una referida a la norma (art. 4º) y otra a la interpretación de los contratos (art. 37).

El Cap. XII, en cuanto refiere a las actuaciones administrativas, manda que, radicada una denuncia, se llame a audiencia de conciliación y en caso de no lograrse acuerdo, se apliquen al proveedor las sanciones correspondientes.

Alguien puede llegar a pensar que el interés del consumidor, se extiende sólo hasta la conciliación. Se podría deducir entonces, que como la sanción no mejora en nada la situación jurídica del consumidor denunciante, este carece de interés en su aplicación. En este íter argumental, el principio "*in dubio pro consumidor*" habría de extenderse solo hasta la etapa conciliatoria, rigiendo de allí en más el principio inverso, es decir el "*in dubio pro reo*".

La sentencia que estamos comentando, despeja cualquier error que se pudiera cometer en este sentido.

Ihering (9), en su magna obra, enseña que quien litiga no lo hace sólo para obtener una satisfacción patrimonial sino en defensa de un derecho conculcado, valor superior a cualquier rédito posible. Esto adquiere especial vigencia en el Derecho del Consumo, donde muchos ilícitos provocan lo que se ha denominado "micro daños", es decir, cifras que individualmente consideradas, parecen insignificantes pero que sumadas, pueden producir ganancias millonarias para su autor. Ahora bien, quien se toma el trabajo de denunciar un daño para él será insignificante e incurre, incluso, en gastos de tramitación que lo superan, persigue obviamente, un fin extrapatrimonial, heroico si se quiere. En consecuencias, aun el consumidor individualmente considerado, tiene interés en que la sanción se

aplique y ese interés sin dudas, merece la tutela legal. Sin embargo el fallo va más allá. Considera al consumidor en su aspecto general y abstracto, es decir no sólo como el individuo que ha sufrido una afectación a sus derechos subjetivos sino también como el titular de derechos colectivos. Puesto así, es interés del consumidor (genéricamente considerado) no sólo la satisfacción de sus derechos individuales sino también la vigencia y regencia del Derecho del Consumo o como lo dice el fallo: *"El favor consumidor se extiende no sólo a los derechos subjetivos e intereses legítimos individuales, sino también a los de incidencia colectiva. Ninguna duda puede haber de que al consumidor, genéricamente considerado, le interesa en forma primigenia la vigencia de la ley que lo tutela y la sanción a sus transgresiones a cuyo respecto, también debe aplicarse la regla exegética y en caso de dudas, sobre la aplicación o no de la Ley de Defensa del Consumidor, ha de estarse por la afirmativa"*.

VI. El cálculo de las sanciones.

El art. 47 inc. b. de la ley 24.240 alude a distintos tipos de sanciones a aplicar en caso de trasgresión; entre ellas, el inc. B se refiere a la multa que podrá ser valuada en un mínimo de \$500 y un máximo de \$500.000. Entre esos límites, tampoco podrá superar el triple de la ganancia obtenida ilegítimamente.

La Dirección de Comercio de Tucumán había impuesto una multa de \$3000 y de ello también se había agraviado L.A.B. diciendo que excedía el límite legal. Según la apelante, la ganancia obtenida era de \$200, lo que equivalía a la diferencia entre el pasaje aéreo y el terrestre en el tramo Córdoba-Tucumán. Siendo así, dice, la multa no podría exceder de \$600.

La sentencia no hizo lugar a este agravio. Consideró que el cálculo habría de hacerse no sólo en base a la ganancia obtenida del denunciante individualmente considerado, sino a la de todos los pasajeros que sufrieron la alteración en la prestación del objeto. Dicho así, el límite máximo, sería el resultante de multiplicar la ga-

nancia individual por el número de pasajeros que regresaron en ómnibus.

El ilícito de consumo, frecuentemente tiene una característica fundamental: Produce un rédito o ganancia para su autor. Violar la ley es fuente de ingresos, por ello las empresas recurren a prácticas prohibidas.

Es habitual también que las multas o erogaciones a favor de aquellos que denuncian o accionan judicialmente se vean amortizadas por el rédito que produce la masa de consumidores que soporta calladamente el abuso. Dicho en otras palabras: Si sólo denuncia o acciona el 5% de los abusados, la ganancia provista por el otro 95% restante, alcanza con creces para pagar multas, indemnizaciones, gastos judiciales, honorarios etc. y todavía queda un margen lo suficientemente alto como para mostrar tentador el ilícito.

La letra de la ley es bastante escueta y no señala con contundencia cuál es la base sobre la cual se calculará la ganancia ilícita, de allí que el fallo de "López c. Lloyd Aéreo Boliviano", tenga una fundamental trascendencia para decisorios futuros, pues con muy buen criterio se ha decidido tomar para el cálculo, no la ganancia individual sino el total de lucro obtenido en forma ilícita por la demandada.

Es lógico pensar que la ley quiere desvirtuar la ecuación infame anteriormente descrita y con esa télesis hay que interpretarla pues de esa forma, quien transgreda en su desmesurada avidez por ganar un peso, terminará perdiendo tres. Sólo así se logrará disuadir y evitar ilícitos futuros. La misma sentencia nos da la pauta de que la multa, no sólo no excedió el límite legal, sino que incluso fue demasiado baja. Según se desprende de su texto, fueron 37 los pasajeros que sufrieron abusos en iguales condiciones que el denunciante. Si nos atenemos a los cálculos de L.A.B., por cada uno de ellos, obtuvo una ganancia ilegítima de \$200, lo que totaliza \$6800,

en consecuencias, podría haber sido multado con hasta \$20.400, suma muy superior a la que en definitiva se le impuso.

Adviértase que la ganancia fue de \$6800 y la multa sólo alcanza a \$3000, es decir que todavía queda un saldo positivo a favor de L.A.B. de \$3800. El Lloyd Aéreo Boliviano, a pesar de la multa, ganó violando la ley y todavía pretende una reducción.

Dada nuestra estructura procesal, el tribunal no se encontraba facultado para elevar el monto de la sanción pero igualmente quiso poner de manifiesto la paradoja que mencionábamos. Sirva este fallo de advertencia a la autoridad de aplicación para que en el futuro imponga multas que aunque no alcancen el límite legal, sean sí superiores al rédito que el ilícito produce. La Ley de Defensa del Consumidor recién tendrá efectiva regencia cuando en Argentina, deje de ser buen negocio violarla.

Bibliografía

(1) Jurisprudencia conforme CNFed. Contenciosoadministrativo, sala II, 1997/11/04, "*Diners Club S.A. c. Sec. de Comercio e Inversiones*", RCyS, 1999-491.

(2) FARINA, Juan M., "*Defensa del Consumidor y del Usuario*", p. 574, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires 2000.

(3) CNFed. Cocontenciosoadministrativo, sala V, mayo 12-997. "*Cir-Rep. S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*", s. disp. DNCI 2132/96, Causa: 4522/97. Defensa del Consumidor. APSPA Consumidor, Ediciones del País, 1998.

(4) LORENZETTI, Ricardo Luis, "*Consumidores*", p. 38, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2003.

(5) Jurisp. Conforme JNCom. N° 5 2002/12/23. "*Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires c. Banco Lloyd Bank*", LA LEY, 2003-D, 250.

(6) CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 1997/05/12, "*Cir.-Rep. S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones*", Disposición DNCI, 2132/96, Boletín de Jurisprudencia, 1997-2, conf. cit. de PEREZ BUSTAMANTE, Laura, "*Derecho Social de Consumo*", La Ley, Bs. As., 2004-486.

(7) STIGLITZ, Gabriel, Conferencia pronunciada en el Congreso de Derecho, Tucumán, agosto 2004.

(8) LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando, "Teoría de los Contratos", p. 169, Ed. Zavalia, Bs. As. 1984.

(9) VON IHERING, Rudolf, "La Lucha por el Derecho".

Protección al consumidor

por Günther Enrique Flass

Publicado en: Revista LEX: 04/05/05 Año 1, Vol. III, p. 9-11.

Texto provisto por el autor

[Consultado el 17/03/2021]

La protección al consumidor es ya de larga data en el derecho comparado, sus orígenes se remontan a la Inglaterra del siglo pasado, así la “*Marchandise Marks*” Acts de 1887, protegía al consumidor de la publicidad engañosa, la “*adulteration Food or*” acts. de 1860, protegía contra la adulteración de alimentos y bebidas. En E.E.U.U toma auge en la administración Kennedy cuando se efectúa una declaración de derechos en base a algunos antecedentes que ya existían en dicho país. En la Unión Europea se habla ya de derechos de los consumidores desde el momento mismo de su formación con el Tratado de Roma de 1957. *(1)

Por su parte, En América Latina, países como México, Colombia, Venezuela y Brasil cuentan con normas tutelares del consumo desde la década de 1970. *(2)

Con la sanción de la ley 24.240 y del art. 43 de la Constitución nacional, la Argentina ha comenzado a tutelar al consumidor, superando así un importante atraso pues si bien ya existían algunas normas al respecto como la ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Lealtad Comercial, dichos textos tienden más a lograr un aceptado funcionamiento del mercado, protegiendo solo indirectamente a la parte débil de la relación de consumo.

Cabe destacar que sin perder el optimismo que puede provocar la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, ella más que la conclusión de un proceso es el comienzo de un largo y difícil camino que la doctrina y la jurisprudencia deberán recorrer hasta alcanzar la madurez necesaria. *(3)

Concepto de consumidor en la ley 24.240.

Ante cualquier nuevo texto legal, el primer planteo práctico que surge, es el referido al ámbito de aplicación, es decir a cuáles serán las relaciones regidas por ella. La ley 24.240, comienza adoptando un criterio subjetivo, declara regir aquellas situaciones que tienen por protagonistas a un consumidor que se relaciona con un proveedor y es ese quizás su primer error, pues no basta atender a las particularidades de los sujetos ya que si bien es cierto que generalmente el primero es parte débil frente al segundo, no se trata de una ley de hierro y existen excepciones, de allí que hubiera sido preferible hablar de Relación de Consumo, como lo hace El art. 43 C.N. *(4)

El art. 1° Ley 24.240, define al consumidor diciendo: *“Se consideran consumidores o usuarios a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:*

- 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”.*

Consideró desaconsejable incluir definiciones en una norma. La conceptualización es obra de doctrinarios, subyace en el texto legal pero no aflora, la finalidad inmediata de la norma es regular conductas no definir conceptos. Sin embargo los errores no

se limitan a una mera cuestión de técnica legislativa, sino que hay algunos de mayor entidad aún, cuyo análisis resulta imprescindible a fin de lograr una correcta caracterización del consumidor:

Primero: el derecho del consumo excede el ámbito del contrato, el artículo 7° L.24.240 reza: “*La oferta dirigida a consumidores, potenciales e indeterminados, obliga a quien la emite...*”, estamos aquí ante una situación precontractual, si el consumidor puede ser potencial e indeterminado, no solo reviste tal carácter quien contrata.

Por otro lado el capítulo VI°, se refiere a los usuarios de servicios públicos domiciliarios y es admitida por un importante sector de la doctrina administrativista la naturaleza reglamentaria de la relación de servicio público, aun cuando el prestatario sea un particular que actúa en virtud de una delegación transestructural de cometidos.*⁽⁵⁾

En consecuencia, aun cuando el contrato es el principal escenario donde se desarrolla la relación de consumo, no es único ni excluyente.

Segundo: el consumidor puede también contratar a título gratuito sin perder por ello su calidad de tal. Es frecuente que algunos comercios efectúen regalos con la sola finalidad de predisponer a su clientela, no hay aquí onerosidad pero quien recibe el regalo es consumidor, se encuentra amparado por la norma y cuenta con todos los derechos que la misma reconoce. Por ejemplo quien ha recibido como regalo de una empresa que se dedica a la venta de los llamados “*Tiempos compartidos*”, la estadía en un determinado “*Apart Hotel*” puede exigir que el servicio sea prestado en las condiciones publicitadas.

Tercero: el artículo en cuestión efectúa una enumeración de situaciones fácticas que resulta incompleta.

Sin embargo es justo destacar que no se trata de una enumeración taxativa y ella es la única interpretación aceptable en virtud de que el art. 2° obliga al cumplimiento de la ley a quienes no son prestadores de los servicios o cosas allí enumeradas. Por ejemplo, quién en forma profesional se dedique a la venta de propiedades por temporada, queda comprendido en el art. 2, pero su prestación (todo lo que implica el uso y goce de un “*Tiempo Compartido*” no está expresamente incluida en las descripciones del art. 1°.*(6)

Sin perjuicio de lo dicho, hay que agregar que en el peor de los casos, se debió haber incluido un inciso omnicompreensivo que deje en claro el carácter no taxativo de la enunciación.

Cuarto: la última parte del párrafo primero del art. 1° reza: “*Para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social*”, ello se relaciona con el art. 2° in fine que dice que no tendrán el carácter de consumidores finales quienes adquieran bienes o servicios para integrarlos en procesos productivos y el art. 2° del decreto reglamentario especifica que la integración aludida es tanto genérica como específica.

Conviene entonces hacer algunas precisiones sobre el término:

Primera facie, podríamos identificar consumo final con exclusión de la circulación comercial, sin embargo hay casos en que la cosa o el servicio, si bien no son reincertados en el circuito comercial, sirven en forma más o menos directa para el desarrollo de una actividad rentable ¿Queda en esos casos incluida la relación en la tutela propia del derecho del consumo?. Todo depende del sentido que demos al término “*Consumo final*”, Ya que de él podemos dar distintas acepciones:

Sentido Restringido: Hay consumo final cuando la cosa ha sido adquirida con la intención de excluirla tanto a ella y a su pro-

ducido, de la circulación comercial y cuando el servicio es utilizado exclusivamente para la satisfacción de una necesidad personal, familiar o social, sin que en ambos casos exista ninguna relación con alguna actividad rentable:

Sentido amplio: Hay consumo final, siempre que lo consumido no se integre en forma directa a una actividad productiva.

Sentido amplísimo: También se considera consumo final aquel que se integra directamente a una actividad productiva, solo se excluye a la reventa.

En todos los sentidos, siempre se excluirán situaciones que merecen la tutela del Derecho del Consumidor o se incluirán otras que no lo necesitan, de allí que adelantamos ya nuestra postura sobre la inconveniencia de aludir al consumo final en forma excluyente. El texto del art. 1º ha llevado a la doctrina nacional a definir al consumidor en base al criterio de consumo final y dentro de este concepto a la acepción restringida. Se ha producido entonces el proceso inverso al que debe regir la ciencia del derecho, en vez de estar la norma influenciada por la interpretación que de la naturaleza de las cosas hace la doctrina, ha sido la doctrina quien terminó interpretando la naturaleza de las cosas como lo hace la norma.

No debe pensarse que un debate del tema resulte superfluo; el tratado de Asunción, el protocolo de Ouro Preto y la res. 126/94, del Grupo Mercado Común encomiendan al Comité Técnico nº7, la elaboración de un marco de armonización de la legislación al cual deberán adherirse los estados miembros y del texto armonizado de dicha comisión surge claramente un criterio amplio de consumo final, en el, tal como dice Lorenzetti: *“Si una empresa le da al producto un destino final, aunque indirectamente lo use para procesos productivos, celebrará un contrato de consumo”*.*(7). En consecuencia, estamos ante una inminente reforma de nuestro texto legal, motivo más que suficiente para analizar la razonabilidad de la pos-

tura asumida y tratar de elaborar una definición, no para positivizarla, sino para guiar la valoración y regencia de conductas que la norma haga.

Definición del consumidor propuesta.

En vistas a lograr una definición de consumidor que no incurra en los errores apuntados anteriormente, es necesario volver a los fundamentos en los que se basa esta particular forma de tutela.

La sociedad ha ido especializando su conocimiento, ganando en profundidad, lo que perdió en generalidad. Hace un siglo cualquier podía comprender los mecanismos del mundo que lo rodeaba, hoy no, el hombre renacentista, artista literato y científico a la vez, es materialmente imposible, el saber humano es tan amplio que cada uno se encierra en su ámbito tratando de abarcar mucho de poco: Somos especialistas y en consecuencia resulta insostenible la ficción de igualdad que subyace en el principio de la autonomía de la voluntad. Cuando el especialista se relaciona jurídicamente con quién no lo es o con quien se encuentra especializado en una rama distinta de aquella que es objeto de la relación, el primero tiene preeminencia sobre el segundo, puede engañarlo con facilidad y en forma mucho más sutil que las que el derecho tradicional preveía.

En otro orden, las técnicas publicitarias permiten inducir la conducta de los individuos y la concentración de capital hace que un sujeto, cuente con todos los especialistas necesarios para la concreción de la relación en condiciones sumamente ventajosas.

Así es que surge un especial tipo de relación entre un todopoderoso proveedor y un consumidor convertido en un cuasi incapaz de hecho, esta situación no debe ser ignorada por el derecho,

hay que acudir en resguardo del débil para actualizar una justicia que no siempre debe ser necesariamente ciega.*⁽⁸⁾

Con lo manifestado, estamos ya en condiciones de ensayar una definición del consumidor que seguramente no será la de la ley 24.240, sin que ello la invalide, pues bajo toda norma positiva, subyace el derecho natural al que aquella debe respetar a riesgo de morir.

Es así que definimos al Consumidor o Usuario, diciendo que:

“Es toda persona, física o jurídica que en la adquisición de una cosa, de un derecho a la cosa o de un servicio, sin la finalidad de lucrar intermediano en el cambio de los mismos, o en las preliminares encaminadas directa o indirectamente a tal fin, se encuentra en una notoria inferioridad de disposición frente a otra que tiene los medios suficientes para predisponer la relación o para conducir unilateralmente las preliminares”.

Análisis.

“Persona física o jurídica”: Se ha admitido que las personas jurídicas pueden revestir la calidad de consumidor, incluso la definición efectuada por la ley 24.240 también las incluye. Es esto uno de los tantos motivos para adoptar un criterio amplísimo en cuanto al concepto de consumo final. Las personas jurídicas, difícilmente adquieran algo que no sea para integrarlo aun indirectamente a su giro comercial, por eso si admite, ramos que aún la vinculación indirecta excluye a la adquisición de la caracterización de *“Consumo final”* (Criterio estricto), sería imposible su encuadre como consumidores. Contrario sería si adoptamos en concepto de *“Consumo final”* que anteriormente denominé *“amplísimo”*, bien se puede decir que las personas jurídicas son consumidores.*⁽⁹⁾

“Adquirir una Cosa, un derecho a la cosa o un servicio”: El término adquirir ha sido utilizado en su más amplia acepción y en consecuencia, puede manifestarse en distintos contratos (Compraventa, permuta, dación en pago, etc.), por eso es que se efectuó la distinción entre adquirir una cosa y adquirir un derecho a la cosa.

La cosa en la definición, no alude al sentido físico del término, sino a cualquier objeto que se encuentra en el espacio y es susceptible de ser sometido al señorío de los particulares, sea o no perceptible por los sentidos.*⁽¹⁰⁾

Por otro lado sin la intención de *“dosificar”* el trabajo humano, el servicio es también pasible de ser adquirido cuando alguien se beneficia con él.

“Sin la finalidad de lucrar intermediando en el cambio de los mismos”: Aquí es donde se manifiesta la adopción del criterio amplísimo frente al *“Consumo final”* y he considerado conveniente expresarlo de esa manera específica, pues dado la ambigüedad del término (Consumo final), su inclusión hubiera demandado aclaraciones qué estarían defectuosa ab initio a la definición.

No interesa acá, si la cosa ha sido adquirida para intercambiarla en el mismo estado, o después de modificarla, lo que importa es excluir la intención de reventa lucrativa.

“Preliminares encaminadas directa o indirectamente a tal fin”: Como dije anteriormente el Derecho del Consumo no se limita al contrato de consumo sino que abarca situaciones precontractuales y algunas que ni siquiera alcanzan esta característica, así la publicidad, entra dentro de la esfera de protección de la ley, lo mismo que los regalos sin obligación de compra.

“Notoria inferioridad”: Es esta la segunda nota esencial para la definición de consumidor: la desproporción. No se trata de una

simple diferencia, en ningún contrato o en muy pocos casos, hay una completa paridad de condiciones en los contratantes, sin embargo para que esa desproporción sea de entidad suficiente para caracterizar a alguien como consumidor, debe revestir notoriedad y ser de tal magnitud que exija la tutela del derecho.

Con la definición apuntada anteriormente, he procurado dos finalidades, la primera de ellas es describir en la forma más sucinta posible, las notas esenciales de lo que se pretende conceptualizar, la segunda es lograr un encuadre coincidente entre la noción de consumidor y la de relación de consumo*(11) de tal forma que pueda decirse que se es consumidor en tanto y en cuanto se es partícipe directo o indirecto de una relación de consumo y a la inversa que habrá relación de consumo siempre que uno de los partícipes directos o indirectos sea un consumidor, esto último obedece además a la necesidad de armonizar el criterio subjetivista de la ley con el criterio objetivista del artículo 43 de la C.N.

Hay que aclarar que esta como cualquier otra definición, no sirve para ser positivizada, ella bajo ningún punto de vista podría constituir un artículo de la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que las consecuencias serían nefastas, así por ejemplo, si para gozar de la tutela del derecho fuera necesario probar en cada caso la desproporción, estaríamos dando un paso atrás en el camino emprendido, se trata de una mera labor doctrinaria tendiente a elaborar conceptos que sirvan para la particular orientación del intérprete y no para la regulación de casos abstractos. En consecuencia alguien que no entre dentro de la definición, podría gozar de la tutela jurídica en virtud de que la norma sanciona una presunción iuris et de iure basada en ciertas circunstancias y justificadas por razones de conveniencia jurídica y es que siempre resulta preferible que la norma peque por exceso y no por desmerito, o dicho en otras palabras, es grave el hecho de tutelar situaciones que no necesitan de protección, pero mucho más grave es desamparar otras que si la precisan.

Notas

(1) Stiglitz, Gabriel A. “La protección al Consumidor en el Derecho Comparado”, Rev. Derecho del Consumidor n°1, ed. Juris.

(2) El caso de Brasil debe ser tenido en especial consideración por dos razones: primero, los avances de este país en la materia, son loables, cuenta con un Código del Consumo y en algunos Estados se ha creado un fuero especial con un procedimiento expeditivo, que permite la real y eficaz atención a los problemas del consumidor. En segundo lugares de advertir que la Comisión n° 7 del Mercosur, que tiene a su cargo los proyectos de armonización del Derecho del Consumo de sus Estados miembros, ha considerado conveniente tomar a Brasil como modelo.

(3) El Senador, Dr. Luis León en su discurso como miembro informante ante el Senado de la Nación dijo: “*Es posible que luego de la puesta en marcha y del funcionamiento de la aplicación de la norma, habrá que modificar algunos puntos. En caso de ser necesario pues, modificaremos la Ley*” Rev. Antecedentes Parlamentarios, Ed: La Ley, Pag.41.

(4) Antonio Juan Rinessi, pone como ejemplo el caso de una persona jurídica con gran capital y un importante número de asociados que licita la compra de determinado producto para distribuirlo entre sus socios, aquí seguramente la parte débil de la relación, será el proveedor y no el consumidor. Rinessi A.J. “*Caracterización y Protección del Consumidor*”

(5) Sobre el carácter reglamentario de la relación de servicio público: Marienhaff, Miguel: “*Tratado de Derecho Administrativo T.III B. Ed Abeledo Perrot. Bs. As. 1949. P 18 y 19. Mayer Otto “Derecho Administrativo Alemán” Ed. Depalma 11° edición. Bs. As. 1982 p. 149 y 150*

Sobre la Delegación Transestructural de Cometidas ver Mer-tehikian E. “*Iniciativa Privada en la Concesión de Obras y Servicios Públicos*”

(6) Respecto al tratamiento que tuvo el contrato de tiempo compartido en el derecho comparado, ver Kamelmayer de Carlicci,

Aida en “*Revista Derecho del Consumidor*” n° 7. Ed. Ciudad Argentina.

(7) Lorenzetti; R. “*La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional Mercosur*” La Ley, t. 1996-E, pág. 1303

(8) Alterini; A. A.: “*El consumidor en la sociedad postmoderna*” La Ley T.1996-E, pág. 818

(9) Mosset Iturraspe “*Defensa del consumidor*” Ed. Rubinzal Culzoni, Pag. 60

(10) Warneyer, O.: “*Komentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich* J.G.B. Mohr, Tubinger 1919. T.

(11) Rinessi A.J. op. Cit.

La industria del juicio

por Günther Enrique Flass

Publicado en: Diario El Tribuno. Tucumán. 19/10/2005

Texto provisto por el autor

[Consultado el 17/03/2021]

Desde hace años, se elevan voces alarmadas sobre la industria del juicio. A ella se le atribuye la lentitud de la justicia.

¿Existe en realidad esta industria del juicio? En Argentina de cada 100 abusos que sufren los consumidores, sólo 5 llegan a la justicia. La ganancia que produce el 95 por ciento restante, permite pagar costas judiciales, indemnizaciones a los que reclaman y todavía queda un saldo. Violar la Ley de Defensa del Consumidor es un negocio seguro y rentable en nuestro país. Seamos conscientes entonces de qué, en realidad, existe una industria del abuso; el incremento de juicios es sólo un síntoma y, deberíamos agregar, bastante saludable, pues mal estaríamos si ni siquiera fuésemos capaces de defendernos.

Es indiscutible que la Justicia es lerda. ¿Qué hacer frente a ello? Hasta ahora, la única propuesta parece ser dificultar el acceso a la justicia con tributos, otorgar indemnizaciones bajas, en síntesis, desalentar a quien cree tener razón para litigar. En otras oportunidades, aparece como la panacea, los denominados “*métodos alternativos de solución de conflictos*”, principalmente mediación y arbitraje que, según se dice, lograron grandes éxitos en EEUU.

La mediación y el arbitraje, están de moda. En su favor se argumenta que dan una solución a las partes, que disminuyen los conflictos, que son rápidos y que alivian la sobrecarga de la justicia. Se ha llegado a decir que la evolución de una sociedad se mide en la forma en que esta soluciona los conflictos. Es una exageración. La verdadera evolución de la sociedad se traduce en el cumplimiento de la ley, una sociedad es mejor cuando sus normas son respetadas puntualmente por todos. Los conflictos pueden solucionarse de una manera justa o injusta, en ambos casos el conflicto habrá concluido. Pero, ¿puede alguien alegrarse de que un conflicto se solucione injustamente? ¡No! Ello significará un estruendoso fracaso del cuerpo social que debe asumir ese fracaso. Si en un pueblo, los individuos que lo componen, no son capaces de luchar por sus derechos, si están dispuestos a soportar mansa y calladamente los atropellos de los que son víctimas, la decadencia es segura, sus legisladores dictarán leyes que nadie las cumplirá, el débil cederá frente al poderoso y la injusticia reinará.

Debemos asumir como sociedad, el desafío de mejorar el sistema de justicia y para ello es necesario, en primer lugar, asumir la importancia del problema. Ya vimos lo que pasa en el derecho del consumo, desgraciadamente no es el único ejemplo. El alto nivel de morosidad obedece, en parte, a que los juicios de cobro pueden demorar dos o tres años y la tasa de interés judicial es una de las más bajas; las empresas de transporte saben que en caso de accidente, las indemnizaciones serán menores a los daños causados y habrá que pagarlas cinco o diez años después o no pagarlas nunca si se declaran en quiebra. Poco cuidado pondrán entonces en respetar las leyes de tránsito y las normas de seguridad, los inquilinos saben que aún sin pagar el alquiler solo serán desalojados dos o tres años después. En síntesis, la lentitud de la justicia no sólo perjudica al que hace juicio sino a la sociedad en su conjunto. La falta de cumplimiento de la ley destruye el tejido social. La principal solución es contar con un número de jueces relativamente proporcional a la población, lo otro son meros paliativos. Capital Federal tiene

cuatro millones de habitantes y cuenta en el fuero Civil con cien jueces, Tucumán, con casi dos millones de habitantes sólo tiene diez, para alcanzar una proporción no óptima, sino meramente aceptable, serían necesario nombrar casi cuarenta jueces más de los que actualmente existen. Seguramente que ello implica un gasto elevado pero siempre menor a lo que nuestra sociedad paga por pérdida de vidas humanas, entre otros males que nos toca afrontar.

La prescripción de la acción de consumo en el contrato de seguro

por Günther Enrique Flass

Disponible en: <https://informacionlegal.com.ar/>

Publicado en: SJA 11/03/2009 • JA 2009-I, 332

Cita Online: 0003/014306

[Consultado el 03/08/2020]

Sumario:

I. Introducción.- II. El contrato de seguros y el contrato de consumo. Ley general y ley especial.- III. Acciones que emergen de la ley.- IV. Naturaleza de las acciones previstas en el art. 50 (¿judiciales o administrativas?).- V. Reflexiones finales

I. Introducción.

Por sentencia del 29/6/2007, la C. Fed. Tucumán se ha expedido diciendo que los contratos de seguro son a la vez contratos de consumo; en consecuencia, dada la regla hermenéutica del in dubio pro consumidor (arts. 3 y 37 , ley 24240) y el principio de subsistencia de las acciones, debe estarse al plazo de prescripción del art. 50 , ley 24240 (1) (Ley de Defensa de los Consumidores 24240) y no al plazo anual del art. 58 , LS. (2) (Ley de Seguros 17418).

El fallo en análisis no debería sorprendernos; es lógica y razonada aplicación de la letra de la ley, pero estamos ante una "*inversión copernicana*" de la anterior corriente doctrinaria y jurisprudencial que, con distintos argumentos, insistía en la prescripción anual. Un decisorio de esta naturaleza sólo puede ser recibido con beneplácito por quienes estudiamos esta nueva disciplina llamada "*Derecho del Consumo*", y estamos convencidos de que la defensa del consumidor es inexorable para una mayor equidad en las relaciones negociales.

Hasta la fecha, tal como lo dije, la tendencia dominante sostenía la prescripción anual de las acciones del consumidor tomador de seguros a través de tres líneas argumentales que convergían en ese resultado.

Para algunos, emblemáticos tras el leading case "*Cortez*" de la Corte Sup. Just. Tucumán (3), la LS. (Ley 17418), en tanto ley especial, debía aplicarse prioritariamente, y sólo en subsidio de ella regiría la ley 24240, pues la consideraban norma de carácter general. Encontraban también aval en el art. 3, ley 24240, que no deroga en bloque el resto de la legislación sino que, por el contrario, manda integrarla.

También partiendo del leading case "*Cortez*" se llega a afirmar que el art. 50 en cuanto menta a las acciones y sanciones "*emergentes de la presente ley*" limita su regencia a las originariamente creadas por la ley 24240, mientras que el resto, es decir, las derivadas de otras normas (Código Civil, Código de Comercio, Ley de Seguros, etc.), conservarían los plazos de prescripción en ellas previstos. Esta hipótesis sólo consideraba acciones originarias a las que tenían por fin efectivizar el derecho de información y repeler abusos contractuales.

En un tercer grupo (4) militaban aquellos para quienes el art. 50 sólo refiere a las acciones y sanciones administrativas, mas no así a las judiciales.

Considero -tal como lo hace el fallo en análisis- que la doctrina "*anualista*", en sus tres líneas argumentales, resulta igualmente errónea, e intentaré demostrarlo a continuación.

II. El contrato de seguros y el contrato de consumo. ley general y ley especial.

Es grave error considerar que respecto del contrato de seguros la ley 24240 tiene carácter general y subsidiario frente a la especificidad de la ley 17418.

El contrato de consumo no es un tipo contractual, no existe como categoría propia; se trata más bien de una circunstancia particular que se verifica cuando una de las partes es a la vez consumidor conforme lo caracteriza el art. 1, ley 24240. Así, el contrato de seguros será también contrato de consumo cuando el bien asegurado esté destinado al uso o consumo personal o del grupo familiar o social (5). Por el contrario, no lo será si se aseguraran bienes que, directa o indirectamente, se integren a procesos productivos de bienes o servicios (6). Es cierto que en algunos supuestos la distinción será problemática (vgr., seguro de muerte, seguro de automotor destinado en forma conjunta al uso personal y profesional, etc.), pero ello no nos autoriza a identificarlos. Ahora bien, si hay contratos de seguros no alcanzados por la ley 24240, sería absurdo atribuirle a esta última carácter general: ello equivaldría a sostener que la especie excede al género, incurriendo en un notorio dislate lógico.

El novedoso fallo de la C. Fed. Tucumán que analizamos no expresó acabadamente la diferencia, se limitó a sostener que "*Los contratos de seguros son contratos de consumo*"; quizás con mayor destreza técnica, el tribunal debió referir sólo al contrato de seguros sub iudice, pero lo verdaderamente importante es que, verificado el carácter "*consumerista*" del contrato objeto de la litis, se decidió aplicar la prescripción trienal, acatándose así la clara letra del art. 50.

III. Acciones que emergen de la ley.

Según el leading case "*Cortez*" (7) la acción del consumidor tomador de seguros no goza de la prescripción trienal pues el art. 50 , ley 24240 regula sólo a las acciones "*emergentes de la ley*", entendiéndose por tales a las que se originaron con su promulgación, sin derivar de otras normas. En lo concreto, sólo consideraban "*acciones emergentes*" a las que nacen de la violación al deber de información y del abuso contractual.

Un primer error que comete la Corte tucumana es confundir "*emergentes*" con "*originarias*". Emerger significa salir a la superficie, aparecer, hacerse visible, cobrar notoriedad, evidenciarse. Sólo emerge lo que previamente existe. Si el legislador hubiera querido decir lo que la Corte entiende, habría usado otros términos tales como "*creadas*", "*originadas*", "*generadas*", etc., pero nunca "*emergentes*".

Con un muy escaso rigor técnico que resulta llamativo, la Corte Sup. Just. Tucumán, después de confundir acciones originarias con emergentes, entendía que las únicas susceptibles de tal calificación son las que nacen de la violación al deber de información y del abuso contractual. No encontramos fundamentos lógicos para esta afirmación más que el solo voluntarismo judicial. Las mencionadas acciones no son creación novedosa de la ley 24240, no nacieron a la vida jurídica con la sanción de los arts. 4 y 37, respectivamente, sino que constituyen una regulación pormenorizada y más completa de institutos anteriores. La información al cocontratante es lógica derivación del deber de actuar de buena fe (art. 1198, CCiv.). ¿No es acaso propio de un buen proveedor informar a sus clientes todos los pormenores del contrato que van a celebrar? Paralelamente, la prohibición de abusar contractualmente y la inocuidad de las cláusulas abusivas derivan claramente del art. 1071, CCiv., en cuanto condena el abuso de derecho.

Si identificamos acciones emergentes con acciones originarias, necesariamente debemos concluir que ninguna de las previstas en la ley 24240 lo es; ergo, el art. 50 queda reducido a una total vacuidad, un sinsentido, un conjunto de palabras que el legislador ha redactado para nada. Esta postura nos parece inaceptable. Afirmamos, entonces, que la interpretación de la Corte Sup. Just. Tucumán es insostenible.

En la ley 24240 no hay acciones originales, pero son muchas las que "*emergen*" de su texto (vgr., cumplimiento contractual, art. 10 bis; daños, art. 40; vicios redhibitorios, art. 18, etc.), y todas, absolutamente todas, prescriben a los tres años por imperio del art. 50.

IV. Naturaleza de las acciones previstas en el art. 50 (¿judiciales o administrativas?).

Otra de las líneas argumentales, que concluyen en la exclusión de la acción del consumidor tomador de seguros, fue expuesta por Stiglitz (8), para quien el art. 50, ley 24240 refería sólo a acciones y sanciones administrativas mas no a las judiciales, que conservarían los plazos establecidos en el Código Civil, Código de Comercio, Ley de Seguros, etc. Sostenía que si el legislador hubiera querido establecer un plazo para las acciones judiciales, lo habría hecho en el cap. XIII ("*De las acciones*"), y no en el cap. XII ("*Procedimientos y sanciones*"). Advierte que cuando el art. 52, que encabeza el cap. XII, dice: "*Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrá iniciar las acciones judiciales*", estaría diferenciando tajantemente las administrativas (previstas en el capítulo anterior) de las judiciales (reguladas a continuación). Por último interpretaba que si el art. 50 declaraba causal de interrupción la incursión en nuevas infracciones, es porque el plazo de prescripción estaba referido a las actuaciones administrativas, y no a las judiciales.

Disentimos radicalmente con las afirmaciones del prestigioso doctrinario.

Es de rigor recordar primero que el art. 3, ley 24240 manda interpretar las normas en el sentido más favorable al consumidor. ¿Cabe alguna duda de que a éste le conviene más un plazo de prescripción trienal que otro anual? Va siendo hora que comencemos a respetar las reglas de hermenéutica que nos impone el legislador y no las convirtamos en disposiciones optativas a las que el juzgador recurre cuando le place. El novedoso fallo de la C. Fed. Tucumán que comentamos acata puntualmente el mandato de interpretatio pro consumidor, y ello constituye un motivo más de adhesión.

Tampoco creemos que una cuestión metodológica, como la invocada, sea suficiente para torcer la clara letra de la ley, ni encontramos que el legislador haya incurrido en un error de esa índole. Si -tal como sostenemos- el legislador ha querido atribuir un plazo de prescripción uniforme para las denuncias, sanciones y acciones judiciales, es técnicamente correcto que lo disponga mediante un solo artículo, sin necesidad de triplicar textos para cada uno de los supuestos regulados. Ahora bien, ¿en qué capítulo hubiera debido introducir un texto como el del art. 50? Si lo hiciera en el cap. XII, alguien podría considerar excluidas las acciones judiciales; por el contrario, si lo coloca en el cap. XIII, con iguales fundamentos se habrían considerado excluidas las denuncias administrativas. La ubicación resulta aquí irrelevante a efectos hermenéuticos pues, en definitiva, los distintos capítulos en los cuales se estructura una ley no han de ser tenidos por compartimentos estancos sino por partes de un todo, y si bien pueden referirse principalmente a una determinada institución, ello no obsta a que regulen también aspectos de otras, máxime cuando razones de economía legislativa aconsejen el tratamiento promiscuo de dos subtipos a los que se les imputan consecuencias idénticas.

Entiendo que Stiglitz transgrede con su hipótesis una inveterada regla interpretativa según la cual *ubi lex non distinguet nec distinguere debemus*. El art. 50 habla de "acciones" sin ningún aditamento: esto lleva a entender comprendidas todas las especies de acciones, y limitarnos a algunas de ellas sería interpretar contra legem.

También disentimos con que la frase "*sin perjuicio de lo expuesto el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales*" constituya un valladar que incomunique ambos capítulos; por el contrario, la semántica indica precisamente lo opuesto, ya que con ella el legislador está abriendo una puerta e indicándonos que los artículos subsiguientes no alteran ni perjudican lo expuesto en los párrafos anteriores, pues éste es el único sentido que se le puede dar a la frase "*sin perjuicio de...*".

Por último, cuando el legislador declara como causal de interrupción la comisión de nuevas infracciones no quiere con ello limitar los efectos del art. 50 a las actuaciones administrativas, pues las infracciones a la ley 24240 habilitan a efectuar tanto una denuncia administrativa como una demanda judicial, o ambas conjuntamente. En síntesis, el término "*infracción a la ley*" no está dicho necesariamente con relación a actuaciones administrativas. No obstante ello, es en la última causal de interrupción contenida en la ley donde se echa por tierra el argumento en análisis. Específicamente el art. 50 dice que el curso de prescripción se interrumpirá también por el inicio de actuaciones judiciales. La interrupción por inicio de demanda es propia de las acciones judiciales, y no de las acciones administrativas. Haciendo entonces un paralelismo con lo que dice Stiglitz, si al enumerar entre las causales interruptivas a la comisión de nuevas infracciones se evidenciaría que el artículo se refiere a acciones administrativas, con igual certeza se debería decir que al enumerar el inicio de actuaciones judiciales el artículo evidenciaría la inclusión de las acciones judiciales, lo cual el doctrinario niega. La teoría analizada deviene así autocontradictoria.

Es loable que la C. Fed. Tucumán, en el fallo que comentamos, haya evitado introducirse en tales laberintos argumentales, pues son una verdadera "*cueva del Minotauro*" y sólo conducen a oscurecer lo que en la letra de la ley aparece claro.

Concluimos que el art. 50 establece un plazo de prescripción y unas causales de interrupción que se aplican tanto para las acciones judiciales como para las administrativas, y que entre las primeras, a no dudarlo, se encuentra la acción del consumidor tomador de seguros.

V. Reflexiones finales.

Ciertos sectores empresariales permanecieron ajenos al largo proceso de promulgación de la ley 24240 (9), quizás convencidos de que la norma circunscribía su vigencia a proteger al ama de casa y sus compras diarias; identificaron, en definitiva, defensa del consumidor con contratos de menor cuantía. Tarde advirtieron los cambios radicales que introducía la norma, y fue ahí cuando intentaron una tardía estrategia: pretendieron convencer de que al tener normas específicas y entes reguladores ad hoc, se encontraban excluidos de la ley "*consumerista*". Se trataba de mantener un statu quo que había demostrado ser muy redituable, con normas propias, de carácter más bien promocional y organismos públicos que las más de las veces oficiaban de defensores corporativos y no como entes de contralor. Primero fueron las entidades financieras, después las empresas de medicina prepaga y más recientemente las compañías aseguradoras.

En las dos primeras la estrategia fracasó estrepitosamente, pues los distintos tribunales del país -en general- rechazaron las pretensiones exclusionistas; no ocurrió lo mismo con las compañías aseguradoras. Una verdadera ofensiva doctrinaria fructificó en algunos fallos que, con distintos argumentos, las dejaron al margen del cumplimiento de la ley. Así se dijo que el valor de las primas y

los premios se alcanza mediante complejas ecuaciones económicas y que éstas se verían alteradas por la vigencia de la ley 24240 (10), perjudicando al mismo consumidor que se buscaba tutelar. Sin pretender agotar tan ardua cuestión, es preciso decir que si la ecuación económica sólo permite ganar dinero cuando se abusa del consumidor, debe ser modificada por antijurídica; nuestra Constitución Nacional sólo protege el ejercicio de una actividad económica cuando es lícita. Independientemente de ello, consideramos que se trata de una falacia pues, en definitiva, también las emisoras de tarjetas de crédito alegaron que la ley respectiva (LTC. [LA 1999-A-59]) encarecería el servicio, y la realidad demostró lo contrario.

Fracasada la estrategia de la exclusión, la lucha por la impunidad se intentó a través de la hermenéutica, torciendo el texto de la ley para que todo siga igual. El art. 3, ley 24240, la Ley de Defensa del Consumidor, manda a integrar la norma con el resto del derecho vigente, al que no deroga. Esto, que por su obviedad no hubiera sido incluso necesario decirlo, dio pie a una desviación bastante grave, pues cierta jurisprudencia entendió que "Si la ley de Defensa del Consumidor no deroga el Código Civil, en caso de contradicción ha de aplicarse aquél y no ésta". Olvidaron que la misma ley manda a interpretar in dubio pro consumidor, y que resulta absurdo pensar que el legislador ha dictado una ley *"para que nada cambie"*.

Decía Ihering que *"todo derecho que se logra, mata algo que indefectiblemente debe morir pero que siempre habrá alguien dispuesto a luchar con todas sus fuerzas para conservarlo"* (11). El derecho de los consumidores a una más efectiva equidad contractual deberá todavía enfrentar numerosas batallas, pero el fallo que comentamos constituye, sin duda alguna, una efectiva victoria.

Notas:

(1) Art. 50 ley 24240 (LA 1993-C-3012): "*Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de actuaciones administrativas o judiciales*".

(2) Art. 58, ley 17418 (ALJA 1967-B-1379): "*Término. Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible...*".

(3) Corte Sup. Just. Tucumán, sala Civ. y Penal, 13/8/2004, "*Cortez, Imer G. v. La Caja, Compañía de Seguros*", LL del 14/11/2005.

(4) Stiglitz, Rubén. S. y Stiglitz, Gabriel. A., "*Derechos y defensa del consumidor*", Ed. La Rocca, 1994, p. 393 y ss.

(5) Art. 1, ley 24240: "*... Se considerarán consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficios propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda...*".

(6) Art. 2, ley 24240: "*... No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros...*".

Art. 2, decreto reglamentario 1798/1994 (LA 1994-C-3413): "*Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica*".

(7) Corte Sup. Just. Tucumán, sala Civ. y Penal, 13/8/2004, "*Cortez, Imer G. v. La Caja, Compañía de Seguros*", LL del 14/11/2005.

(8) Stiglitz, Rubén. S. y Stiglitz, Gabriel. A., "*Derechos y defensa del consumidor*" cit., p. 393 y ss.

(9) A excepción de las empresas de servicios públicos y compañías de aeronavegación que mediante un fuerte lobby lograron su exclusión, o al menos la limitación de disposiciones aplicables.

(10) López Saavedra, Domingo y Halperin, David A., *"El contrato de seguro y la Ley de Defensa del Consumidor 24240 "*, LL 2003-E-1320.

(11) Von Ihering, Rudolf, *"La lucha por el derecho"*

Discriminación y responsabilidad civil

por Enrique Günther Flass

Disponible en: <http://www.eldial.com/>

Publicado: el 17/05/2011

Citar: elDial.com - DC15BA

[Consultado el 03/08/2020]

Sumario

- I- Introducción
- II- Algunos conceptos necesarios
 - II.1- Discriminación
 - II.2 Grupo de riesgo
- III- Particularidades en cuanto a los elementos de la responsabilidad
 - III.1- La antijuridicidad
 - III.2- El daño
- IV- Particularidades respecto a la prueba
- V- Particularidades respecto a los eximentes de responsabilidad
 - V.1- El hecho de la víctima
 - V.2- Estado de necesidad
 - V.3- Obediencia debida
 - V.4- Consentimiento expreso o tácito del damnificado
 - V.5- Cumplimiento de una obligación legal
 - V.6- Ejercicio de un derecho
- VI- Su ubicación respecto a las orbitas de responsabilidad
- VII- El daño por discriminación en la relación laboral
- VIII- Conclusión

I. Introducción.

Las primeras sociedades humanas se organizaron en rígidas jerarquías encabezadas por quienes mejor respondían a los ideales y necesidades del grupo[2]. A medida que alguien se alejaba de ese ideal, descendía también en la estimación colectiva, surgiendo estereotipos estrictos para cada estamento. La escala jerárquica así sistematizada era condición de subsistencia grupal y no es de sorprender que la mayoría de los miembros sintieran animadversión por quien pretendía moverse del lugar asignado. Por otro lado la geografía y la escasa densidad poblacional colaboraban en crear comunidades cerradas sobre sí mismas, donde extranjero y enemigo representaban ideas análogas. La heterofobia, fue casi tan antigua como la civilización humana [3].

La exploración de América y más tarde de África pone a la civilización europea frente a un “Otro” mucho más “Otro”, al que no solo se ve diferente sino también inferior, y por lo mismo, merecedor de explotación despiadada e incluso de exterminio: nace el racismo.

La Revolución Francesa quiso ser un salto hacia parámetros más justos pero solo logró reinstaurar el viejo concepto griego de igualdad ante la ley (isonomía) sin alterar las flagrantes desigualdades prácticas. Además esa isonomía nunca fue pensada con carácter universal. En el imaginario roussoniano no todos los humanos eran parte del “*pacto social*” sino solo aquellos que reunían el triple status de propietarios, varones y blancos [4].

En esta torpe reseña se divisan ya el alumbramiento de las principales causas de discriminación (raza, sexo, condición social, económica, caracteres físicos etc.).

El trauma de las “*Grandes Guerras*” produjo un quiebre en las más arraigadas concepciones occidentales. La participación de la

mujer suplantando al hombre en los puestos de trabajo mientras este luchaba en el frente y el horror del holocausto, que, contrariamente a lo que suele creerse, no fue solo de judíos sino también de gitanos, homosexuales y opositores, hace que, terminada la conflagración, comience a expandirse una “*idea-fuerza*”: la de que todo ser humano, por su sola condición ha de acceder a bienes jurídicos mínimos irrenunciables en pie de igualdad. La evolución de concepto será definitorio del siglo veinte y, quizás también, del veintiuno.

La discriminación es hoy un comportamiento deleznable y por lo mismo antijurídico, susceptible de perjudicar profundamente al discriminado[5]. El derecho de daños no puede quedar ajeno a este fenómeno.

II. Algunos conceptos necesarios.

El abordaje del tema necesita indispensablemente lograr consenso sobre algunos términos que aparecen problemáticos. Sin ello resulta imposible avanzar sobre terreno firme.

II.1. Discriminación.

Se han intentado distintas definiciones para la palabra discriminación [6]. Algunas pecan por exceso y otras por demérito ya que, o son excesivamente amplias, y abarcan conductas irreprochables; o en su estrechez dejan fuera otras merecedoras de repudio. Entonces ¿De qué hablamos cuando hablamos de discriminación?

Frente a un acto discriminatorio lo primero que se advierte es el trato desigual sufrido por un individuo o grupo. Esto es esencial a la discriminación y no habrá tal cosa cuando el padecimiento sea igual para todos, por más lesivo e ilegítimo que aparezca. En una dictadura, por ejemplo, suele restringirse la libre expresión a todos los ciudadanos y esto, por más reprochable que resulte, no

será discriminación. Habrá ilegitimidad, a no dudarlo, pero no discriminación.

Además de desigual, el trato ha de ser lesivo, deberá causar daño o traducir alguna forma peyorativa de padecimiento para el sujeto. El trato preferencial que se propina a ciertas personas para suplir sus propias falencias (vg. reserva de asiento para discapacitados en transportes públicos, preferencias a embarazadas en colas etc.) no es discriminatorio pues no daña sino que beneficia.[7]

La lesividad del trato desigual puede ser actual o potencial. También se considerará discriminación aquella conducta que prologue la finalidad dañosa para el futuro. La sola creación de un partido nazi, no discrimina “*actualmente*” a judíos, gitanos, homosexuales u opositores, pero es evidente que propende a ese objetivo[8]. No obstante, mientras no haya daño la cuestión no tiene trascendencia a los efectos del presente trabajo. Aquí me ocuparé solo de la discriminación actual.

El tercer elemento es quizás el más difícil de aprehender y radica en la motivación de la conducta [9]. El delincuente que es encarcelado sufre un trato desigual y lesivo pero ¿Hay allí discriminación? Evidentemente no. Su padecimiento obedece a un juicio lógico y justo que puede ser expresado en los siguientes términos “*Quien delinque debe ser apartado de la sociedad para evitar que siga delinquiendo*”. Para que haya discriminación, la motivación del acto debe ser necesariamente, ilógica o injusta, estar cimentada en un juicio que no tiene de tal sino solo las apariencias, en un “*infrajuicio*”.

El infrajuicio como género, reconoce dos especies: El prejuicio y el razonamiento teleológicamente deleznable. En el primero hay una falencia lógica, la conclusión no responde a premisas correctamente formuladas, es ilógico genéticamente. El razonamiento teleológicamente deleznable, por el contrario, puede tener una es-

estructura lógica correcta, pero persigue un fin espurio y de allí su vicio.

Kiper[10] define al prejuicio como toda generalización categórica basada en datos inadecuados y sin atenderse suficientemente a las diferencias individuales. Es bastante grande el número de prejuicios que manejamos diariamente incluso sin darnos verdadera cuenta de ello. Muchas personas creen firmemente que los hombres de piel oscura son menos afectos al trabajo, que los españoles son torpes, que los judíos son avaros, que las mujeres son menos inteligentes etc. y en base a ello califican y clasifican al prójimo.

No hay en la doctrina una definición del razonamiento teleológicamente deleznable. Frecuentemente suele incluirse (y esto es un error), dentro del concepto de prejuicio, dilatando excesivamente a este último. Lo que si hay son muchos ejemplos de esta reprochable forma de pensar y proceder: el empleador que omite contratar mujeres para evitar conceder licencias por embarazo; la empresa de medicina prepaga que niega afiliación a personas con HIV por que implicarán mayores costos de cobertura; el gobernante que concede ventajas a sus adeptos y persigue a los opositores etc. Puede verse claramente que no hay aquí un error lógico: las mujeres efectivamente pueden embarazarse y tomar licencias, los enfermos de HIV ciertamente que son más proclives a contagiarse y las prebendas políticas suelen acarrear más adeptos al “*re-dit*”. El vicio no está en la estructura lógica del razonamiento sino en la finalidad perseguida que, sin dudas, es reprochable.

El infrajuicio es tan esencial a la conducta discriminatoria que hasta casi la define.

Estoy ahora en condiciones de decir que discriminación es el trato desigual que se da a una persona o grupo de personas, actual o potencialmente lesivo, con fundamentado en un infrajuicio.

II.2. Grupo de riesgo.

Otro concepto que precisa ser explicado es el de “*grupo de riesgo*”. Según el artículo 1º de la ley 23.592 la discriminación tendrá una consideración particular cuando esté determinada por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. La doctrina es coincidente en que la enunciación no es taxativa e incluye implícitamente otros caracteres tales como la etnia a la que pertenece una persona (concepto distinto al de raza); su edad, su idioma etc. ¿Cuál es el sentido que tiene entonces este párrafo?; ¿Por qué merece una consideración particular? La única explicación posible es, a mi entender, porque la raza, religión, sexo etc., en ciertas circunstancias, colocan a las personas en situaciones de mayor peligro a ser discriminados; son parámetros que determinan grupos de riesgo, encienden “*luz roja*” y reclaman especial atención.

La primera idea a la que se recurrió para representar aquello a lo que vengo aludiendo fue la de “*minorías*”[11]. Se observaba que los discriminados eran quienes no respondían a los estereotipos comúnmente aceptados y se deduce, por lógica, serían menos. No se advirtió que dichos estereotipos rara vez surgen de acuerdos horizontales, sino que vienen impuestos a la mayoría por un reducido grupo gobernante. Algunos ejemplos describen gráficamente lo dicho: durante el apartheid en Sudáfrica sufrían más discriminación los nativos africanos que a su vez conformaban la parte más numerosa de la población y mal podrían calificarse de “*minoría*”. Lo mismo cabe decir de las mujeres que, siendo más que los hombres, padecieron un largo historial de injusticias. La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la ONU nunca logró encontrar una definición útil para el concepto de minorías y terminó aconsejando su reemplazo.[12].

En Argentina se abre paso cada vez con más fuerza la expresión “*grupo de riesgo*” cuya delimitación dependerá de las condiciones de tiempo y lugar en el cual se realice el análisis. En un país católico la colectividad judía puede ser discriminada, pero en una escuela de dicha comunidad serán los no judíos lo que más riesgo corran. En concreto, puede decirse que grupo de riesgo es “*todo colectivo humano particularmente expuesto a padecer discriminación*”.

Sin soslayar la importancia científica del tema, la cuestión tiene una gravitación práctica en lo atinente a la prueba. Quien por las circunstancias de tiempo y lugar se encuentra incluido en un grupo de riesgo y en su carácter de tal sufre daño, cuenta con la presunción de que el victimario actuó movido por un “*infracjuicio*” y no necesita probar el elemento subjetivo de la discriminación, que por su misma naturaleza, resulta de muy difícil acreditación. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

III. Particularidades en cuanto a los elementos de la responsabilidad.

III.1. La antijuridicidad.

El artículo 1066 del Código Civil dio pábulo a una ardua discusión doctrinaria respecto a si la antijuridicidad exigía contradicción con una norma expresa o bastaba que lo fuera con el sistema jurídico en su conjunto. Coincido con Trigo Represas y López Mesa en que una conducta es antijurídica no solo cuando contradice la ley sino también cuando lo hace con “la intelección de lo implícito que en ella pueda encontrarse”[13]. Pero en cuanto los daños por discriminación el artículo 1º de Ley 23.592 exime de todo debate, pues expresamente dice que quien discrimina debe indemnizar los daños que tal accionar ocasione. No obstante, aun cuando no existiera ese texto, que incluso algunos calificarán de superfluo, el artículo 16 de la Constitución Nacional y los tratados

internacionales incorporados con la reforma de 1994, bastarían para sostener la antijuridicidad de la discriminación.

El solo hecho de “rotular” injustificadamente a las personas presumiendo comportamientos y actitudes por la sola pertenencia al grupo, puede ser moralmente reprochable, pero solo habrá antijuridicidad cuando se exorbite lo estrictamente subjetivo para incidir en las relaciones humanas, impactando el ámbito existencial de otro sujeto. Son innumerables las conductas que pueden llegar a encuadrar en esta categoría y la jurisprudencia fue proveyendo múltiples ejemplos. Así se ha considerado discriminatoria la actitud de la empresa de medicina pre paga que niega afiliación a un enfermo de HIV[14] pero solo cuando el motivo de la negativa sea efectivamente la enfermedad y no otro distinto[15]. La no admisión de ingreso al supermercado por caracteres étnicos o apariencia social, mereció el mismo repudio[16]. Otro tanto ocurrió con el rechazo de la solicitud de asociación a un club de campo por ser divorciado el postulante[17]. También se consideró discriminación a la negativa de alquilar vivienda a un matrimonio por su religión judía[18]; el acoso laboral por homosexualidad del empleado[19]; el rechazo de matrícula a un alumno por padecer síndrome de Asperger[20]; la omisión de colocar rampas de acceso[21]; el incumplimiento a la obligación de otorgar pasaje gratuito a un discapacitado[22]; o de efectuar los descuentos a que tienen derecho en la compra de automóviles[23] etc.

La discriminación como hecho antijurídico tiene una particularidad llamativa y es que siempre se expresa a través de otro ilícito distinto. El caso más evidente es el de aquel que agrede física o verbalmente a un individuo por su raza, sexo, religión etc. Aquí no caben dudas. Pero en otros supuestos lo dicho no aparece con tanta claridad: cuando alguien deja de contratar, elige o selecciona discriminatoriamente, parecería que lo antijurídico, es solo la motivación discriminatoria pues la libertad de contratar o de elegir son derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico y su ejercicio

regular no convierte en ilícito ningún acto (art. 1071 Cód. Civ.). Sin embargo los derechos no pueden realizarse en contraposición a la misión social para la que fueron reconocidos *“Precisamente contra tal eventualidad se formó la teoría del abuso de los derechos, cuya ambición y razón de ser es asegurar del triunfo el espíritu de los derechos y, por consiguiente hacer reinar la justicia, no solamente en los textos legales y en las fórmulas abstractas, sino – siendo este ideal más sustancial- en su misma aplicación, y hasta en la realidad viviente”*[24]. El abuso de derecho es antijurídico.

III.2. El daño.

Decía que unos de los elementos de la discriminación es su lesividad. La subestimación que se hace del otro, movido por un infrajuicio, ha de salir del ámbito estrictamente subjetivo para impactar en ese otro perjudicándolo: el daño hace a la esencia de la discriminación.

En cuanto a la naturaleza del daño irrogado por actos de discriminación este será principalmente de índole extrapatrimonial. Resulta natural que la persona discriminada se sienta humillada, menoscabada en su dignidad y sufra una intranquilidad de espíritu o daño moral que debe ser indemnizado. Son numerosos ya los casos en que nuestros tribunales han condenado a pagar resarcimiento extrapatrimonial por actos discriminatorios [25].

En ocasiones el perjuicio extrapatrimonial es de tal entidad que puede devenir en patológico o daño psicológico [26] como suele llamarse en doctrina. En otras solo provocará lo que en Francia se llama perjuicio de desagrado (désagrément o perde de joie de vivre), categoría de límites difusos, pero que algún predicamento encuentra en nuestra doctrina nacional [27].

El daño psicológico requiere tratamiento y esa terapia tiene un costo, aquí el perjuicio ingresa en el ámbito patrimonial y como tal debe ser resarcido [28].

Además la discriminación puede ser causa de todas las sub-categorías de daños patrimoniales que fue elaborando la doctrina: pérdida de chance a ser contratado por inclusión en listas negras de empleadores[29]; lucro cesante por ganancias futuras perdidas frente a la ruptura de tratativas pre contractuales o incumplimiento del contrato con fundamento discriminatorio. Dicen Domínguez y Fernández *“sin lugar a dudas el discriminado tendrá derecho a que se lo indemnice económicamente por el daño sufrido. Dicha indemnización deberá cubrir sin lugar a dudas el daño moral y el psíquico con más su tratamiento respectivo. Además, creemos nosotros, se le deberán indemnizar todos aquellos daños que guarden relación causal con dicho daño -por ejemplo pérdida de ganancias, frustración de proyectos, etc.”*[30].

IV. Particularidades respecto a la prueba.

La discriminación presupone un elemento subjetivo, el in-frajuicio, que resulta muy difícil de probar pues rara vez se exterioriza. Es poco frecuente que quien discrimina a otro por ser judío, mujer, homosexual etc. diga expresamente la causa de su accionar. Lo habitual es que se limite a tratarlo en forma desigual sin dar ninguna explicación.

Según la distribución tradicional de las cargas probatorias, quien invoca un hecho debe probarlo. En nuestro caso sería la víctima quien debería acreditar que el victimario no solo lo trató en forma desigual provocándole un daño, sino que además lo hizo con una motivación espuria, prueba diabólica si las hay, pues mucho más difícil que acreditar un hecho negativo resulta demostrar aquello que solo queda en la psiquis del sujeto. Puede pronosticarse que la distribución tradicional de las cargas probatorias, en la gran mayoría de casos, dejaría impune al victimario y sin resarcimiento a la víctima.

El derecho comparado muestra que los países más avanzados se han hecho cargo de la cuestión. En Estados Unidos la Civil

Rights Act (1964), fue modificada en 1991 para incorporar la inversión de la carga probatoria en supuestos de discriminación. [31]

Según el art. 96 de la Ley de Procedimientos Laborales (1990) para el Reino de España: *“en aquellos procesos en que, de las alegaciones de la parte actora, se deduzca la existencia de indicios de discriminación, corresponderá al demandado la justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y su proporcionalidad”*.

En Canadá, la Carta de los Derechos y Libertades art. 15.1 dispone que si en una legislación, aparecen criterios de distinción sospechosos como los de raza, sexo, religión etc. tal norma se presume, ab initio, inconstitucional y será aquel quien quiera valerse de ella el que deba demostrar la congruencia entre la ley sospechada y el orden constitucional.

La Unión Europea venía consagrado jurisprudencialmente el principio de inversión de cargas probatorias en las denuncias por discriminación dentro de las relaciones de trabajo, debiendo en consecuencias el empleador, demostrar que las diferencias retributivas eran ajenas a toda discriminación. Finalmente la Directiva 97/80 del 15 de Diciembre de 1997 convirtió en derecho positivo el principio, al establecer que los Estados parte *“tomarán las medidas necesarias para que, cuando la parte demandante aporte ante el tribunal de justicia u otra instancia competente elementos de hecho que permitan suponer la existencia de una discriminación, corresponde a la demandada demostrar que no ha existido vulneración al principio de igualdad”*.

En el Derecho Internacional La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al analizar el Convenio 111 de 1958, (ratificado por la República Argentina), señala que: *“...Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto*

incurrido, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido... La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda, constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo...” por eso la Comisión consideró que... “existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta”[32].

Los tribunales argentinos adoptaron soluciones disímiles. En ocasiones, al no poder la víctima demostrar el fundamento es-purio del trato desigual y lesivo, directamente se rechazó la deman-da por falta de pruebas [33] en otras se recurrió a la teoría de las cargas dinámicas[34], o a la prueba de indicios[35]. Finalmente va abriéndose paso el criterio según el cual “...cualquier distinción desfavorable hacia una persona con motivo de su raza, religión, nacionalidad, sexo, condición social, aspecto físico, lengua, u otras similares, se presume inconstitu-cional ... Esto significa que la demandada debe acreditar que hubo razones estrictamente objetivas para que el actor dejara de ascender a partir del momen-to en que era público su estado, que también razones puramente de mejor servi-cio justificaban su traslado de sucursal y, en definitiva, que el actor libre y vo-luntariamente quiso dejar la empresa y extinguir el vínculo laboral, sin sentirse presionado a causa de la discriminación”[36].

Lo cierto es que no hay ninguna norma expresa que autori-ce a disponer esta inversión de cargas probatorias, sin embargo, tal como ya lo adelanté ella puede ser deducida mediante una interpre-tación integradora y progresista de la Ley 23.592.

Según el artículo 1º cuando la discriminación se encuentre fundada en razones “tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos”, será objeto de una consideración particular. El término “tales como” dice a las claras que la enumeración no es taxativa sino solo ejemplar, pudiéndose admitir además aquellas motivadas en razo-

nes étnicas, etarias, fenotípicas, lingüísticas etc. Cabe preguntarse ¿Cuál es esa “consideración particular que promete el legislador?”. Siendo una ley de naturaleza principalmente penal, podría pensarse que, cuando la discriminación encuentra esos fundamentos, habría un agravamiento en las penas, sin embargo la lectura de los demás artículos disuaden de este camino, pues se refieren a cualquier tipo de discriminación sin distinción alguna. En consecuencias la única “*consideración especial*” posible y útil es lo atinente a la carga probatoria. Esto me permite concluir que cuando el discriminado, conforme a las circunstancias, puede ser considerado inserto en un grupo de riesgo (ya sea los mentados en el artículo 1° ley 23.592 o cualquier otro pues la enumeración no es taxativa) habrá inversión de cargas probatorias y será el demandado quien deba acreditar que el trato desigual y lesivo no obedece a un infrajuicio sino a un fundamento razonado y razonable.-

No estoy solo en la afirmación precedente, también Kiper dice: “*A mi juicio, en muchos casos la inversión del onus probandi debe partir de la existencia de una presunción discriminatoria. En efecto, si una persona de raza negra, de condición homosexual o mujer, etc. percibe una retribución inferior a quien desempeña una tarea similar, considero que la discriminación se presume*” [37]

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación vino a confirmar esta hipótesis cuando entendió que la distinción entre argentinos nativos y naturalizados en el acceso al cargo de Juez de Cámara, encuadra en uno de los motivos de discriminación que prohíben los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (arts. 1.1, Pacto de San José de Costa Rica; 26, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y que sobre tales supuestos, recae una presunción o sospecha de ilegitimidad. [38]

Valga una última aclaración, la presunción solo recae sobre el elemento subjetivo de la discriminación, más nada exonera al

actor de probar la desigualdad en el trato ni la lesividad de su consecuencia.

V. Particularidades respecto a los eximentes de responsabilidad.

Basta leer los anales de jurisprudencia para advertir el despliegue de imaginación que demuestran quienes son demandados por actos discriminatorios a fin de exonerarse de responsabilidad. Suele echarse mano así a todos los eximentes provistos por el derecho lo que me obliga a analizar cada uno de ellos.

V.1. El hecho de la víctima.

Los incluidos en ciertos grupos de riesgo, especialmente aquellos cuyas características no resultan aparentes, como homosexuales, enfermos de HIV, diabéticos etc., al contratar, suelen soslayar esos datos, precisamente para evitar ser discriminados. Transcurrido el tiempo y descubierto el ocultamiento por el cocontratante, este último toma medidas en contra de aquel y pretende imputar a la víctima la causación exclusiva o concurrente del resultado lesivo, por obrar de mala fe *“engañándolo respecto a sus calidades personales”*. Esta causal aparece con mayor frecuencia en los distractos laborales donde el empleador despide al trabajador imputándole mala fe por haber silenciado su condición homosexual [39], su padecimiento de HIV[40] o diabetes[41]. Pero también la encontramos en ámbitos regidos por el Derecho Civil como el de aquel colegio que se negó a rematricular a un alumno al enterarse que padecía síndrome de Asperger[42]. Hipotéticamente podemos imaginar un sinnúmero de situaciones parecidas: el inquilino que no manifiesta ser enfermo de HIV, el comprador que oculta su tendencia sexual, el ingresante a un establecimiento educacional que silencia su religión, el aspirante a un cargo público que no expresa sus ideas políticas etc.

Nuestros tribunales han sido muy reacios en la aceptación de esta causal y vienen sistemáticamente rechazándola con el argumento de que nadie está obligado revelar datos sensibles cuya privacidad se encuentra garantizada por la Constitución Nacional (art. 43). Excepcionalmente se aceptó que el ocultamiento de datos puede dar lugar al despido cuando se soslayan características personales que eficaz y realmente influyan en la aptitud del trabajador para el desempeño de la tarea o función encomendada [43] pero no en otros casos.

Dicen Trigo Represas y López Mesa *“Se aprecia que la culpa de la víctima ha asumido en el derecho moderno, dada su objetividad característica, el importante rol de llave de seguridad o válvula de cierre, que impide que se consagren iniquidades gravosas, como sería indemnizar a quien ha puesto con su conducta la causa exclusiva del daño que sufriera”*[44]. No es esencial que pueda imputarse a la víctima un obrar culposo strictu sensu, por ello coincido con aquellos autores que proponen sustituir la tradicional denominación de *“culpa de la víctima”* por la de *“hecho de la víctima”*[45]. Cabe recordar por último que el hecho de la víctima ha de tener virtualidad suficiente para interrumpir en todo o en parte el nexo de causalidad, caso contrario resulta irrelevante.

Dicho lo precedente corresponde analizar si el ocultamiento de datos puede configurar hecho de la víctima exonerativo de responsabilidad por discriminación.

Entiendo que el artículo 43 de la Constitución Nacional reconoció un nuevo derecho a la libre disposición de los propios datos, con especial protección a los calificados como *“sensibles”* precisamente por ser pasibles de generar discriminación, de forma tal que el sujeto tiene derecho no solo a silenciarlos sino también a exigir que otros guarden reserva a su respecto. Claro está que ningún derecho es absoluto y por lo mismo puede que, en ocasiones, el sujeto tenga el deber de informar esos datos sensibles para evitar daños propios o a terceros.

En ocasiones, ciertas características personales pueden resultar obstáculo para el desempeño de algunas tareas: es peligroso que un enfermo de HIV trabaje en un quirófano. En tal caso, el ocultamiento de datos sí será causal justificable de despido, pero es necesario tener en cuenta lo siguiente: no estamos frente a un despido discriminatorio, pues no se encuentra fundado en un infrajuicio, sino en un razonamiento perfectamente legítimo. Lo dicho debe ser tomado con especial cuidado. La circunstancia debe ser real y efectivamente invalidante, fundada en criterios objetivos y con suficiente apoyatura científica, todo lo cual debe ser probado por aquel a quien se imputa el actuar discriminatoriamente. Es frecuente que la supuesta ineptitud para el trabajo no sea real sino que obedezca en sí misma a un prejuicio. Zavala de González, allá por 1994 consideraba justo impedir que un homosexual fuera docente de niños menores por presumir que su condición implicaba riesgo a los educandos[46]. Tal afirmación se fundaba en el prejuicio de que los homosexuales tienen menos poder de continencia que los heterosexuales, aspiran a convertir a los demás mediante una especie de proselitismo sexual o que, por lo general, son pedófilos, todo ello sin ningún asidero empírico ni científico. Aquí la supuesta invalidación sería discriminatoria y, claro está, no sirve de excusa.

Requisito para el buen desarrollo en una relación laboral, al igual que en muchos otros contratos, es la confianza entre las partes. Quizás podría pensarse que el ocultamiento de datos lastima irremediablemente esa confianza y amerita ser considerado motivo suficiente de ruptura, pero es bueno preguntarse ¿Qué necesidad tiene el empleador en saber que su empleado padece diabetes, HIV o es homosexual? ¿Para qué quiere conocer el locador la religión del locatario? ¿En que hubiera variado la actitud del colegio si supiera que el niño padecía síndrome de Asperger? Las respuestas son dos: puede que el cocontratante, de haberlo sabido, habría otorgado mayor protección al empleado, al locatario o al educando; o puede ser también, y esto me parece lo más factible, que de haber conocido el dato, habría negado consentimiento para contratar. En

el primer caso nada obsta a que, una vez sabida la circunstancia silenciada, se proceda a otorgar la pertinente protección y ningún justificativo hay para la ruptura. En el segundo caso el acto discriminatorio igualmente se habría producido ya sea antes o después, sin que el ocultamiento de la víctima hubiera tenido ninguna influencia sobre el nexo causal.

Debo concluir que el ocultamiento de datos, en ningún supuesto podrá ser considerado causa de la discriminación ni exonerar su resarcimiento.

V.2. Estado de necesidad.

También se intentó como excusa de responsabilidad el miedo del victimario a sufrir perjuicios en su persona o bienes como resultado del contrato. En tal sentido se dijo que la negativa a alquilar un inmueble a una pareja de judíos se fundaba en el temor de la propietaria a sufrir atentados [47], o que la negativa de un colegio a rematricular a un niño con síndrome de Asperger se justificaba en el miedo al daño que podrían padecer otros compañeros[48]. Hipotéticamente también cabría decir lo mismo de aquel que se niega a relacionarse de cualquier forma con un enfermo de HIV por temor al contagio.

La cuestión puede encuadrarse dentro del llamado “*estado de necesidad*” y que ya fuera definido en las III Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 1967 como “*aquella situación que se produce cuando alguien se ve constreñido a causar a otro un daño para evitar un mal mayor e inminente al que hubiera sido extraño y que no tuviere obligación de soportarlo*”.

Para que el estado de necesidad tenga virtualidad exonerativa es necesario que el peligro sea cierto y no una mera conjetura o hipótesis, requisito que no aparece en los ejemplos analizados. Además como bien sostienen Trigo Represas y López Mesa, el da-

ño causado al tercero debe ser de naturaleza patrimonial [49] y la gran mayoría de las veces la discriminación irroga un daño eminentemente moral.

La jurisprudencia parece inclinarse en el mismo sentido aunque con argumentos un tanto oscuros. Así se dijo que *“Por más que la demandada tuviera miedo, su conducta no tiene justificación; de la confrontación entre la conducta prudente y la llevada a cabo surge su obrar culposo (art. 909 CC)”*. [50]

V.3. Obediencia debida.

Puede suceder que quien discrimina lo haga bajo las órdenes expresas o implícitas de otro. El caso más frecuente es el de aquel empleado a quien se le encomienda la vigilancia de los accesos públicos para impedir el ingreso de ciertas personas ¿Hay responsabilidad directa del empleado o se traslada in totum al empleador?

Obediencia debida es aquella situación que se produce cuando alguien daña a otro, pero no por una decisión propia sino cumpliendo órdenes de un superior jerárquico.

La obediencia debida solo servirá de excusa cuando quien la invoca logre demostrar que, al momento de perpetrar el hecho, carecía de facultades para cuestionar o revisar la orden y siempre que esta última no aparezca como manifiestamente ilegítima.

De lo dicho surge la necesidad de analizar, en cada caso concreto, cuáles fueron las órdenes que recibió el agente, si se le dieron indicaciones expresas o se le otorgó un criterio de selección amplio; quien le impartió las órdenes y cuál es la posición jerárquica, tanto del empleado como de aquel que le encomendó la tarea.-

Considero que, como principio general, ha de tenerse en cuenta que nadie está obligado a cumplir una orden que atente contra los derechos humanos de otro y el derecho a un trato igualitario sin dudas que lo es.

V.4. Consentimiento expreso o tácito del damnificado.

Volenti non fit injuria decía Ulpiano y desde antaño se viene admitiendo que si el damnificado consiente el daño que se le causa, diluye con ello la antijuridicidad del acto.

En cuanto a la discriminación es frecuente que los integrantes de grupos, larga y sostenidamente excluidos, terminen aceptando su situación como una fatalidad, incorporándola a su psiquis hasta visualizarla como algo natural, cuando no merecido. Este proceso llega, incluso, a hacerlos repudiar la actitud de sus congéneres que opten por revelarse contra la situación de injusticia. Hay muchas mujeres que aún hoy conciben la situación de inferioridad como algo atinente a la propia esencia, respondiendo puntualmente al estereotipo impuesto desde una concepción machista y denotando a las demás mujeres que se alzan contra ello. Pero también es frecuente que algún día despierten y adviertan la flagrante injusticia de la que han sido víctimas ¿exonera al victimario la pasividad anterior?. Entiendo que no. Es hora de que el Derecho entienda que entre la voluntad viciada por error dolo o violencia en la forma concebida por los códigos decimonónicos y la libre autonomía, hay distintos grados de “*grises*”. Ya el Derecho del Consumo comenzó a hacerse cargo de la cuestión y ha entendido que una voluntad dirigida por un “bombardeo” publicitario no es libre, o al menos no lo es enteramente, aun cuando no haya sido objeto de error, dolo o violencia. Lo mismo cabe decirse de aquellos estereotipos impuestos al individuo desde su nacimiento y aceptados durante el transcurso de su vida.

Por el momento habremos de conformarnos con los principios inveterados que rigen el instituto.

El consentimiento de la víctima es una asunción anticipada de consecuencias lesivas y una renuncia al derecho o interés que va a ser conculcado. Por eso es indispensable que el consentimiento verse no sobre cualquier bien jurídico sino solo sobre aquellos que son renunciables. La igualdad, como la libertad, no militan en esta última categoría ya que integran la esencia del hombre tal como se lo concibe en un sistema republicano.

Concluyo en que el consentimiento de la víctima ya sea expreso o tácito, nunca puede resultar exonerativo en la responsabilidad del daño derivado de discriminación.

V.5. Cumplimiento de una obligación legal.

El conjunto de normas antidiscriminatorias es de reciente factura, hasta hace no mucho tiempo el sistema jurídico proveía disposiciones que hoy consideraríamos aberrantes. Hasta hace pocas décadas el Código Civil sumía a la mujer en una situación de virtual incapacidad. Algunos Estados de los Estados Unidos solo abolieron recientemente las leyes que penalizaban la homosexualidad. Lamentablemente todavía hay países donde al disidente político se le cercenan derechos que los demás gozan [51]. Quien discriminó a otro en cumplimiento de leyes deleznable ¿Asume responsabilidad civil? La cuestión no es de fácil respuesta habrá situaciones en que la repudiabilidad natural del acto aparece desdibujada por una aparente legitimidad positiva. Habrá otras donde la aberración surge con palmaria claridad a pesar de que la ley lo autorizaba. Durante el Juicio de Nüremberg la defensa de los criminales nazis se cimentaba en el siguiente razonamiento: *“la ley mandaba matar judíos, cumplimos puntualmente la ley, ergo nada se nos puede reprochar”*. La respuesta de los jueces internacionales fue contundente: No hay ley que pueda justificar la comisión de hechos que repugnan a la propia

naturaleza. Ahora bien entre el marido que, en el antiguo régimen del Código Civil, administraba libremente los bienes de su mujer sin siquiera consultarle; el director de escuela que se negaba a tomar profesores homosexuales y el genocida nazi hay distintos grados de reprochabilidad y ello se aprecia aun de forma intuitiva, sin embargo elaborar intelectualmente reglas, que permitan escindir con certeza los casos intermedios, no parece tan fácil.

Concluyendo, entiendo que, en principio, el cumplimiento de una obligación legal puede resultar causal de exoneración de responsabilidad civil, salvo que el acto sea claramente apreciable como aberrante, en cuyo caso será estéril ampararse en norma positiva alguna.

V.6. Ejercicio de un derecho.

Quizás la más frecuente de todas las excusas que intentan quienes discriminan es invocar la libertad contractual y el derecho a elegir que ella lleva implícito. Recuerdo que una de las imágenes más abyectas de la dictadura nazi era la fotografía de un cartel colocado a la puerta de un bar donde podía leerse *“prohibida la entrada de perros y judíos”*. El dueño del bar estaba ejerciendo su libertad contractual pero ¿Tenía realmente derecho a ello? Estoy convencido de que no.

Ningún derecho subjetivo goza de tutela legal para ser ejercido discriminatoriamente. Quien ejerce un derecho subjetivo con la finalidad de propinar a otro un trato desigual, lesivo y arbitrario (discriminación) excede los fines en virtud de los cuales la comunidad le reconoce tal derecho y por lo mismo incurre en abuso. El ejercicio abusivo de derechos no exonera de responsabilidad por los daños que tal abuso provoque a otro. En tal sentido se ha dicho *“Esa libertad de elegir a quien se quiera tiene límites, y, además, la intimidad del ámbito donde se expresaron las ideas no puede servir de válido eximente para dejar inmune una violación a la Constitución, ni tampoco para tomar*

decisiones arbitrarias... Sin fanatizar igualitarismos, debe entenderse como arbitrario aquel acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por voluntad o capricho”.[52]

VI. Su ubicación respecto a las orbitas de responsabilidad.

Desde que el derecho de daños comenzó a centrarse más en el perjuicio y en la víctima que en la culpa o el victimario, la distinción decimonónica entre las distintas órbitas de la responsabilidad se reveló artificiosa.

A pesar de los esfuerzos por unificar el fenómeno resarcitorio, lo cierto es que en nuestro derecho positivo la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual sigue vigente y tiene importancia práctica, respecto a la prescripción de las acciones, la prueba de la culpa, la extensión del resarcimiento, el discernimiento, la solidaridad y la reparación del daño moral. De allí la necesidad de determinar en cuál de ellas ha de ubicarse a la responsabilidad por discriminación.

Ya dije que una de las particularidades de nuestra materia es que la discriminación siempre se “*expresa*” a través de otro ilícito y en consecuencias ha de seguir la suerte de este último. Así puede derivar de la transgresión a un deber general de conducta y ser de naturaleza extracontractual [53] o traducirse en un liso y llano incumplimiento contractual[54]. Lo más frecuente es encontrarla en supuestos de responsabilidad in contrahendo: personas que rompen las tratativas precontractuales al enterarse de la religión de su co contratante; ejercen abusivamente el derecho de admisión etc. Si bien cierta doctrina sostiene el carácter contractual de esta categoría, la mayoría afirma lo contrario [55].

No es raro encontrar conductas discriminatorias dentro de las relaciones de consumo[56] y el daño al consumidor viene per-

filándose como categoría propia o *tertium genere* dentro de la tradicional clasificación entre responsabilidad contractual y extracontractual[57] desde que la ley de Defensa del Consumidor otorga idénticas consecuencias en cuanto a la prescripción, la naturaleza de la responsabilidad etc. a los perjuicios que se irroguen al consumidor independientemente de si se celebró o no contrato.[58]

Volviendo a los daños producidos por discriminación es bueno recordar que una de las consecuencias prácticas de la distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual, radica en la indemnización del daño moral: facultativa del Juez en el primer caso (art. 522 Cód. Civ.) e imperativa en el segundo (art. 1078 Cód. Civ.). Esta cuestión resulta superada en la letra de la Ley 23.592 pues su art. 1º tiene carácter imperativo. En efecto, la mencionada norma dice que quien discrimine “*será obligado... a reparar el daño moral y material*” de forma tal que, acreditada la causa discriminatoria del ilícito, el Juez deberá conceder reparación de daño moral – si se dieran los presupuestos para su procedencia, claro está- ya sea que el perjuicio se hubiera producido en ocasión de un contrato o no. Ello llevó a la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata a decir que “... *la reparación del daño moral es de corte legal, en la medida que se impone a partir de lo establecido por el art. 1 de la ya citada ley 23.592.*”[59]

Sería de celebrar que una futura regulación de la responsabilidad por discriminación, unifique también los plazos de prescripción que, dada la naturaleza de esta materia, deberían ser los más extensos posible.

VII. El daño por discriminación en la relación laboral.

Uno de los ámbitos donde mayor número de denuncias por discriminación se registran es en el de las relaciones de trabajo.

Son muchas las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo cuyo objeto es impedir la discriminación al trabajador. El art. 17 expresamente veda las distinciones arbitrarias por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religión, edad, opinión política o gremial. El art. 81 manda dispensar igualdad de trato a todos los trabajadores; el art. 73 que prohíbe al empleador cualquier conducta destinada a compeler al trabajador para que exprese sus opiniones políticas, religiosas o sindicales. El artículo sin número agregado a continuación del art. 89 establece que la promoción profesional y la formación en el trabajo en condiciones igualitarias de acceso y trato es un derecho fundamental para todos los trabajadores y trabajadoras. El art. 172 prohíbe la discriminación de la mujer por su sexo o estado civil garantizándose la plena vigencia del principio de igual remuneración por igual tarea. El art. 187 ordena la igualdad de remuneración para los menores que trabajen. Otras disposiciones no aparecen tan claras pero bien que se las analice evidencian su carácter preventivo contra actos discriminatorios: la conservación del empleo durante el desempeño de cargos electivos (art. 215); el régimen de estabilidad sindical y el orden de despidos del art. 221, son algunas de ellas. El art. 70 LCT manda respetar la dignidad del trabajador en los sistemas de control y exige que los controles del personal femenino estén reservados a personas de su mismo sexo. También merece una mención especial el art. 176 que prohíbe ocupar a las mujeres en trabajos que revisten carácter penoso, peligroso o insalubre.

En el derecho laboral la ruptura del contrato sin causa justificada por parte del empleador genera en el empleado el derecho a la indemnización que es tarifada y cuyo cálculo resulta estrictamente regulado por la Ley de Contrato de Trabajo, independientemente del daño efectivamente irrogado. No obstante se viene admitiendo que en aquellos supuestos donde el ilícito del empleador al provocar el distracto, tiene un grado de reprochabilidad mayor al de la mera ruptura incausada, surge además la obligación de resarcir el daño moral padecido por el trabajador, por sobre el monto que

resulte de aplicar la tarifa legal. La mayoría de la doctrina laboralista coincide con esta opinión y aun cuando todavía se alzan algunas voces en contra [60], nuestros tribunales parecen encaminarse decididamente en ese sentido. Dice Grisolia “... *se puede afirmar que existe un régimen de libertad de despido con indemnización tarifada que cubre los daños y perjuicios ocasionados; solamente cuando existe una conducta adicional dolosa del empleador podría admitirse excepcionalmente una condena de daño moral*”[61] . Reiteradamente la jurisprudencia entendió que la discriminación es uno de esos supuestos excepcionales que ameritan una indemnización extratarifaria[62].

Es necesario aclarar que, aun cuando no se produzca el despido, el trabajador discriminado también tiene derecho a ser indemnizado [63] y bien puede exigirla estando vigente la relación laboral [64]. Igualmente corresponde el resarcimiento cuando el trabajador hubiera renunciado o se hubiera acogido a los beneficios de un retiro voluntario [65], incluso tiene derecho a ello cuando la discriminación se produce antes de la celebración del contrato de trabajo y es causa de que el empleador se niegue a tomarlo[66]

El artículo 1083 del Código Civil manda que el resarcimiento sea establecido primero in natura, volviendo las cosas al estado anterior, y solo si esto es imposible corresponde sustituir en dinero el derecho conculcado. Por su parte la Ley 23.592 en su art. 1° reconoce el derecho del damnificado a que se deje sin efecto el acto discriminatorio obligando al victimario a “*cesar en su realización*”. Todo esto me lleva a analizar la posibilidad de que el trabajador despedido discriminatoriamente, pueda compeler su reincorporación.

Dice Grisolia que el legislador argentino ha consagrado la llamada estabilidad impropia [67] y nuestra Corte Suprema de Justicia rechazó la pretensión de “*estabilidad absoluta*” por considerarla contraria a la libertad de comercio e industria. Expresamente declaró que el empleador tiene un poder discrecional en lo concer-

niente a la integración de su personal [68]. Sin embargo este derecho, como todos, no es absoluto. El empleador tiene la carga de mantener al empleado en su puesto de trabajo salvo que causas justificadas ameriten su apartamiento. Mientras ello no suceda, mientras no haya causa justificada, el despido siempre será contrario a derecho, es decir antijurídico y generará obligación de indemnizar. Se ha dicho que *“El acto discriminatorio está prohibido por la Constitución (art. 16) y por la ley (art. 1 Ley 23.592) y teniendo un objeto prohibido (art. 953 del Cód. Civil) resulta nulo (art. 1044 del Código Civil). Es obvio que el perjuicio debe ser reparado reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1º Ley 23.592 cit., art. 1083 Código Civil)”*[69] *“el despido discriminatorio, en el régimen de la ley 23,592 y en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (cfr. Art. 75 inc. 22 C.N.), tiene como rasgo distintivo que la discriminación debe cesar y – en mi opinión– la única forma de lograrlo enteramente es reponiendo al trabajador en su puesto de trabajo, ya que los despidos discriminatorios son nulos y carecen de eficacia”*[70].

Por otro lado el acto discriminatorio está prohibido en la Constitución Nacional (art. 14 bis y 16), en diversas cláusulas de tratados internacionales con jerarquía constitucional y en la ley 23.592, razón por la cual, además de ser nulo (art. 1044 C.C.) produce los efectos de un acto ilícito (art. 1056), motivo por el cual es obvio que el perjuicio debe ser reparado, reponiendo las cosas al estado anterior al acto lesivo (art. 1083 C.C.) (del voto del Dr. Juan C. Fernández Madrid)[71] Por último en Parra Vera, Máxima c. San Timoteo S.A.[72] el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro entendió que en caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar in natura el contenido esencial del principio fundamental vulnerado.

Ahora bien, el hecho de que el trabajador exija su reincorporación igualmente tendrá derecho a la indemnización de los daños que le hubiera producido la discriminación, tanto en el orden

patrimonial como extrapatrimonial aunque, claro está, en este caso el resarcimiento será el integral y no el tarifado que dispone la Ley de Contrato de Trabajo pues la relación no se extingue sino que se perpetúa.

VIII. Conclusión.

La ciencia jurídica se ocupó con creces del valor libertad y con ello logró, en numerosas ocasiones, resguardar al individuo frente a los avances del poder público. Es hora que se ocupe también de la igualdad con mayor ahínco, pues junto con la fraternidad conforman la tríada sobre la que se asienta nuestro sistema republicano de gobierno.

Bibliografía

[1] Juez de la Cámara de Apelaciones de Esquel. Profesor de Derecho Civil II. Obligaciones, en la sede Esquel de la Univ. Nacional San Juan Bosco de la Patagonia.

[2] Cuando el territorio sobre el cual pretendía asentarse la comunidad era disputado por otros, el gobernante sería necesariamente un guerrero o la clase militar en su conjunto; cuando el pueblo se afirmaba en su espacio y solo temía a las fuerzas de la naturaleza su jefe sería un sacerdote o una clase sacerdotal; por último al alcanzar cierta estabilidad y prosperidad preferirían ser gobernados por ricos comerciantes. (conf. Toynbee, Arnold *“Estudio de la historia”* 1º parte T. V. Emece. Buenos Aires 1961)

[3] *“Todas las épocas y sociedades conocieron o practicaron alguna forma de etnocentrismo, de segregación, de autoafirmación mediante la exclusión o la discriminación de un “Otro”. En la inmensa mayoría de las lenguas de las culturas llamadas primitivas la palabra que designa al propio grupo o etnia significa, en dicha lengua Hombre o Humanidad: la implicación es que los otros son otra cosa, no estrictamente humana”* (Grüner, Eduardo *“Racis-*

mo/modernidad: una historia solidaria” en “Cuadernos del IN-ADI” n° 1, abril de 2010 pag.1)

[4] Es muy interesante analizar el fenómeno que se produjo cuando las ideas revolucionarias llegaron a la colonia esclavista francesa de Haití y la reacción de los mismos revolucionarios cuando los esclavos africanos reclamaron para sí las ideas de igualdad que se proclamaban en París.

[5] También daña al discriminador, pero el análisis de esto último excede el ámbito estrictamente jurídico para introducirse en lo estrictamente moral y psicológico.

[6] Para Williams *“Es el trato diferencial de los individuos a quienes se considera como pertenecientes a un grupo social determinado”* (WILLIAMS, J. Allen *“The reductions of tension through intergroup tension” “The Pacific Sociological Review”* vol. 7 n° 2. California 1964 pag. 39). George Simpson y Milton Yinger la definen diciendo que es el trato de carácter categórico a un miembro de un grupo por ser miembro de dicho grupo y por suponerse que es de un tipo particular (SIMPSON, George Eaton y YIN-GER, J. Milton *“Racial and cultural minorities”*. Vª ed. Plenum. New York 1985 pag. 18). La Asamblea General de las Naciones Unidas define a la discriminación racial en el art. 1º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial diciendo que es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. El convenio OIT n° 111, art. 1º expone: *“A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por los miembros*

interesados previa consulta con las organizaciones representativas de empleados y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. A los efectos de este convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones, como también las condiciones de trabajo". Huerta Ochoa dice que es todo "*acto u omisión por el cual, sin un motivo o causa que sea racionalmente justificable, una persona recibe un trato desigual que le produce un perjuicio en la esfera de sus derechos o forma de vida*" (Huerta Ochoa, Carla "*La estructura jurídica del derecho a la no discriminación*" en "*Derecho a la no discriminación*", Carlos de la Torre Martínez, coord., pág. 185, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Comisión de Derechos Humanos DF, México, UNAM, IJ, 2006). En la doctrina nacional, según López Herrera "*Existe discriminación cuando, con motivo de un prejuicio, se afecta la igualdad en el ejercicio de un derecho*" (López Herrera, Edgardo. "*Teoría general de la responsabilidad civil*". Lexis Nexis. Buenos Aires 2006, pag. 746). Zavala de González define a la discriminación como "*Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos etc.*" (Zavala de González, Matilde "*Resarcimiento de daños*" T. 2c. Hamurabi. Buenos Aires 1997, pág. 91).

[7] El art. 1° ap. 4° de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en cuanto dice: "*las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron*". La cuestión llevaría a analizar el instituto de la llamada discriminación inversa pero ello excede la finalidad del presente trabajo.

[8] C.S.J.N. 17/03/2009. Partido Nuevo Triunfo. Fallos: 332:433. LL 2009-B 688 y 2009-C, 277. Cita Online: AR/JUR/698/2009.

[9] Por conducta entiendo tanto la acción como la omisión.

[10] KIPER, Mario *“Derecho de las minorías ante la discriminación”* Hamurabi. Buenos Aires 1998 pág. 33

[11] Utilizado en varios instrumentos internacionales, especialmente por el ACNUDH (Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los derechos Humanos) y por la Asamblea de las Naciones Unidas en numerosas resoluciones (por ejemplo A/47/678/Add.2 *“Déclaration des droit de personnes appartenants à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques”*)

[12] *“Del análisis de las nociones de colectividad, nación y Estado se desprende que, en la práctica, no es posible contentarse con definir el término minoría dando a la palabra su sentido literal. En efecto, habría entonces que clasificar de minorías a casi todas las colectividades que existen en un Estado, en particular las familias, las clases sociales, los grupos culturales, las personas que hablan dialectos y otros grupos análogos. Tal definición no sería de ninguna utilidad”* (Naciones Unidas *“Définitions et classification des minorités”* 1950/XIV-3 párrs. 37/38.

[13] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. *“Tratado de la responsabilidad civil”* T. I. La Ley Buenos Aires 2004 pág. 351, entre otros

[14] C.Fed.Ap.Mar del Plata. 21/04/2005. S.,J.P. c. OSECAC. LLBA 2005 (diciembre), 1374. Cita Online: AR/JUR/4532/2005.

[15] En otra ocasión se consideró que Existe incumplimiento contractual y no una actitud discriminatoria por parte de la empresa prestadora del servicio de asistencia médica, si ésta no cumplió una prestación médica por considerarla excluida del programa de cobertura, y de las constancias de la causa no surge que tal actitud se encuentre relacionada con la condición de portador asintomático del virus HIV que ostenta el actor, pues en las circunstancias descriptas no puede verse en su actitud otra cosa que un comportamiento orientado a optimizar su lucro. C.NCiv. Sala I. 04/05/2000. T., C.

A. c. P S.A. (P.M.D.S.A.). LL 2000-E, 35 - RCyS 2000, 761. Cita Online: AR/JUR/619/2000

[16] C.Civ. Y Com III Córdoba. 20/11/2008. Pereyra, Gerardo Pedro y otro c. Carrefour Argentina S.A. y otros. RCyS 2009-III, 113 - LLC 2009 (marzo), 187. Cita Online: AR/JUR/15104/2008.

[17] C.N.Com., sala D. 29/07/2009. G., E. y otro c. Altos Los Polvorines S.A. y otros. DFyP 2009 (octubre), 259. Cita Online: AR/JUR/24141/2009.

[18] C.N.Civ., sala J. 11/10/2006. H., L. y otro c. S. F., M. LL 2006-F, 345. Cita Online: AR/JUR/6071/2006.

[19] C.N.Civ., sala H.07/04/2009. M., M. J. c. Citibank N.A. LL 2009-D, 437, Cita Online: AR/JUR/10007/2009

[20] S.C.J. Mendoza, sala I. 05/12/2008. Romboli, Mónica G. y ot. p/ su hijo menor c. Colegio Instituto San Buenaventura. LLGran Cuyo 2009 (abril), 249. Cita Online: AR/JUR/17774/2008

[21] C.Civ.y Com. Mar del Plata sala II. 27/05/2009 Machinandiaarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina. LL 2009-C, 647. Cita Online: AR/JUR/10675/2009.

[22] C.N.Civil, sala D. 12/11/2008. Jhoslen, Eduardo Julián c. Transporte D.U.V.I. S. A. - Línea 86. La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/16238/2008. Idem C.N.Civ., sala D. 12/11/2008. Jhoslen Eduardo Julián c. Transporte D.U.V.I. S. A. - Línea 86. La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/16238/2008

[23] J.N.1a Inst.Civil Nro. 110. 03/07/2008. G., M. J. c. Honda Automóviles de Argentina S.A. y otro. LL 21/07/2008, 21/07/2008, 11 -Cita Online: AR/JUR/3918/2008

[24] Bustamante Alsina, *“Teoría general de la responsabilidad civil”* 8ª ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires 1993 pag 452.

[25] CNCom, sala D. 29/07/2009. G., E. y otro c. Altos Los Polvorines S.A. y otros. DFyP 2009 (octubre), 259. Cita Online: AR/JUR/24141/2009, idem. SCJ, sala I. 05/12/2008. Romboli, Mónica G. y ot. p/ su hijo menor c. Colegio Instituto San Buenaventura. LLGran Cuyo 2009 (abril), 249. Cita Online: AR/JUR/17774/2008, idem CNCiv, sala D. 12/11/2008. Jhoslen,

Eduardo Julián c. Transporte D.U.V.I. S. A. - Línea 86. La Ley Online. Cita Online: AR/JUR/16238/2008 idem CFed Mar del Plata. 21/04/2005. S., J. P. c. OSECAC. LLBA 2005 (diciembre), 1374. Cita Online: AR/JUR/4532/200; idem CNCiv, sala F. 04/08/2005. F., V. H. c. Fiat Auto Argentina S.A.. DJ 2005-3, 1172. Cita Online: AR/JUR/5037/2005; idem CNCiv., sala H.07/04/2009. M., M. J. c. Citibank N.A. LL 2009-D, 437, Cita Online: AR/JUR/10007/2009; idem CNTrab, sala II. 23/04/2010 Pérez, Pablo Andrés c. Jumbo Retail Argentina S.A. LL 2010-D, 688; Cita Online: AR/JUR/20646/2010; idem CTrab Tucumán, sala IV. 05/09/2007. E., S. O. c. C. S.A. C. I. F. I. A.LLNOA 2008 (marzo), 197. Cita Online: AR/JUR/9428/2007 idem CNCivil, sala H. 04/09/2000. Sendoya, Josefina O. c. Travel Club S.A. LL 2001-B, 196 - DT 2001-A, 783. Cita Online: AR/JUR/4370/2000.

[26] Sobre las consecuencias psicológicas de la discriminación dice Giberti *"Es posible registrar las huellas que estas exclusiones, segregaciones y discriminaciones pueden marcar en las víctimas cuando se toma contacto con la desdicha que impregna sus psiquismos. Y cuando se reconocen los mecanismos de defensa que utilizan, con frecuencia patológicos, destinados a someterse a quienes las agreden. Defensas erróneas que conducen a estas pequeñas víctimas a creer que deben tornarse objetos de amor por parte de quienes las victimizan, como única manera de garantizar su deseo de ser aceptadas, en lugar de ser rechazadas y humilladas. La humillación que sobrelleva la víctima adquiere características peculiares cuando la discriminación apunta al origen: ser miembro de una etnia cuya piel es morena, o cuyos rasgos difieren de los rasgos que a los chicos les resultan familiares posiciona a la víctima en una situación sin salida; sabe que no podrá modificar estas características y entonces apunta la responsabilidad de su padecimiento hacia sus padres que "la hicieron así". No encuentra argumentos para oponerse a quienes la maltratan y se encoge, se culpabiliza ante la crueldad e ignorancia de sus compañeros. Se trata de discriminaciones sociomorales, que implican un abuso moral tendiente a generar vergüenza en quien se siente obligado a sobrellevarla: los sentimientos de vergüenza y de humillación cronificados en la niñez constituyen instancias persecutorias en la formación del Yo. Y garantizan un sufrimiento persistente, en*

oportunidades perdurable.” (Giberti, Eva en Clarín, edición digital Miércoles 03.10.2001)

[27] Dice Le Tourneau “... *el muy vasto y vago perjuicio de desagrado entendido como la pérdida de los goces legítimos que uno puede esperar de su existencia*” Sostiene el autor que todas estas categorías “... *desmembran al hombre, cuando este realmente es una unidad*”, no obstante reconoce que “*Técnicamente, esta proliferación de perjuicios se ha hecho posible por el principio de reparación íntegra*” (Le Tourneau, Philippe “*La responsabilidad civil*” Legis. Bogotá 2008 pag. 72/73) Si bien coincide con el autor en cuanto a que la subclasificación puede resultar artificiosa, no deja de tener utilidad frente a la difícil tarea de valorar el daño extrapatrimonial

[28] CNCivil, sala J. 11/10/2006. H., L. y otro c. S. F., M. LL 2006-F, 345. Cita Online: AR/JUR/6071/2006.

[29] CCiv. Com. y Min. Cipolletti. 12/05/2008. Acuña, Carlos A. y otros c. YPF S.A. LL Patagonia 2008 (agosto), 397. Cita Online: AR/JUR/3776/2008.

[30] Domínguez, Omar S. Fernández, Marcos “*La discriminación. Un daño que debe repararse pecuniariamente*” LL 2001-C, 32

[31] Al respecto dice Mill: “...*Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana 'o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras'. La presunción a priori es en favor de la libertad y de la imparcialidad*” Mill, John Stuart “*The Subjection of Women. Wordsworth Classics of World Literature*” 1996, pág. 118.

[32] Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, “*Estudio General de 1988 sobre Igualdad en el Empleo y la Ocupación*”

[33] CNCiv.y Com.Fed., sala II. 11/02/2003. P., F. A. c. Hospital de Pediatría SAMIC Dr. Juan P. Garrahan. LL 2003-E, 220. Cita Online: AR/JUR/830/2003.

[34] CNCiv. sala J. 11/10/2006. H., L. y otro c. S. F., M. LL 2006-F, 345. Cita Online: AR/JUR/6071/2006.

[35] CNCiv, sala F. 04/08/2005. F., V. H. c. Fiat Auto Argentina S.A.. DJ 2005-3, 1172. Cita Online: AR/JUR/5037/2005.

[36] . CNCiv. sala H.07/04/2009. M., M. J. c. Citibank N.A. LL 2009-D, 437, Cita Online: AR/JUR/10007/2009

[37] Kiper, Claudio Marcelo *“Derecho de las minorías ante la discriminación”*. Hamurabi. Buenos Aires 1998 pag. 240. En igual sentido Gil Domínguez, Andrés *“Derecho a la no discriminación negativa y alquileres: la fuerza normativa de la Constitución en las relaciones horizontales”*. LL 2006-F, 379 idem, Midón, Mario A *“Demostración de la necesidad de la restricción en materia de igualdad”* LL 2005-A, 293, idem Manili, Pablo L. *“Varios institutos del derecho constitucional en un interesante fallo de la Corte”*. LL 2005-B, 407, idem Rosa Alves, Esteban *“Discriminación y nacionalidad para acceso a cargos públicos”* LL 06/04/2005, 15.

[38] CSJN. 16/11/2004 Hoof, Pedro C. F. c. Provincia de Buenos Aires. Fallos 327:5118 LL 2005-D, 559, Cita Online: AR/JUR/3365/2004

[39] CNCiv, sala H.07/04/2009. M., M. J. c. Citibank N.A. LL 2009-D, 437, Cita Online: AR/JUR/10007/2009

[40] CNCiv, sala F. 04/08/2005. F., V. H. c. Fiat Auto Argentina S.A.. DJ 2005-3, 1172. Cita Online: AR/JUR/5037/2005.

[41] CNCiv. sala H. 04/09/2000. Sendoya, Josefina O. c. Travel Club S.A. LL 2001-B, 196 - DT 2001-A, 783. Cita Online: AR/JUR/4370/2000.

[42] S.C.J. Mendoza, sala I. 05/12/2008. Romboli, Mónica G. y ot. p/ su hijo menor c. Colegio Instituto San Buenaventura. LL Gran Cuyo 2009 (abril), 249. Cita Online: AR/JUR/17774/2008

[43] CNCiv, sala H. 04/09/2000. Sendoya, Josefina O. c. Travel Club S.A. LL 2001-B, 196. DT 2001-A, 783. Cita Online: AR/JUR/4370/2000 (del voto de la doctora Gatzke Reynoso de Gauna).

[44] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. *“Tratado de la responsabilidad civil”* T. I. La Ley Buenos Aires 2004 pág. 873

[45] López Herrera, Edgardo “*Teoría general de la responsabilidad civil*” Lexis Nexis. Buenos Aires 2006 pág. 226

[46] Zavala de González, Matilde Resarcimiento de daños. “*Daños a las personas*” T.2.c. Hamurabi. Buenos Aires 1997 pag.147

[47] CNCiv, sala J. 11/10/2006. H., L. y otro c. S. F., M. LL 2006-F, 345. Cita Online: AR/JUR/6071/2006

[48] SC Mendoza, sala I. 05/12/2008. Romboli, Mónica G. y o. p/ su hijo menor c. Colegio Instituto San Buenaventura. LL Gran Cuyo 2009 (abril), 249. Cita Online: AR/JUR/17774/2008.

[49] Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J. “*Tratado de la responsabilidad civil*” T. I. La Ley Buenos Aires 2004 pág. 934

[50] CNCiv, sala J. 11/10/2006. H., L. y otro c. S. F., M. LL 2006-F, 345. Cita Online: AR/JUR/6071/2006

[51] Pocos días antes de escribir este artículo fue liberado en Cuba el último de los 75 presos políticos encarcelados durante la nefasta “*Primavera Negra*”. Su mujer denunció que en los comercios del Estado (es decir todos) se negaban a venderle cualquier material para arreglar su precaria vivienda (ver el blog “*damas de blanco*” en facebook)

[52] CNCiv, sala J. 11/10/2006. H., L. y otro c. S. F., M. LL 2006-F, 345. Cita Online: AR/JUR/6071/2006

[53] Por ejemplo cuando alguien agrade a otro que no conoce por el solo hecho de exhibir signos externos de pertenencia a un grupo como el kipá judío o el velo islámico.

[54] Despido discriminatorio

[55] Comparten esta última tesis en la doctrina francesa Mazeaud, Henri, Mazeaud, Léon y Tunc, Andre” Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil, delictiva y contractual” T.I. trad. De Alcalá Zamora y Castillo. Ejea. Buenos Aires, 1997 pág. 164 n° 116. Viney Geneviève “*Traité de droit civile. Introduction á la responsabilité*”. 2ª ed. LGDJ. París 1995 pág. 357. En la doctrina nacional Bustamante Alsina, Jorge Teoría general de la responsabilidad civil, 8ª ed. Abeledo-Perrot. Bs. As. 1993 pág. 102/103. López Herrera, Edgardo “Teoría General de la Responsabilidad Civil Lexis Nexis. Bs As. 2006 pág. 85

[56] JN 1a Inst.Civ n° 110. 03/07/2008. G., M. J. c. Honda Automóviles de Argentina S.A. y otro. LL 21/07/2008, 21/07/2008, 11 -Cita Online: AR/JUR/3918/2008.

[57] La responsabilidad del productor surge por expresa imposición de la norma que regula la relación de consumo.

La noción de relación de consumo, ha sido incorporada a nuestra Constitución Nacional a través de la reforma de 1994 (art. 42) y resulta superadora de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. En efecto, la relación de consumo vincula de una forma particular al consumidor con todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización. A su vez, consumidor no es sinónimo de contratante pues la ley ha incorporado el llamado consumidor por equiparación una de cuyas especies – el bystander- se caracteriza justamente por no contratar

Bien advierte Bustamente Alsina que la cuestión supera el ámbito de la responsabilidad civil para introducirse en la órbita de la solidaridad social, al igual de lo que ocurrió a fines del s. XIX con la protección del trabajador (Bustamente Alsina: Responsabilidad civil por productos elaborados o defectuosos, LL 1992-E-1064.). Para novedad los clásicos, decía Borges y por ello siempre tendremos que tratar primero de encuadrar una figura jurídica dentro de los tipos tradicionales conocidos, sin embargo ello no nos puede llevar indefectiblemente a forzar interpretaciones pues no es menos cierto que la prudencia desaconseja poner vino nuevo en odres viejos. Coincido con esta tesis, la responsabilidad del proveedor frente al consumidor es una especie autónoma, ni contractual ni extracontractual sino más bien superadora de esta distinción cuya subsistencia ha dado a la doctrina más problemas que soluciones.

[58] Especialmente después de que la reforma introducida por la ley 26.361 incorporó el concepto de “*consumidor por equiparación*” comprensivo del bystander anglosajón - el que sufre daño antes de consumir pero cuando se dispone a hacerlo - y el end-verbraucher alemán - quien consume sin celebrar contrato oneroso.

[59] CCiv y Com. Mar del Plata, sala II.27/05/2009 Machiandiarrena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina. LL 2009-C, 647 - Cita Online: AR/JUR/10675/2009

[60] Carcavallo, Esteban “*Resarcimientos derivados de la ley 23.592 en situaciones con tutelas especiales: Consideraciones acerca del caso Palmer*” LA LEY 2007-E, 1.

[61] Grisolia, Julio Armando “*Derecho del trabajo y la seguridad social*” Lexis Nexis. IX^a ed. Buenos Aires 2004 pag. 540

[62] CNCiv, sala F. 04/08/2005. F., V. H. c. Fiat Auto Argentina S.A.. DJ 2005-3, 1172. Cita Online: AR/JUR/5037/2005; idem CNTrab, sala II. 23/04/2010 Pérez, Pablo Andrés c. Jumbo Retail Argentina S.A. LL 2010-D, 688; Cita Online: AR/JUR/20646/2010; idem CN Civ, sala C. 17/12/1999. M., M.A. c. Bagley S. A. y otros. L L 2001-E, 115 - DT 2001-A, 107. Cita Online: AR/JUR/3769/1999.

[63] Cabe observar que aun cuando no se hubiese extinguido el vínculo laboral, de todos modos el actor tendría derecho a exigir una indemnización por discriminación, pues eso surge de los principios generales y, expresamente, del art. 1° de la ley 23.592 CNCiv, sala H.07/04/2009. M., M. J. c. Citibank N.A. LL 2009-D, 437, Cita Online: AR/JUR/10007/2009

[64] En igual sentido Martínez Vivot, Julio “*La discriminación laboral. Despido discriminatorio*”. Ciudad Argentina. Bs. As 2000, p. 102.

[65] CNCiv, sala H.07/04/2009. M., M. J. c. Citibank N.A. LL 2009-D, 437, Cita Online: AR/JUR/10007/2009

[66] La cuestión central a resolver es determinar si constituyó o no un acto discriminatorio el rechazo a la contratación del actor por la demandada, producido durante el proceso de reorganización de los servicios que anteriormente prestaba la empresa Dia Service S.A., para la que trabajaba el actor, especialmente los vinculados con la gestión de planes de ahorro para la adquisición de vehículos 0 km que comercializa Fiat Argentina S.A. a la que aquellos servicios fueron transferidos. CNCiv, sala F. 04/08/2005. F., V. H. c. Fiat Auto Argentina S.A. DJ 2005-3, 1172. Cita Online: AR/JUR/5037/2005. La invocación de la diabetes como funda-

mento de la no contratación de un trabajador en violación a la ley 23.753 (Adla, XLIX-D, 3732), es un acto discriminatorio e ilícito que responsabiliza civilmente a quien obra en tal sentido. CNiv, sala H. 04/09/2000. Sendoya, Josefina O. c. Travel Club S.A. LL 2001-B, 196 - DT 2001-A, 783. Cita Online: AR/JUR/4370/2000.

[67] Grisolia, Julio Armando *“Derecho del trabajo y la seguridad social”* Lexis Nexis. IXª ed. Buenos Aires 2004 pag. 540

[68] CSJN, 4/9/1984 T ySS, 1984 – 1114.

[69] CNTrab. Sala X conf. Cit de FERDMAN, Beartiz E. *“Evolución del despido discriminatorio en nuestro país”*. Parte I, T. y S.S. pág. 662

[70] En contra Carcavallo, Esteban *“Resarcimientos derivados de la ley 23.592 en situaciones con tutelas especiales: Consideraciones acerca del caso Palmer”* LA LEY 2007-E, 1.

[71] CNTrab. Sala VI, 10/03/2004, DT 2004 (junio) pag. 775

[72] ST de Río Negro, 02/06/2005. www.laleyonline.com

Los procesos colectivos en la jurisprudencia local y la mal llamada democratización de la justicia*

por Günter Enrique Flass

Disponible: <https://bit.ly/3oQkw7n>

Publicado en: El Reporte noviembre 2013. Año 6 - N° 29.

[Consultado el 04/08/2020]

Cuando se me propuso disertar sobre “Los procesos colectivos en la jurisprudencia local”, inmediatamente recordé un caso muy particular que nos tocó decidir en la Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut. Debo aclarar que la sentencia aún no está firme, pues hay un recurso extraordinario ante el Superior Tribunal de Justicia, sin embargo el caso tiene notas muy interesantes que lo hacen digno de estudio, dadas las ulteriores acaecidas con posterioridad a la sentencia.

Mi amigo y colega el Dr. Früchtenicht en el N° 2011-2 de la revista de Derecho Procesal, advertía que la acción colectiva vino a superar la concepción tradicional y limitada que se tenía del proceso y del conflicto subyacente. El maestro Arazi, en la misma obra, dice que todo juez tiene el deber de instrumentar mecanismos eficaces en la ejecución de las sentencias y el Doctor Peyrano, en su disertación de ayer, nos calificó como “*teleólogos*”, haciendo alusión al compromiso que deben asumir los jueces respecto al resultado de lo que hacen.

Todo ello me llevó a reflexionar sobre lo siguiente: cuando alguien inicia un proceso en defensa de un interés difuso como el medio ambiente, suele decirse que afronta una acción “heroica”. Pues bien, es un deber ineludible de la magistratura y de la sociedad

toda, velar por que ese “heroísmo” no se convierta nunca en “martirologio”.

Sin más preámbulos resumo el caso. Un poblador con título precario de ocupación, concedido por el Instituto Argentino de Colonización (IAC), inicia amparo ambiental para que la planta de tratamiento de residuos cloacales de su comunidad, no se haga donde lo había dispuesto la administración pública, sino unos cuantos metros río abajo. De esta forma, aducía, no quedaría afectado el medio ambiente ni se perderían las posibilidades turísticas de la zona. Después de una serie de contingencias procesales, la CA-NOCh dicta una sentencia modalizada, ordenando se realice un estudio de impacto ambiental y se convoque a audiencia pública, todo ello con informaciones periódicas a la juez de la causa. Hasta aquí y más allá de la modalización de la sentencia, no hay nada de extraordinario. Lo llamativo vino después.

Pasados pocos meses, llegó a la Cámara, una acción de desalojo iniciada por la Provincia del Chubut contra el mismo poblador. El IAC había decidido caducar el permiso de ocupación precaria, invocando algunos incumplimientos (alambrado en el camino de sirga que bordea al Río Encuentro, por ejemplo) y la Provincia pretendía recuperar sus tierras.

Los incumplimientos estaban probados, así como también la titularidad dominial de la Provincia y la precariedad en el título del poblador. Todo hacía suponer que la orden de lanzamiento dictada por el juez de la primera instancia, debía ser confirmada. No obstante, al analizar el expediente surgían datos llamativos. Por ejemplo, otros pobladores habían incurrido en iguales. Incumplimientos sin que el IAC hubiera tomado ninguna medida en su contra; el acta por la cual se había constatado el incumplimiento fue labrada a instancias, nada menos que del Sr. Fiscal de Estado, lo cual sorprendió incluso al Superior Tribunal de Justicia; el IAC había actuado con una velocidad inusitada (solo seis días), sobre

todo si se la compara con la morosidad con que contestaba las notas de los pobladores. Los indicios y el sentido común parecían señalar que el desalojo tenía cierto contenido punitivo hacia el poblador; que era un castigo por haber osado levantarse contra la administración pública en resguardo del medio ambiente. No había prueba concluyente, pero un ineludible deber de hacer justicia nos constreñía a proteger a ese poblador, pues no podía admitirse que se sancione a alguien solo por ejercer sus derechos, ¿Qué hacer?

Cuando las leyes de fondo y de forma aparecen mezquinas de soluciones justas, es de buena técnica recurrir a la norma fundante: la Constitución Nacional, la Constitución Provincial y los pactos internacionales firmados por Argentina con rango constitucional. Así advertimos que art. 26 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, prohíbe la discriminación y que en cumplimiento de tal compromiso, la República Argentina había dictado la Ley 23.592.

En virtud de lo expuesto la CANOCh expresó algunas consideraciones que, más que exponer, me gustaría someter a debate. En primer lugar, dada la gran imprecisión que mostraba la doctrina, era necesario encontrar una definición adecuada de discriminación, o al menos destacar los elementos necesarios para que una conducta pueda ser calificada como discriminatoria. En ese sentido dijimos que discriminación es todo trato desigual, con consecuencias lesivas y con un fundamento improponible, arbitrario o irracional.

En segundo lugar, dijimos que las facultades del Estado para administrar la tierra pública solo podían ser ejercidas en forma regular y que la más palmaria irregularidad era tratar discriminatoriamente. Parecía necesario recordar lo obvio: la tierra pública es propiedad de todos y los gobiernos deben administrarla en forma objetiva, no como instrumento para premiar amigos y castigar opositores. En este sentido seguimos el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando declaró discriminatoria la distribución

de la pauta publicitaria oficial beneficiando a medios “amigos” y excluyendo a medios disidentes [1].

En tercer lugar, interpretando el artículo 1° de la Ley 23.592 (Ley antidiscriminación), se concluyó en que la norma alerta sobre la existencia de ciertos grupos de riesgo, determinados por la raza, la religión, el sexo, las ideas políticas etc. y que la pertenencia a esos grupos de riesgo crea una presunción a favor de quien se dice víctima de discriminación, en virtud de la cual, será el imputado, en este caso el Estado, quien debe acreditar o al menos explicar convincentemente la razonabilidad del fundamento por el cual se dio trato desigual y lesivo.

En cuarto lugar se determinó que el grupo de riesgo “ideas políticas” no requiere la adhesión a un partido político ni a una ideología determinada, basta para integrarlo el haber expuesto una opinión adversa a quienes gobiernan, en un tema determinado.

Es así que se sentó una doctrina judicial según la cual, cuando un particular, asumiendo un interés colectivo, acciona contra el Estado ingresa al grupo de riesgo “*ideas políticas*” y toda medida que se tome en su contra, con clara desigualdad, se habrá de presumir discriminatoria, salvo que el Estado exponga y justifique razones suficientes y atendibles.

Hasta aquí los argumentos de naturaleza técnica que, con gran expectativa dejo planteados al debate.

No obstante entiendo necesario hacer una reflexión accesoria sin la cual sentiría que estoy departiendo sobre el sexo de los ángeles con los turcos a las puertas de Constantinopla. Me refiero a la supuesta “*democratización de la justicia*”, de la que con tanta pasión se viene hablando.

¿Podríamos haber dictado tranquilamente esta sentencia si nuestro cargo hubiera dependido de personas que pertenecen al mismo partido del gobierno al cual estábamos poniendo límite?. No, al menos no “tranquilamente”. Pedirle eso a un juez sería lo que Dworkin llama conducta “*supraerogatoria*”. No se puede pretender que los jueces, para hacer justicia, deban convertirse en héroes. La mayoría no lo hará por que somos hombres y mujeres comunes, no próceres de bronce. Si los jueces pudieran ser depuestos mediante el voto popular directo o indirecto, es factible que quienes no adhieren al partido gobernante vean conculcados sus derechos.

Estudiando sobre la discriminación, me surgió una duda: durante la segregación en Estados Unidos, los jueces estatales consideraban que las leyes racistas no eran contrarias a la Constitución Federal ¿Cómo podía ser esto?; ¿por qué dijeron tal aberración? Muchos tratadistas del derecho anglosajón dan la siguiente explicación: los jueces estatales eran elegidos por el voto popular y temían, con razón, que si declaraban anticonstitucionales las leyes de segregación, perderían el cargo, pues los afrodescendientes eran y siguen siendo minoría. Fue necesario que la cuestión llegara a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, cuyos jueces no son elegidos por el voto popular, sino por una comisión de juristas notables, para que se pudiera comenzar a combatir el flagelo del racismo. Me pregunto ¿Cuáles jueces eran más democráticos? ¿Los elegidos por el voto popular, cómplices del racismo, o los elegidos por juristas notables que terminaron con él?: La respuesta me parece bastante obvia: los segundos. Democratizar la justicia, a mi entender, no es someter el cargo de los jueces al voto popular (directo o indirecto), sino darles la fuerza suficiente para que resguarden los derechos de todos, aun de los que están en minoría.

Otro disertante que me precedió, el Doctor Gerosa Lewis, citando a Gargarella, decía que el Poder Judicial, en ocasiones era contramayoritario. Es cierto... y está bien que así sea. Las mayorías están suficientemente representadas en el Poder Ejecutivo y en el

Poder Legislativo, pero la única garantía que tienen las minorías para que sus derechos humanos no sean avasallados, es el Poder Judicial, que debe mantenerse ajeno al juego de mayorías circunstanciales y solo sometido al Derecho y a la Justicia. No solo está en riesgo la independencia de uno de los poderes del Estado, sino la democracia misma. Lo que distingue una democracia de una dictadura no es el voto mayoritario. Muchas dictaduras lo tuvieron y en porcentajes sorprendentes (Hitler 90% en 1933; Mussolini 60.9% en 1924; Stalin 99.2% en 1927). Un sistema verdaderamente democrático es aquel cuyo gobierno, siendo elegido por el voto mayoritario, encuentra como límite ineludible los derechos esenciales de las minorías; y un Poder Judicial cuyos jueces sean designados por su ciencia y honestidad, no por su popularidad, es la única garantía para ello.

Para terminar, quiero compartir con ustedes una intimidad. Ahora que uno de mis hijos, obstinadamente, dice que será abogado, traté de recordar en qué momento cometí la imprudencia de estudiar Derecho. No lo recuerdo, pero quizás esta terca vocación me venga de una historia que, de niño, me contaba mi abuelo y que se relaciona con el caso que acabo de exponer.

Dicen que cuando el Kaiser Guillermo quiso ampliar los jardines del palacio de Postdam, advirtió que sobre esos terrenos se erigía, obstaculizando el proyecto, una pequeña granja. Fueron inútiles los intentos de ministros e intermediarios para comprar la granja. El granjero se negaba a venderla. Enojadísimo el Kaiser, se presentó ante el humilde campesino y le dijo: *“Soy el Kaiser y si quiero me quedará con tu granja”*. El granjero le respondió *“No su Majestad, al menos no mientras en Alemania existan jueces”*.

Pesa sobre nosotros el ineludible deber de dar a todo poblador chubutense la seguridad de que puede erguirse frente a cualquier poderoso, incluso aquellos que fueron elegidos por el voto popular y decir *“No, al menos no mientras en Chubut existan jueces”*. La

forma de lograrlo es precisamente la inversa a eso que hoy, equivocadamente, se llama *“democratización de la justicia”*.

*El presente trabajo es una disertación que el Dr. Günther Flass ofreció en el “II Encuentro con Maestros del Derecho Procesal”, realizado el 7, 8 y 9 de marzo de 2013 en Lago Puelo, Chubut, Argentina.

[1] CSJN 02/03/2011 Editorial perfil S.A. y otros. C. Estado Nacional, Jefatura Gabinete de Ministros SMC La Ley Online. AR/JUR/1257/2011

El concepto de consumidor

por Günther Enrique Flass

Disponible en: <https://bit.ly/3fPYWLY>

Publicado en: Anuario de Derecho Civil. Universidad Católica de Córdoba. Número 12, 2017. Pág. 1-63

Cita Online: [http://dx.doi.org/10.22529/adc.2017\(12\)01](http://dx.doi.org/10.22529/adc.2017(12)01)

[Consultado el 24/08/2020]

Sumario: I.- Introducción. II.- La relación jurídica de consumo. La relación jurídica de consumo en el derecho positivo. La relación jurídica en general. La relación jurídica de consumo: Sus notas esenciales. Elementos de la relación jurídica de consumo. Definición de relación jurídica de consumo. III.- El consumidor. Un concepto problemático. Noción de consumidor en el derecho comparado. Análisis Comparativo. El consumidor en el derecho argentino. Problema: Conceptos diversos. La definición de consumidor en el texto originario de la ley 24.240. Evolución Jurisprudencial del concepto de consumidor. La reforma a la Ley de Defensa del consumidor. IV.- El consumidor por equiparación. La incorporación al derecho argentino. La definición legal. Crítica y propuesta. Denominación. Extensión de la tutela. Fundamento jurídico del vínculo entre bystander y proveedor. El Consumidor por equiparación en el derecho comparado. La evolución del concepto de en el derecho argentino. V.- Definición propuesta. VI.- El concepto de consumidor.

I. Introducción.

Una de las cuestiones que más inquietó a la doctrina consumerista, y seguramente seguirá haciéndolo, es la de determinar en

qué condiciones y circunstancias una persona debe ser considerada consumidor y acceder así a la tutela. Decía Kennedy, en aquel célebre discurso considerado como el acto inaugural de nuestra disciplina, que “...*Todos somos consumidores...*” más debo agregar “...*no siempre...*”. Establecer cuando y en qué condiciones asumimos dicho estado, es la finalidad del presente trabajo dejando en claro que no pretendo dar una solución acabada al tema sino abrir el debate sobre cuestión arduo conflictiva. En concreto abordaré el estudio de tres nociones que parecen fundamentales.

La primera de ellas es la de relación de consumo. Si decimos que, en ocasiones, todos somos consumidores, es ineludible determinar las características de esa circunstancia apta para hacernos merecedores de la tutela legal.

Seguidamente me propongo abordar el concepto mismo de consumidor, o, más precisamente, las distintas definiciones que de él encontramos en el derecho comparado y la doctrina intentando, por mi parte, una síntesis de ellas.

Por último voy a ocuparme de lo que en nuestro derecho se denomina consumidor por equiparación, es decir, aquellas personas que no reúnen todos los elementos exigidos por la ley para ser conceptualizados como consumidores, pero a quienes, el legislador, ha entendido necesario extender la tutela.

Debo dejar sentado, desde ya que tanto el consumidor propiamente dicho como el equiparado a tal concepto son consumidores. Una conceptualización dogmática debe resultar comprensiva de ambos a riesgo de resultar insuficiente. Solo razones históricas y metodológicas aconsejan un tratamiento discriminado de quienes participan de idéntica esencia, por eso voy a concluir el presente trabajo proponiendo un concepto dogmático que, tal como lo dije, ha de intentar ser omnicomprensivo.

II. La relación jurídica de consumo. La relación jurídica de consumo en el derecho positivo.

La noción de relación jurídica de consumo ingresa en nuestro derecho positivo con la reforma de la Constitución Nacional de 1994. El artículo 42 reconoce el derecho de los ciudadanos a ser protegidos cuando se encuentran inmersos en una “*relación de consumo*”, superando así el elemento contractual que, hasta entonces, y por influencia del art. 1° de la Ley 24.240, había servido para delimitar la noción de consumidor.

Lo cierto es que la realidad había comenzado a mostrar la insuficiencia del contrato como criterio delimitador y mucho más aun el de contrato oneroso, al que, por ese entonces, refería la letra de la ley. Con él se privaba de tutela a sujetos que indudablemente la necesitaban, pensemos en aquel que es designado beneficiario adherente a un servicio de medicina prepaga. No contrató pero igual tiene derecho a que se cumpla, a su respecto, el contrato celebrado por el titular. Es así que mediante una interpretación integradora del nuevo texto constitucional, la doctrina propuso extender la tutela a quienes después se llamarían consumidores por equiparación. La fórmula fue la siguiente: Si bien estos sujetos no eran parte de un contrato de consumo, si lo eran de una “*relación de consumo*” y por imperio de la Constitución Nacional, debían ser amparados.

La reforma introducida por Ley 26.361 al estatuto consumerista produjo una sensible ampliación del ámbito subjetivo. Se incluye expresamente, y por primera vez, la noción de “*consumidor por equiparación*” que había ido desarrollando la doctrina. A partir de allí se disipa cualquier duda al respecto: Quienes obtienen el bien o servicio por un contrato gratuito o de un modo extracontractual, gozan igualmente de protección.

Lo natural, lo lógico, lo dogmáticamente aconsejable hubiera sido elaborar un nuevo concepto de consumidor omnicompre-

sivo tanto del consumidor propiamente dicho como del consumidor por equiparación. La tarea era relativamente fácil pues se contaba para ello con la noción de “*relación jurídica de consumo*” positivizada en la Constitución Nacional y desarrollada incipientemente por la doctrina. En síntesis, se habría podido decir, sin mayor complicación que consumidor era la parte débil de una relación de consumo.

Lamentablemente nuestros legisladores no siguieron ese camino. Por un lado mantuvieron el tradicional concepto de consumidor ligado al de contrato. Consumidor, propiamente dicho, sigue siendo el que contrata, aunque la ley ya no lo diga expresamente. Paralelamente introdujeron la noción de “*consumidor por equiparación*” definiéndolo como aquel que, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” Por último, define a la relación de consumo como “*el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario*”. El farrago creado merece algunas reflexiones:

1) Decir que relación de consumo es la que se produce entre un consumidor y un proveedor es una petición de principios, una actitud tautológica que nada aporta. Una vieja regla de técnica legislativa aconseja no incluir definiciones en los cuerpos legales pero, si el legislador decide apartarse de ella, si opta por definir, al menos debe tratar de aportar algo, de decir algo útil. Sin dudas que el art. 3º no logra ese cometido.

2) Lamentablemente lo dicho no es el único inconveniente que acarreará la definición legal. La reforma de Ley 26.361 ha dejado subsistente la idea de que consumidor es quien contrata. Ciertamente que se eliminó la referencia al contrato oneroso contenida en la anterior redacción, pero ello no significa cambio sustancial alguno, tal como lo expondré a continuación.

Los demás sujetos a los cuales alcanza la tutela, aun sin contratar, no son consumidores propiamente dichos sino consumidores por equiparación, es decir aquellos que sin ser consumidores gozan en cierta medida de la protección propia de aquellos. Ahora bien, la relación entre un consumidor propiamente dicho y un proveedor, conforme lo expuesto anteriormente, solo puede traducirse en un contrato. La consecuencia es clara: En la letra de la ley, relación jurídica de consumo y contrato de consumo son la misma cosa.

La identificación entre contrato de consumo y relación jurídica de consumo se ve reforzada, también, por la definición legal de consumidor por equiparación ya que se entiende por tal a aquel que *“Sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final...”* La nota esencial del consumidor por equiparación es que no contrata, caso contrario sería un consumidor propiamente dicho. Entonces, si decimos que consumidor por equiparación es quien no es parte de una relación de consumo, estamos diciendo que consumidor por equiparación es quien no contrata, ergo contrato y relación de consumo son la misma cosa.

3) El legislador ha tirado por tierra toda la elaboración doctrinaria erigida sobre la noción de relación jurídica de consumo pero además ha creado dos denominaciones distintas para referirse a la misma cosa: Contrato y relación de consumo.

4) Los inconvenientes siguen... si consumidor por equiparación es el que, sin ser parte de un contrato (o relación de consumo, que en la letra de la ley es igual), adquiere o utiliza bienes o servicios como consecuencia o en ocasión de él y a quien de cualquier manera está expuesto a un contrato de consumo, el concepto o se reduce peligrosamente o se amplía a límites inimaginables.

Todo dependerá de lo que se entienda por “consecuencias”, “circunstancias” o “exposición”.

Para resolver el dilema cuento con dos opciones: O acudo a la noción tradicional de efectos del contrato circunscribiendo los mismos a las partes contratantes (*res inter alios acta*). O recurro a la noción de relación de causalidad sin límite alguno, incluyendo a todo aquel que, aun remotamente se encuentra alcanzado por los efectos materiales de ese contrato. Esto último parece más acorde con el texto legal cuando dice “... *quien de cualquier manera está expuesto...*”. Veamos las consecuencias.

Si tomo la primer opción y circunscribo el concepto a quienes tradicionalmente se encuentran alcanzados por los efectos de contrato (es decir las partes o, en el mejor de los casos, el beneficiario de un contratos a favor de terceros), se verían completamente privados de tutela mucho de los sujetos necesitados de ella. Quien sufre un daño al pasear por un centro de compras sin haber comprado no sería consumidor por equiparación, pues ningún contrato ha celebrado él ni nadie que con él se relacione. No hay contrato alguno. Aquí el daño no deriva de los efectos de un contrato sino de una situación distinta. Lo mismo cabe respecto a aquel que solo padece una publicidad engañosa, abusiva, ofensiva etc. mas no llega a contratar.

Si tomo la segunda opción, abriría un abanico de posibilidades demasiado extenso y que, seguramente, no estuvo en las miras del legislador. Terminarían siendo consumidores por equiparación algunos sujetos que claramente entran dentro de la noción de proveedor. Me explico: Quien comete un ilícito de consumo lo hace para obtener mayores ganancias. Quien obtiene mayores ganancias puede excluir del mercado a sus competidores. De lo dicho se desprende que estos competidores sufren, aunque indirectamente, las consecuencias de ese contrato abusivo, “... *de cualquier manera están expuestos...*” a él. Es más, dadas las implicancias macroeconó-

micas del consumo, es la sociedad en su conjunto quien sufre “... de cualquier manera...” las consecuencias del ilícito de consumo ¿Cualquier ciudadano es consumidor por equiparación? ¿Se ha creado acaso una acción popular?

Las consecuencias de una exégesis apegada a la letra de la ley, necesariamente desemboca en absurdo y resultan inaceptables.

Es labor del intérprete desentrañar la verdadera voluntad del legislador a fin de lograr una hermenéutica razonable. No se puede interpretar que se hayan creado dos nombres distintos para el mismo instituto. No se debe interpretar que se ha creado la noción de consumidor por equiparación para vaciarla, al instante, de contenido. No es lícito interpretar, por último, que el legislador diluyó inadvertidamente las diferencias entre consumidor y proveedor. Estamos forzados a reelaborar las definiciones contenidas en la ley, tratando de aportar, desde la dogmática jurídica, un poco de luz a tanta oscuridad.

La relación jurídica en general

Excede la finalidad del presente trabajo, un estudio pormenorizado del concepto de relación jurídica y los grandes debates que en torno a ella surgieron. Sin embargo es ineludible alguna referencia a fin de determinar si la relación de consumo puede ser calificada o no como una relación jurídica.

Quizás una de las definiciones más difundidas es la de Diez Picazo para quien relación jurídica es *“Toda situación que, en la vida social, se establece entre dos personas como cauce idóneo para la realización de fines e intereses que son dignos y merecedores de tutela”*.

Como puede observarse, para Diez Picazo la nota esencial del concepto es que los fines e intereses perseguidos a través de la relación jurídica sean dignos de tutela.

Esta concepción merece algunos reparos. Existen relaciones captadas por el derecho (y por lo mismo calificables de “*jurídicas*”) en las que los fines e intereses perseguidos, lejos de ser tutelables, resultan repudiables. Si una persona estafa a otra, la relación ha servido para un propósito espurio pero ello no es óbice para que el Derecho ponga sus ojos sobre ella. Podría decirse que el fin lícito protegido es el interés de la víctima. Dicho en otras palabras, bastaría con que una de las partes persiga un fin lícito para que la relación sea jurídica, pero esto tampoco es así. En el negocio fraudulento, ambas partes persiguen una finalidad contraria a derecho y no obstante han configurado una relación jurídica, al punto tal que, el negocio surte efectos entre ellas, aunque sea inoponible a terceros.

El Derecho del Consumo, surge precisamente al observar la frecuencia con que una de las partes de ciertas relaciones (el proveedor) abusaba de su posición dominante respecto a la otra (el consumidor). La finalidad perseguida por el primero, en una situación como la descrita, no puede considerarse “merecedora de tutela” por lo tanto, si nos ciñéramos a la letra de la definición propuesta, la relación de consumo no sería jurídica.

Entiendo que no es la licitud o ilicitud de los fines lo que torna jurídica a una relación sino la necesidad de que ella sea captada por el derecho. Voy a tratar de explicar el concepto.

Empíricamente percibimos que el hombre actúa, que esa actuación puede interferir directa o indirectamente en la vida de otros hombres. Surge entre ambos una relación. La mutua implicancia de dos sujetos (relación) puede permitir la actualización del valor justicia o por el contrario impedirlo. En ambos casos cobra interés para el Derecho que ejercerá una función de promoción, en el primero, y de disuasión para el segundo.

Desde que el Derecho ha puesto su mirada en la relación, la ha juridizado, la ha convertido en relación jurídica.

Se atribuye a Savigny el primer intento por tecnificar el concepto de relación jurídica (Rechtsverhältnis). Advierte el jurista alemán que el hombre está en el mundo exterior y que para él lo más importante es el contacto (Berührung) con otros hombres. Seguidamente advierte que no todas las relaciones entre los hombres necesitan ser determinadas por reglas de derecho. Habrá algunas que pertenecen enteramente al campo jurídico, como la propiedad, otras que no pertenecen en lo absoluto, como la amistad; y un tercer grupo que solo parcialmente interesa al mismo, como el matrimonio. En cuanto al fundamento por el cual el derecho se ocupa de unas y soslaya otras, entiende que es la necesidad o no de poner límites al espacio (Raum) de libertad de cada individuo, a fin de que no interfiera en el de otros. Concluye definiendo a la relación jurídica como *“una conexión entre persona y persona determinada por una regla de derecho”*.

En líneas generales coincido con la definición propuesta, pero entiendo oportuno hacer algunas salvedades: Lo que hace jurídica a una relación no es que el Derecho la determine como tal. Dicho de otra forma, no interesa tanto si el derecho positivo declara o no como jurídica a una relación sino más bien si debería hacerlo o no. Lo que me interesa determinar es cuando una relación debe ser captada por el Derecho positivo juridizándola. En ciertas épocas el Derecho positivo reguló la relación del hombre con la divinidad (Inquisición) pero esta relación nunca es de naturaleza jurídica aunque la norma lo diga. También entiendo que la determinación del ámbito de libertad individual no es un fin en sí mismo sino un medio para actualizar el valor justicia. El derecho no distribuye potestades arbitrariamente sino solo en la medida en que los considera justo.

Por lo expuesto, prefiero definir a la relación jurídica como *“La relación que se produce entre una persona o un grupo de personas con otra persona o grupos de personas y que es captada por el Derecho en su finalidad de actualizar la justicia”*.

La relación jurídica de consumo: Sus notas esenciales

Hasta ahora hemos conseguido el género dentro del cual se inserta la especie que analizamos, pero para poder vislumbrar las notas esenciales de esta última, debemos repasar y observar el proceso de abstracción que nos ha llevado hasta ella.

En la realidad fenomenológica, encontramos lo que Larenz llama el “hecho bruto”, por ejemplo:

1-Una persona determinada capta un aviso publicitario emitido por otro, referido a un producto o servicio, toma conocimiento de la existencia o las características de dicho producto o servicio y siente la necesidad o el deseo de adquirirlo.

2-Alguien decide comprar un producto expuesto, al precio ofrecido y se enfrenta con la negativa del vendedor.

3-Un sujeto compra un determinado producto o adquiere un determinado servicio.

4-Alguien recibe un regalo destinado a promocionar un determinado bien.

5-Una persona decide utilizar su tiempo libre paseando por un centro de compras y utiliza las instalaciones dispuestas para tal fin por otro sujeto.

6- Otra persona recibe una extensión adicional de tarjeta de crédito cuyo titular es un pariente cercano.

En los *“hechos brutos descriptos”* ¿Hay relación? Sin dudas. El que encargó la publicidad, el oferente, el vendedor, el prestador del servicio, el propietario del centro de compras y el emisor de la tarjeta de crédito, se relacionan, directa o indirectamente con el espectador, el recipiendario de la oferta indeterminada, el comprador, el locador del servicio, el paseante del centro de compras o el adherente a una extensión de tarjeta de crédito. ¿Es jurídica esta relación la relación? También he de contestar afirmativamente pues, existe la posibilidad de que en ellas se actualice el valor justicia o que esté ausente cuando debería ser actualizado. El derecho debe poner su mirada en ellas y efectivamente lo hace, dando nacimiento a algunas de las regulaciones de lo que conocemos como *“Derecho del consumo”*. ¿Es patrimonial? Si pues lo que está en juego, lo que puede ser afectado ante una posible ausencia del valor justicia, es el patrimonio de las personas. ¿Existen caracteres comunes que permitan considerarlas como una unidad distinta del resto? Dicho de otra forma ¿Es una especie propia y distinta? Trataré de averiguarlo.

Uno de los primeros criterios que se han utilizado para caracterizar a la relación jurídica de consumo es el de la *“masividad”*. Se trataría de relaciones destinadas a repetirse con cierta frecuencia e intensidad. Si bien esto es cierto en la mayoría de los casos, encontramos relaciones de consumo donde se encuentra ausente la nota de masividad. La oferta a destinatario determinado de una pieza única, puede constituir – igualmente- una relación de consumo sin que haya masividad alguna que pueda predicarse de ella. He de descartar el criterio de masividad como nota esencial.

También debo rechazar la idea de contrato. En algunos de los supuestos mencionados ella se encuentra totalmente ausente (Entre el emisor de la tarjeta de crédito y el beneficiario adherente, no hay contrato, tampoco lo hay entre el espectador de publicidad y quien ordenó emitirla, lo mismo puede predicarse de aquel a quien

se le niega la venta en las condiciones ofrecidas ad incertam persona).

Ahora bien, ¿Cuáles son entonces los factores comunes a todas esas relaciones jurídicas, que permitirían encuadrarlas dentro de una misma especie y denominarlas genéricamente “relación jurídica de consumo”? Encuentro, al menos, los siguientes:

1-Una de las partes de la relación es débil. No se trata, ciertamente, de una debilidad ni física ni psicológica. La debilidad del consumidor es de otro orden. Se trata de una “*hiposuficiencia negocial*”, es una situación de inferioridad frente a aquel con quien va a negociar.

También debo decir que la debilidad negocial del consumidor es independiente de su situación patrimonial. Puede suceder, por ejemplo, que quien compra un producto sea más solvente que quien lo vende ¿dejaría de haber por ello una relación de consumo? No. La hiposuficiencia del consumidor es de otro orden, surge por una desigualdad de conocimientos respecto a las características del producto o servicio, los modos de comercialización, los peligros que pueda implicar etc. El consumidor es débil porque resulta profano o lego respecto al negocio específico. El creciente desarrollo de las ciencias y las técnicas, han impulsado al hombre actual a profundizar cada vez más, en ámbitos del conocimiento cada vez más reducidos (especialización). Todos somos especialistas en lo que hace a nuestra profesión u oficio.

Cuando el lego o profano se enfrenta con el especialista en el ámbito de negociación que hace a la especialidad de este último, la debilidad de aquel es superlativa.

Conforme a lo dicho se puede hablar de una debilidad propia del consumidor a la que podríamos mentar como hiposuficiencia negocial gnoseológica, todo ello sin perjuicio de que, en ocasio-

nes, se le suma una debilidad económica a la que, paralelamente, se podría denominar como hiposuficiencia negocial económica.

2- Frente ese débil negocial que describí anteriormente, se yergue una parte fuerte cuya fortaleza surge de su calidad de profesional en el objeto propio de la negociación, creándose así un campo propicio para que este abuse de aquel pues cuenta con el conocimiento del que la otra parte carece. Esta preeminencia puede ser denominada “*hipersuficiencia negocial gnoseológica*”.

3-El objeto de la relación es propio del ámbito de profesionalidad de la parte fuerte. Es más, bien puede afirmarse que la fortaleza y profesionalidad es solo predicable a ese objeto, al punto tal que si se lo cambiase o suprimiese se alteraría también la desproporción. El proveedor es tal, solo en la medida en que el objeto hace a su actividad productiva o de servicios, mientras que respecto a otros productos o servicios es igualmente débil que su contraparte. Vuelvo a lo dicho anteriormente. Todos somos proveedores o consumidores en distintas horas del día y aquí radica el principal inconveniente a la hora de definir al consumidor, pues no se trata de una categoría personal permanente, como puede ser la del trabajador, comerciante etc. sino de una meramente circunstancial y mutable.

4-El fuerte persigue un fin de lucro: El experto, profesional, proveedor, o como se quiera llamarlo, pretende obtener una ganancia económica de la relación. Puede suceder que el hecho aislado no evidencie con total claridad esta situación. Quien hace regalos promocionales, provee una playa de estacionamiento gratis para sus clientes etc. perfecciona un contrato gratuito pero su finalidad última es claramente obtener un lucro con tal actitud. Por eso la distinción clásica entre contratos onerosos o gratuitos, pierde gran parte de su utilidad en nuestra materia y hace prever, para el futuro, la creación de un concepto de gratuidad y onerosidad propias del derecho del consumo.

Sería erróneo decir que la parte débil no persigue, a su vez, un fin de lucro. Puede que con ella busque obtener un ahorro o que trate de incorporar a su patrimonio un bien a precio menor que el corriente en plaza, todas finalidades, estas, evidentemente lucrativas. Lo indispensable es que no tenga como objetivo hacer circular el bien en el mercado ganando con la intermediación, que no pretenda incorporarlo a la producción de otro bien o prestación de otro servicio destinados, a su vez, al mercado, pues en dichos casos, es de presumir que cuenta con conocimientos suficientes o apropiados para tal actividad convirtiéndose así en profesional.

5-El ámbito en que se desarrolla la relación es el propio del mercado, entendiéndose por tal a todo el sistema que permite articular el juego entre oferta y demanda.

Estoy en condiciones de afirmar que dentro de las relaciones jurídicas patrimoniales, existe una sub especie que puede calificarse como relación jurídica de consumo y cuyos rasgos más sobresalientes son la debilidad de una de las partes frente a la fortaleza de la otra; el fin de lucro perseguido por la parte fuerte; la vinculación entre el objeto de la relación y la profesionalidad del fuerte y la circunstancia de desarrollarse dentro del ámbito del mercado, sin que de modo alguno influya la existencia o no de un contrato o la masividad con que se produzcan.

Elementos de la relación jurídica de consumo

Resta por analizar los elementos de esta especie de relación jurídica:

a) Sujetos: En la relación de consumo encontramos dos *“polos subjetivos” que pueden estar integrados por uno o más sujetos pero necesariamente habrá un “polo proveedor” y un “polo consumidor”*. Es necesario aclarar que tal posición es meramente accidental y no responde a

un status propio de la persona sino de las circunstancias en que se encuentra. El mismo individuo, en su vida diaria asume simultáneamente la calidad de proveedor de algunos bienes y servicios y de consumidor de otros.

Prefiero hablar de “*polos*” porque, en ocasiones, los sujetos de la relación de consumo no aparecen perfectamente. Así, tenemos por ejemplo frente al “*hecho en bruto*” de la publicidad, costará determinar quién es el consumidor y quien es el proveedor, sin embargo no quepan dudas que los hay: Por un lado está quien recibe el anuncio y por el otro quienes lo propalan u ordenan su propalación.

Considero necesario agregar, por último, que la nota esencial de ambos polos será el hipo suficiencia negocial gnoseológica en uno o la hipersuficiencia negocial gnoseológica en el otro.

b) Objeto: El objeto de la relación de consumo será, precisamente, el consumo actual o potencial de bienes o servicios. Ahora bien, la dificultad se presenta al momento de conceptualizar la noción de consumir. Para ello debo descartar la vieja idea de extinción material, pues no resulta útil para comprender el fenómeno que analizamos. Fulvio Santarelli aporta, con maestría, una visión tripartita del mercado que se desenvuelve en producción, comercialización y consumo. Las dos primeras se caracterizan por ser de índole profesional y se desenvuelven a través de estructuras empresariales (ya sean individuales o colectivas), que redundan en un profundo conocimiento al respecto. Por el contrario, la última tiende a la satisfacción directa de las necesidades y apetencias propias del individuo y está signada por la falta de conocimiento y, consecuentemente, la debilidad. Es más, el acto de consumo, desde el lado del consumidor, se caracteriza por una cierta nota de irracionalidad lo cual incrementa la debilidad. La comprensión profunda de este fenómeno excede el tema que me ocupa pero considero indispensable una breve referencia a la distinción entre la satisfacción de

necesidades primarias y el mecanismo del deseo pues ello explicará esa nota de irracionalidad a la que me refiero.

Uno de los más importantes aportes de Lacán a la psicología son sus investigaciones sobre el mecanismo del deseo y la distinción con la necesidad.

La necesidad, tiene origen biológico y se satisface rápidamente con el objeto o acto requerido. Tenemos hambre, comemos y el hambre desaparece, tenemos sed bebemos y dejamos de padecerla, tenemos frío y nos abrigamos, tenemos sueño y dormimos etc.

El deseo por, el contrario, tiene origen psicológico y se traduce en una insatisfacción constante. Se desea un objeto, no para satisfacer una necesidad sino por la cuota de felicidad que, suponemos, ese objeto nos producirá. Al adquirirlo, advertimos que el efecto buscado no se ha obtenido, que no somos más felices que antes e iniciamos una nueva búsqueda que fatalmente irá seguida de nuevos encantamientos y nuevas decepciones. Dice Risemberg: *“El sujeto consumidor irá fascinado detrás de un objeto-producto, soñando que el mismo le aportará la tan ansiada completud, un estado de total felicidad del que cree haber gozado alguna vez allá en su pasado infantil, ya tan lejano pero que nunca pudo olvidar. Probará con uno y con otro y al ver que no es ni uno ni otro seguirán desplazándose metonímicamente de marca en marca tras la supuesta esmeralda perdida. El límite no es el cielo, sino el bolsillo, el poder económico adquisitivo de cada quien”*. Ciertamente que el fenómeno del deseo no es nuevo y existe desde que el hombre se elevó del estado de animalidad. Lo novedoso es el carácter científico con que hoy se estudia la cuestión, tomando conocimientos de otras ciencias humanas como la psicología social, el psicoanálisis, la antropología, la sociología etc. con vistas a incrementar la adquisición de productos o servicios. No se trata solo de mostrar el producto de la mejor manera posible, eso ya lo hacía el pequeño agricultor de la Edad Media cuando daba brillo a las frutas que vendería en el mercado,

sino que se apunta a los “*pliegues*” más profundos de la psiquis explotando la desazón existencial del hombre moderno. Hoy estamos sometidos a un verdadero bombardeo de ofertas. Un consumidor que entra a un hipermercado puede encontrarse con 50.000 ofertas distintas y tendrá serias dificultades para orientarse, es frecuente ver a personas deambular por las “*góndolas*” sin encontrar aquello que han ido a buscar y atiborrándose de lo que no creían necesitar, pero que les han hecho desear. Nuestra era ha sido definida como “*Iconósfera*” es decir el dominio global de las imágenes.

Por otro lado se han ideado amplios lugares de compra, con todos los atractivos que la arquitectura es capaz de conseguir, aislado de las inclemencias del clima, a una temperatura constante, protegidos por una estricta seguridad privada que evita la entrada a los “*indeseables*”, a los excluidos del mercado, cerrados en definitiva a la realidad que puede perturbar el éxtasis de las compras. Son esos “*no lugares*” atemporales: Los shopping centers.

A modo de conclusión, el concepto de consumo hoy exorbita ampliamente la adquisición de productos o servicios para abarcar un entramado de circunstancias (incentivadoras del mecanismo de deseo) que relacionan, de distinta manera, a distintos individuos, de allí que, para evitar equívocos, me refiero al consumo actual o potencial, pero en rigor de verdad se trata de un solo fenómeno complejo que abarca no solo la adquisición de productos o servicios como destinatario final sino también el conjunto de mecanismos que tienden a tal fin.

c) Causa: La falta de comprensión respecto a la complejidad del fenómeno del consumo, su identificación con la simple adquisición de productos o servicios con destino a extraerlos del mercado, llevó al legislador argentino a identificar relación de consumo con contrato de consumo. Hoy sabemos que también hay relación de consumo entre quien ofrece un producto o servicio y el consumidor indeterminado al cual va dirigida dicha proposición, aun cuan-

do no llegue a perfeccionarse el contrato; que entre el fabricante y el consumidor individual hay una relación de consumo aun sin haber celebrado ningún contrato. Podríamos seguir enumerando ejemplos hasta el cansancio, no obstante, lo útil es destacar que la causa de la relación de consumo puede ser: a) El contrato, ya sea gratuito u oneroso, b) los actos jurídicos unilaterales como por ejemplo la oferta e incluso c) los hechos jurídicos ya sean lícitos o ilícitos.

Definición de relación jurídica de consumo

Conforme a todo lo anteriormente expuesto se puede concluir diciendo que relación de consumo *“Es la relación jurídica patrimonial que se produce en el ámbito del mercado y que vincula directa o indirectamente a una parte fuerte por su profesionalidad o experiencia en el objeto y circunstancias de la relación, con otra que es débil por ser profana y que tiene por objeto la adquisición de productos o la utilización de servicios, ya sea en forma actual o potencial”*.

III. El consumidor.

Un concepto problemático

Tal como lo dije, uno de los grandes desafíos del Derecho del Consumo es la delimitación de su ámbito subjetivo, cuestión no exenta de grandes dificultades.

También dije anteriormente el consumidor, no es una categoría ontológica como la de trabajador, ciudadano, menor de edad etc., sino una condición circunstancial que de momentos asume la persona.

Por otro lado, no todos somos consumidores habituales y constantes. La realidad social muestra un creciente proceso de ex-

clusión donde cada vez son más las personas que no tienen acceso al consumo o solo lo hacen en forma muy acotada. El consumo se ha convertido en la carta de ciudadanía de la sociedad contemporánea. Si no consumimos o mejor dicho, si solo lo hacemos para subsistir, quedamos al margen, pasamos a conformar la infra clase a la que alude Zigmund Baumann.

El consumidor es la parte débil de una relación intersubjetiva. Solo es consumidor quien se relaciona directa o indirectamente, actual o potencialmente con un proveedor. Ahora bien, esta última calidad, la de proveedor, resulta casi tan problemática como la primera.

Si recurriéramos a la naturaleza de los actos que realiza el consumidor y dijésemos que es tal quien celebra actos de consumo, solo habríamos prorrogado la cuestión hacia otro ámbito. Por otro lado, el acto de consumo, objetivamente visto, no es distinto que cualquiera de los negocios regulados por el derecho desde hace siglos. Será una compraventa, una locación de cosas, una locación de servicios etc. Sin por ello dejar de ser acto de consumo.

Ni siquiera la palabra consumo sirve de gran ayuda pues la tutela no puede limitarse al momento de consumir sino que ha de extenderse a una etapa anterior (adquisición del producto o servicio, ofertas, publicidad etc.) y posterior (satisfacción de las expectativas creadas, inocuidad del producto o servicio etc.) incluso habrá supuestos donde el sujeto deberá ser tutelado independientemente de que consuma o no (quien pasea por un centro de compras sin comprar, quien estaciona su automóvil en el garaje reservado a clientes sin adquirir posteriormente ningún producto o servicio etc.).

Los que tenemos acceso al consumo somos consumidores, pero no siempre. El cómo y el cuándo, será la cuestión que tratare de desentrañar.

Noción de consumidor en el derecho comparado

Para encontrar un concepto de consumidor que trascienda a la norma positiva – labor irrenunciable de la dogmática jurídica – resulta útil analizar el derecho positivo, la doctrina y las decisiones jurisdiccionales de otros países, para ver cómo se solucionaron el problema, si lo hicieron, o, en caso contrario, buscando algunas directrices generales que aporten las coordenadas donde situar a nuestro objeto de estudio.

El Derecho Comunitario Europeo: Las normas surgidas de la mancomunidad europea, se caracterizan por regular aisladamente los distintos supuestos de relaciones de consumo (utilización de tiempos compartidos, adquisición de productos elaborados, contratación de servicios turísticos etc.) sin estructurarlos en un cuerpo legislativo único que tenga por objeto la protección del consumidor en general. Las definiciones contenidas en estas normativas son acotadas a su exclusivo ámbito de regencia.

No obstante lo dicho, pueden encontrarse algunos textos aislados con cierta vocación de universalidad: La Propuesta Modificada de Directiva del Consejo Relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Contratos Negociados a Distancia, considera consumidor a *“Toda persona física cuya participación en las transacciones reguladas por la presente Directiva se pueda considerar ajena a su actividad profesional”*.

La Carta de Protección de los Consumidores del Consejo de Europa, lo define como *“Persona física o jurídica a la que se proporcionan géneros y servicios para su uso privado”*.

El Convenio de Roma de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones y contratos, se refiere al consumidor en su art. 5.1. Cuando dice: *“Este convenio se aplicará a los contratos cuyo objeto recaiga sobre la provisión de bienes o servicios a una persona (el consumidor) con un fin*

que puede ser considerado ajeno a su comercio o profesión, o a los contratos para la provisión de un crédito para tal objeto”.

Por último, el Primer Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, define al consumidor como *“Persona involucrada en los diferentes aspectos de la vida que puedan afectarle directa o indirectamente...”*

Botana García, al referirse a este concepto, lo califica como definición abstracta de consumidor y dice que es adecuada, no para la atribución de derechos individuales, sino para expresar programas políticos de atención de todos los ciudadanos en cuanto consumidores. En realidad el párrafo citado no es una definición ni tampoco pretende serlo, el Consejo de la CEE, se está refiriendo a lo que en nuestra doctrina nacional, Pérez Bustamante llama Derecho Social del Consumo, es decir el estudio del derecho del consumo remitiéndolo a la atención conjunta de las circunstancias económicas, ecológicas, sociales y culturales.

Analizando las distintas definiciones citadas surge como factor común a todas ellas, la idea de un sujeto que contrata para su consumo o uso no profesional. Sin embargo hay cuestiones irresueltas que plantean grandes interrogantes.

No hay consenso en cuanto a la posibilidad de considerar consumidor o no a las personas jurídicas.

Las decisiones de los órganos jurisdiccionales comunitarios muestran un comportamiento errático.

En el Leading *“Idealservice vs. Cape et OMAI S.A”* fallado el 22 de Noviembre de 2001., La CJCE hizo una interpretación restringida y literal del art. 2º inc. “b” DCE nº 13/93. Conforme al cual el consumidor es *“Toda persona física que reúne las condiciones enunciadas por esta disposición”*. En consecuencias, siendo la demandada

Cape et OMAI S.A. una persona moral, no podía invocar a su favor la norma consumerista.

La hermenéutica del caso Idealservice puede hacerse extensiva a todas aquellas Directivas Comunitarias que definan al consumidor como *“persona física”*, pero ¿Qué pasa con aquellas Directivas o instrumentos comunitarios que no contengan expresamente esa exclusión. ¿Gozarán las personas morales de la tutela prevista en ellas?

La doctrina consideró injusto excluir de tutela a las personas morales sin fines de lucro. Podría darse la paradoja de que las organizaciones de consumidores - en tanto que personas morales - , no podrían hacer uso de las prerrogativas que la Convención de Bruselas para optar por la jurisdicción de su domicilio. Pareciera adecuado adoptar un criterio más amplio o sobre bases menos arbitrarias que la sola naturaleza física o moral del sujeto.

Con posterioridad, la CJCE en el leading *“Océano”* toma un nuevo parámetro: La desigualdad negocial y dice *“El sistema de protección creado por las directivas, se asienta en la idea de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo que concierne tanto al poder de negociación como al nivel de información, situación que lo lleva a adherir a condiciones predispuestas por el profesional sin poder ejercer influencias sobre el contenido de los mismos”*.

Cuestión menos controvertida es la exclusión de quienes adquieren el bien o servicio para incorporarlo, aunque sea indirectamente a una actividad relacionada con su giro comercial. A este respecto, la CJCE entendió en el leadign *“Di Pinto”* que a los efectos de la Directiva 577/85 sobre venta domiciliaria, no puede ser considerado consumidor el comerciante que ha sido contactado en su domicilio privado por una empresa que se encargaría de promocionar la venta de su fondo de comercio pues *“los actos preparatorios a la venta de un fondo de comercio, están ligados a la actividad profesional del*

comerciante y constituyen actos de gestión destinados a satisfacer finalidades distintas que las familiares y personales del comerciante". Igual postura se adoptó en el caso Dietzinger.

A modo de conclusión: El derecho comunitario europeo no cuenta con un concepto de consumidor genérico, observándose una dispersión caótica en cuestión tan importante como la determinación del ámbito subjetivo en que regirá la norma consumerista.

España: el derecho español muestra la misma dispersión normativa que el derecho comunitario europeo. No existe en España un Código del Consumidor ni una ley que pretenda abarcar toda la regulación consumerista. La Ley General de Defensa del Consumidor (LGDC), tiene muy poco de general y solo se aboca a ciertos aspectos del Derecho del Consumo.

La Constitución española de 1978 parece aportar un concepto universal de consumidor que vendría a solucionar el caso reinante pero como bien dice Gimeno Fernández, su amplitud es tal que termina equiparándolo al de ciudadano o administrado, restándole así utilidad científica.

La ley 22/94 de responsabilidad civil por productos defectuosos, no define al consumidor pero establece como requisito para su regencia, que el producto se haya destinado objetivamente al uso o consumo privado y como tal haya sido utilizado.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, (LGDCU n^a 26/84) dice que consumidores son las *"...personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el*

fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros". Pero, tal como lo dije, esta ley tiene muy poco de general, siendo su regencia acotada solo a algunos aspectos del consumo.

Paralelamente, las distintas legislaciones autonómicas se han sentido inclinadas, a su vez, a hacer un aporte a la confusión general. Así, un empresario que adquiere máquinas expendedoras de alimentos para uso exclusivo de sus empleados (supuesto del caso "*Idealservice*"), será considerado consumidor en Cataluña, Galicia, Vascongada o Andalucía pero no en Valencia, Tampoco hay coincidencia en cuanto a la noción de proveedor, pues mientras la legislación catalana, exige "*carácter empresarial*", la vasca y la andaluza no. En consecuencias, quien compre un mueble a su vecino, será consumidor o no según viva en Sevilla o Barcelona.

A excepción de Méndez Pinedo, quien intenta una definición única de consumidor cuando dice que: "*Habrà que considerar al consumidor como el consumidor final que adquiere bienes o servicios para su uso personal, no comercial ni profesional*", la mayoría de la doctrina española, parece resignada a esta multiplicidad de conceptos, incluso algunos hasta la consideran conveniente. Botana García afirma que no es necesario disponer de una única definición legal sino que "*...los diferenciados propósitos de la legislación, exigen una concepción también diferenciada*". Hubiera sido entonces, de buena técnica legislativa que las distintas normas consumeristas adoptaran una denominación propia de su ámbito para el sujeto tutelado (usuario, contratante débil, víctima etc), dejando a la doctrina la elaboración del concepto consumidor. Se podría haber actuado entonces al modo de la Directiva 94/47/CE sobre adquisición de tiempo compartido que si bien se refiere al consumidor, lo hace calificándolo como "*el adquirente*".

La multiplicidad de conceptos y regímenes implica un inconveniente extra: Puede darse el caso de que una misma persona sea objeto de protección de dos o más normas y que estas tengan

distinto grado de tutela ¿Cuáles de ellas aplicar? Algunos proponen recurrir al principio “*pro consumitore*” entendiendo que es facultad del consumidor elegir la norma que ha de ampararlo. Esto merece dos observaciones: Primero. La falta de claridad del derecho, afecta también al proveedor que no puede saber concretamente cuáles serán sus deberes y obligaciones con grave afectación para la seguridad jurídica. Segundo: La supuesta elección, presupone que el consumidor conoce la totalidad de normas aplicables a su caso y ello no deja de ser una falacia tanto en España como en Argentina, es más si el consumidor estuviera en posesión de tal conocimiento, dejaría (en una buena parte) de ser un hiposuficiente y la tutela se volvería vacua.

Alemania: En Alemania, se produjo un proceso de incorporación del derecho del consumo dentro del Código Civil con tendencia a generalizarlo para alcanzar la protección del débil contractual en su totalidad.

El parágrafo 13 del Código Civil Alemán (BGB), define al consumidor como “*Persona física que concluye un negocio jurídico cuya finalidad no se relaciona con su actividad profesional*”.

Lo primero que puede observarse es la exclusión expresa de las personas jurídicas, aun cuando no persiguen fin de lucro.

También llama la atención, en la definición alemana, la ausencia de toda referencia al consumo como acto tipificador.

La idea de “*conclusión de un negocio jurídico*”, parece dejar al margen a todos aquellos que en el derecho anglosajón se denominan bystander, es decir el consumidor por equiparación que no concluye ningún negocio jurídico sino que solo se presenta como expectante (caso de quien sufre daños al pasear por un centro de compras sin comprar, el simple espectador de un anuncio publicitario etc.). De hecho la doctrina alemana limita el concepto de con-

sumidor por equiparación al “*endverbraucher*” (consumidor final) que es solo uno de los supuestos de consumidor por equiparación contemplados en nuestro derecho positivo nacional.

Concluyendo. Lo que realmente caracteriza al consumidor, en el derecho alemán, es su no profesionalidad, rasgo prácticamente universal y que se repite en casi todas las definiciones el derecho positivo comparado.

Italia: El art. 1469 bis del Código Civil italiano, define a la cláusula abusiva y establece que, en relación con el contrato, el consumidor es la persona física que adquiere para un ámbito extraño a la actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada.

Por su parte, la Ley General de Derechos de los Consumidores y Usuarios, sancionada el 2 de julio de 1998, define al consumidor y al usuario en su art. 2º, inc. 1 letra “a” diciendo que es “*La persona física que adquiere o utiliza un bien o un servicio para fines no referidos a una actividad eventualmente profesional o empresarial*”.

Comentando este artículo, concluye Zanellato que la definición italiana es, en ciertos aspectos, muy restrictiva y, en otros, excesivamente laxa.

Es restrictiva por que limita la noción de consumidor a las personas físicas. La doctrina italiana viene propiciando con énfasis la inclusión de las personas jurídicas sin fines de lucro (comunidades, los colegios etc.), existiendo algunas iniciativas parlamentarias a este respecto.

Es excesivamente laxa en cuanto incluye dentro de la noción de consumidor al usuario de un servicio público o privado lo cual, si bien es prácticamente una regla en el derecho europeo, resulta innovador en Italia donde la expresión consumidor no comprendía generalmente a la de usuario. El problema es que la expre-

sión “servicio” no está definida normativamente con carácter general a diferencia de lo que ocurre con el concepto de “bienes” que según el artículo 810 del Código Civil italiano son “*las cosas que pueden constituirse en objeto de derecho*”. Serán la doctrina y la jurisprudencia los encargados verificar si el objeto de la relación es o no un servicio recurriendo para ello a las definiciones contenidas en las leyes especiales pero sobre todo en la noción de servicio expresada en la directiva comunitaria que comprende como tales a los servicios bancarios, inversión de valores mobiliarios, contratos de seguro etc.

Dinamarca: El derecho danés sigue en líneas generales los criterios comunes de Europa para definir al consumidor, con la salvedad de que niega protección al sujeto en aquellos casos en que el productor tiene razones para creer que aquel está actuando de manera profesional. Méndez Pinedo, pone el ejemplo de quien compra una máquina de escribir para su uso personal pero ordena el producto mediante papel profesional o da su domicilio comercial. Se sostiene que en supuestos como los descritos, el proveedor no puede saber que está contratando con un consumidor y que, por ende, se encuentra obligado a cumplir con la normativa tutelar consumerista. Considero que el argumento parece otorgar excesiva importancia a la situación de imputación subjetiva del proveedor.

Bélgica: La ley de Prácticas Comerciales, Información y Protección del consumidor, en su art. 1.7 dice: “*Consumidor es toda persona física o moral que adquiere o utiliza para fines excluyentes de todo carácter profesional, los productos o servicios puestos en el mercado*”.

La legislación belga es una de las más avanzadas en la protección del consumidor aun dentro del ámbito europeo.

Lo primero que se observa en la definición transcrita es que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho italiano y alemán, se incluye también dentro de la tutela, a las personas de existencia

ideal. No obstante, la definición no distingue, entre las que actúan con fines de lucro y aquellas que persiguen objetivos altruistas.

Suecia: La ley sueca de 1973, sobre ventas al consumidor, lo define como *“persona privada que compra a un comerciante una mercadería principalmente destinada a su uso privado, y que, es vendida en el marco de la actividad profesional del comerciante”*.

Llaman la atención algunos rasgos de la definición sueca. En primer lugar la reiterativa exclusión de las personas morales tan propia del derecho europeo. En segundo lugar solo se considera objeto de la relación de consumo a la compraventa de bienes, excluyendo todo el amplio espectro de situaciones distintas (locación de muebles, locación de servicios, derecho de multipropiedad, oferta, publicidad etc.).

Por último, identifica el concepto de proveedor con el de comerciante, exigiendo, además, que este último actúe dentro del marco de su giro comercial.

Portugal: La ley portuguesa del 31 de Julio de 1996, define al consumidor utilizando el criterio de *“uso no profesional”* y exige siempre la profesionalidad del empresario, sin restringirla a los dominios del comercio o la industria. Así dice: *“Se considera consumidor a todo aquel a quien se le hayan suministrado bienes, prestado servicios o transmitido derechos, destinados a uso no profesional, por persona que ejerza con carácter profesional, una actividad económica, destinada a la obtención de beneficios.”*

Suiza: La ley suiza de crédito al consumo, considera consumidor, solo a la persona física que toma un crédito para fines privados y siempre que lo obtenga de un profesional (vendedor, banco, prestador de servicios, sociedad de leasing, emisor de tarjeta de crédito etc.).

Francia: Francia sancionó un Código del Consumo (Ley 93-949 del 26 de julio de 1993), que sin embargo, ya a primera vista, evidencia no ser más que una yuxtaposición aleatoria de normas sin mayor pretensión de coordinación ni método. No es sorprendente, entonces, encontrar concepciones de consumidor divergentes dentro del mismo código.

Tratándose de venta de bienes y prestación de servicios a distancia, el artículo L121-21, considera consumidor solo a la persona física y excluye (artículo L121-22 inc. 4º) a las actividades realizadas en el marco de una explotación agrícola, industrial, comercial o artesanal o de cualquier otra profesión.

En las disposiciones relativas al contrato de préstamo, se considera adquirente a toda persona que adquiera suscriba o pase un pedido pero se excluyen los préstamos concedidos a personas jurídicas de derecho público y los destinados a financiar una actividad profesional.

Fue la doctrina quien se encargó de intentar definiciones de carácter general, Así Bourgoigni dice que *“consumidor, en sentido jurídico es la persona que realiza un acto de consumo entendiendo por tal al acto jurídico (generalmente un contrato) que permite obtener un bien o un servicio, con el objetivo de satisfacer una necesidad personal o familiar”*. Señala que el consumidor *“es una persona física o moral que adquiere, posee o utiliza un bien o un servicio introducido en el centro del sistema económico por un profesional, sin perseguir ella misma la fabricación, transformación, distribución o prestación en el ámbito de un comercio o de una profesión”*.

Advierte Zanellato que de esta forma queda excluido de la tutela el profesional que, en dimensión modesta o sin fuerza efectiva en el mercado, realiza por necesidad de su actividad profesional o comercial operaciones ligadas a su especialidad.

Malta: En Malta, la Ley de Defensa del Consumidor de 1994, concebía al sujeto tutelable como todo individuo que, fuera del marco de su comercio o profesión, compraba o alquilaba bienes a un comerciante o contrataba los servicios de un comerciante mediante una remuneración o una recompensa. Al modificarse la ley, en 2000, se define al consumidor como “*todo individuo que dentro de las transacciones o de otras actividades regidas por la legislación sobre la consumición, actúa desde un punto que no está ligado a su comercio, sus asuntos o su profesión*”.

Es de destacar que en la reforma se ha dejado de lado el criterio de la onerosidad al que la anterior ley refería en forma estricta.

Derecho Comunitario del Mercosur: Poco avanzó el Mercosur en su objetivo de armonizar los distintos derechos nacionales, sin embargo hay algunos textos referidos a la defensa del consumidor.

El Anexo I del Protocolo de Santa María dispone que el *consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.*

Siguiendo una tendencia que es propia de los países de la región y a diferencia de lo que parece ocurrir en Europa, dentro del ámbito Mercosur se considera consumidor tanto a la persona física como a la jurídica.

Pareciera que la nota distintiva está dada por el consumo final de bienes o servicios.

El término adquisición da la idea de que consumidor es solo aquel que accede al producto o servicio a través de un contrato, ya sea oneroso o gratuito, celebrado o no con un proveedor, quedarían así excluidos algunos supuestos de consumidores por equiparación como el de quien sufre daños paseando por un centro de

compras. No obstante el mayor socio comunitario, Brasil, otorga tutela expresa a estos supuestos y la Argentina, el segundo socio en envergadura, ha reformado recientemente su legislación en ese sentido. Todo ello nos lleva a presumir que los instrumentos comunitarios se encaminarán hacia el pleno reconocimiento del consumidor por equiparación.

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrentaba la armonización de la legislación consumerista en el ámbito MERCOSUR, era la coordinación entre la postura Argentina, netamente finalista y la tendencia marcada en el derecho brasileño a extender la tutela a aquellos profesionales o empresarios que actúan en una dimensión modesta y sin verdadera fuerza en el mercado. Luego de la reciente reforma de la legislación Argentina, se ha ampliado el concepto de consumidor tornando muy auspiciosa la tarea comunitaria.

Brasil: El Código de Defensa del Consumidor del Brasil, (Ley n° 8078, art. 2°), dice, *Consumidor, es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Parágrafo único. Equipárese al consumidor, a las colectividades de personas, aunque indeterminables, que hayan intervenido en las relaciones de consumo.* La definición se completa con el art. 17° que equipara con el consumidor a todas las víctimas de los daños causados por productos o servicios y con el art. 29° que extiende el concepto de consumidor a toda persona expuesta a prácticas comerciales.

Según Lima Marques, una de las principales ventajas de la definición contenida en el Código de Defensa del Consumidor brasileño, es haber superado la limitación, casi universal del concepto, al sujeto individual, permitiendo considerar consumidor también al sujeto colectivo o difuso (la comunidad toda), a la víctima contratante y a la no contratante (bystanbder), al participante indirecto (por ejemplo el beneficiario de un contrato de seguro o del beneficiario adherente en un contrato de medicina prepaga) y en definiti-

va, a todo aquel que está expuesto prácticas comerciales, aun sin haber contratado (quien estaciona en un shopping center sin comprar o está expuesto a la publicidad de un producto que nunca adquirió).

Si bien lo dicho por Lima Marques es cierto, debo advertir que la extensión del concepto de consumidor no viene dada por la letra de la definición sino por normas que equiparan situaciones particulares. Dicho de otra forma, la víctima y el tercero no quedan incluidas en la definición de consumidor que hace la ley sino que son equiparados a sus efectos por otras normas (arts. 17° y 29°). Entonces, aunque en la práctica se logra una extensión adecuada, desde el punto de vista técnico, la definición resulta insuficiente.

La definición de consumidor contenida en el Código de Defensa del Consumidor, ha dado lugar en Brasil a la aparición de dos corrientes hermenéuticas:

Para los maximalistas, consumidor es el destinatario final del producto, es quien lo retira del mercado, lo utiliza y consume. Sostienen la conveniencia de abarcar todas las relaciones del mercado. Consideran que la definición de consumidor del CDC es puramente objetiva, en el sentido de que, para la norma, no interesa la finalidad perseguida por el sujeto, no importa si actúa o no con fin de lucro, basta con que excluya del mercado al producto o servicio para que sea considerado consumidor. Debo decir que la hermenéutica maximalista es la más apegada a la letra de la ley. El art. 2° solo considera como nota esencial del concepto, que la persona sea destinatario final y los maximalistas se apegan a ello.

Los finalistas, entienden que consumidor es el destinatario fáctico e económico del bien o servicio. No basta entonces con retirarlo de la cadena de producción, sino que también es necesaria la utilización para sí o para su grupo familiar. Hacen una interpretación integradora. Sostienen que la télesis del Código de Defensa del

Consumidor es proteger a un grupo social vulnerable: Los no profesionales y que esta finalidad no puede ser soslayada mediante una exégesis literal.

Debo decir, a modo de conclusión, que la existencia de estas dos corrientes, en apariencias irreconciliables, pone en evidencia las deficiencias técnicas de la definición. El único sentido que puede tener la inclusión de una definición en un cuerpo legal es el de aportar claridad y estabilidad a los conceptos proveyendo así mayor seguridad jurídica. Sin dudas que el Código de Defensa del Consumidor no lo ha logrado pues en definitiva, la extensión de tutela a un caso particular dependerá de la corriente a la que adscriba el intérprete.

Uruguay: El art. 2ª de la ley 17.189, dice “Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”.

Se repite aquí la inclusión de las personas jurídicas que, tal como lo dije, y a diferencia de lo que ocurre en el derecho europeo, parece ser una constante de los países del Mercosur.

La norma se refiere a la adquisición de productos o servicios lo cual remonta a la idea de contrato pero agrega que tal adquisición puede deberse a una relación de consumo o “en función de ella”. Esta última expresión abre la posibilidad de considerar consumidor a aquel que no contrata directamente con el proveedor pero que se relaciona con él en virtud de un contrato potencial futuro (quien pasea por un centro de compras o es espectador de una publicidad) o través del contrato que celebra otro consumidor (el beneficiario de un contrato de seguro celebrado por un tercero, el adherente a una tarjeta de crédito o servicio de medicina pre paga

etc.). La gran ventaja de la definición uruguaya es permitir que, por vía hermenéutica, pueda extenderse fácilmente la tutela al llamado consumidor por equiparación.

Por último aparece claro el requisito finalista impidiendo considerar consumidor a quien integra el bien o servicio a procesos de producción, transformación o comercialización, haciendo imposible la extensión de tutela a los pequeños comerciantes o pequeños productores, tal como viene ocurriendo en Brasil.

Paraguay: La Ley Paraguaya de Defensa del Consumidor, dice en su artículo 4º: “*A los efectos de la presente ley, se entenderán por consumidor y usuario a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza*”.

La definición paraguaya es de gran amplitud y se acerca más al modelo brasileño pues la nota esencial del concepto de consumidor es el consumo final del bien o servicio.

La ley no limita su ámbito a la onerosidad ni al contrato, lo cual permitiría incluir a muchos de los llamados consumidores por equiparación, salvo al del espectador de publicidad que no parece tener cabida en su ámbito.

Por otra parte, no se exige profesionalidad en el proveedor. Considero que esto es erróneo. Si no hay profesionalidad en uno de los polos que integran la relación de consumo, desaparece la desproporción que amerita la tutela.

Chile: La Ley 19.496, art. 1º dice que consumidores son las “*personas naturales o jurídicas que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, bienes o servicios*”.

La ley chilena tiene la ventaja de extender el concepto más allá de los límites del contrato para abarcar a todos los actos jurídicos, pero recurre al concepto de onerosidad, que parece superado en el ámbito americano y mediante él se excluyen la mayoría de los llamados consumidores por equiparación. Al igual que en el caso uruguayo, el espectador de avisos publicitarios no parece tener cabida dentro de la tutela legal.

Venezuela: La ley de Defensa del Consumidor dice:

Art. 3º: A los efectos de esta ley se consideran consumidores como destinatarios finales, las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten a título oneroso, bienes o servicios, cualquiera sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan, faciliten o suministren.

No tendrán el carácter de consumidores quienes, sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación y comercialización.

Sin perjuicio del tratamiento posterior que hace el articulado de la Ley de Defensa del Consumidor, la definición en si misma considerada, permite incluir las compras que se hacen a quien no es proveedor habitual del bien (“*cualquier naturaleza...*”) lo cual es erróneo ya que, tal como lo dije, no existiría allí la desproporción que justifica la tutela.

Por otro lado, no considero que sea óbice para la tipificación de consumidor, el hecho de que lo adquirido sea sometido a procesos de transformación. Mientras lo transformado siga excluido del tráfico comercial, el adquirente debe ser considerado consumidor. Pensemos que hay bienes cuya utilización exige cierto grado de transformación como por ejemplo alimentos crudos, lana para tejidos caseros, la leña o el gas que se usan para calefacción del

hogar etc. y ello no convierte al consumidor en un proveedor pues tal solución resultaría absurda.

El Salvador: Art.6.- “Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:
a) *Consumidor o usuario: Toda persona natural o jurídica que adquiera, utilice, disfrute, o reciba bienes o servicios de cualquier naturaleza, resultado de una transacción comercial”*

Considero injusto limitar el ámbito subjetivo al restringido marco de la transacción comercial. De esta forma quedan excluidos los llamados consumidores por equiparación cuya nota distintiva es, precisamente, el no haber celebrado transacción comercial alguna.

Bajo Canadá: En el Bajo Canadá, se da una situación particular: Al dictarse la ley de defensa del consumidor, estaba vigente el Código Civil de 1866 que seguía los lineamientos del Código Napoleón aunque extremando la ideología liberal propia de aquel, al punto de que los principios de orden públicos limitativos de la autonomía de la voluntad, quedaban reducidos a prácticamente nada.

En 1991, se sanciona un nuevo Código Civil de inspiración completamente opuesta al anterior, dotado de una clara voluntad protectoria hacia el contratante débil. Se incluyeron así varias disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor lo que produjo un grave problema de armonización en una cuestión tan importante como la del ámbito subjetivo de la tutela.

La Ley Sobre Protección de los Consumidores de Québec, art. 1^a, dice que el consumidor es toda persona física quedando excluido de tal concepto, solo al comerciante en tanto que se procure un bien o servicio para los fines de su comercio.

El Código Civil del Bajo Canadá, por su parte, dice en el art. 1384, que el consumidor es *una persona física que adquiere, alquila, toma en préstamo o se procura de cualquier otra manera, a los fines personales,*

familiares o domésticos, los bienes o servicios de otra parte, que ofrece tales bienes o servicios dentro del marco de la empresa que él explota.

Vemos así que mientras en la Ley de Defensa del Consumidor, el proveedor será siempre un comerciante, en el Código Civil recurre al concepto más amplio de “*empresario*”, definido a su vez en el art. 1525 del mismo texto que extiende tal carácter no solo y que incluye tanto a comerciantes, artesanos, agricultores como a los profesionales regidos por el “*Código de las Profesiones*”.

La doctrina ha advertido la gran inconsistencia que implica contar con dos definiciones distintas. Así, para el Código Civil, por ejemplo, será consumidor quien contrate los servicios jurídicos de un abogado pero para la ley consumerista especial no. La situación ha llevado incluso a un proyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, el año siguiente a la aparición del nuevo Código Civil, proyecto que a última hora el legislador decidió rechazar.

Entiendo que estas son las consecuencias de abandonar la buena técnica legislativa en aras a una mayor practicidad.

Estados Unidos: La U.S. Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, del año 2000 establece en su sección 106 que el consumidor es un individuo que obtiene, a través de una transacción, productos o servicios, los cuales son usados primariamente para un propósito personal, familiar o de su hogar.

Lo primero que llama la atención es la referencia al “individuo”, por lo cual parecen quedar excluidas las personas jurídicas.

Conforme a la definición analizada, solo se es consumidor cuando se celebra una transacción. Quedan así excluidos muchos de los supuestos de consumidores por equiparación.

Por último la expresión “*propósito personal, familiar o de su hogar*” parece bastante ambigua ya que quien compra un producto para revenderlo haciendo de ello su profesión habitual, sin dudas que sigue un “*propósito personal*” pero no puede ser considerado consumidor.

Perú: El Decreto legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor, define al consumidor en el art. 3° cuando dice: “*Consumidores o usuarios – las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios.*”

El texto del Decreto ley 716, es muy similar al art. 4ª de la Ley de Defensa del Consumidor del Paraguay, en consecuencias, remito a lo allí expresado.

Ecuador: La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en su art. 2° define al consumidor como *toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiere, utilice o disfrute bienes o servicios o reciba ofertas para ello. Cuando la presente ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario.*

Es este uno de los pocos textos que alude al receptor de publicidad y ello merece ser destacado.

Por otro lado, no se limita ni a lo contractual ni a lo oneroso, lo cual también es loable.

Sin embargo no exige condiciones especiales en el proveedor que permitan configurarlo como tal, y esto es erróneo, conforme lo llevo dicho.

Ley 7472 de Competencia y Defensa del Consumidor. Art. 2°. *Consumidor, toda persona física o entidad de hecho o de derecho que como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al*

pequeño industrial o artesano –en los términos definidos en el reglamento de esta ley- que adquiriera productos terminados o insumos, para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros.

Al igual que la ley ecuatoriana, tiene la ventaja de incluir al receptor de publicidad.

Disiento con que la tutela propia de la ley consumerista deba extenderse al pequeño industrial y al artesano. He dicho anteriormente que el fundamento de la protección al consumidor es su hiposuficiencia negocial cognoscitiva. Y el industrial o artesano, por pequeños que fueran, tienen pleno conocimiento de su oficio o deberían tenerlo. Quizás padezcan una cierta debilidad negocial derivada de su situación económica frente a algún gran empresario pero esto no es materia propia del derecho del consumo sino del Derecho Civil o del Derecho Comercial, según el caso. Serán estas ramas del derecho las que deberán de buscar los medios para sortear la desigualdad llevando más equidad a las relaciones que entran en su ámbito, pero la cuestión siempre resultará ajena al Derecho del Consumo. Entiendo que es de estricta justicia tutelar al débil económico pero ello debe hacerse en forma distinta a la prevista para el consumidor pues de distinta naturaleza son ambas debilidades.

Ley Modelo de Consumers International: Art. 3º: para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

“Consumidor: toda persona natural o jurídica, que adquiriera, utilice o disfrute como destinatario final, bienes o servicios de cualquier naturaleza. Será asimismo considerado consumidor quien en razón de una eventual contratación a título oneroso, reciba a título gratuito bienes o servicios”.

En esta definición no tiene ninguna cabida el llamado consumidor por equiparación. Tampoco se reconoce se requieren con-

diciones especiales en el proveedor. Ya me he referido anteriormente a estas cuestiones en párrafos anteriores a los cuales remito.

Análisis comparativo

Tal como lo dije anteriormente el estudio del derecho comparado es útil en la medida en que nos permita extraer líneas generales, tendencias, o principios sobre un determinado instituto. Es de rigor, entonces, hacer un análisis comparativo de todas ellas.

En todas las definiciones citadas subyace una idea: El consumidor es un sujeto que, en determinadas circunstancias, padece debilidad, haciéndose beneficiario de la tutela legal.

El problema radica en saber quién es ese sujeto, que tipo de debilidades padece, cuáles son las circunstancias en que se torna débil etc. En concreto ¿Deben considerarse consumidores a las personas jurídicas?; ¿Solo es consumidor quien contrata?; en este caso ¿El contrato debe ser oneroso o también puede ser gratuito?; ¿La presunción de hiposuficiencia será absoluta o relativa?; ¿Se requiere que el sujeto sea el destinatario final de los bienes y servicios?; ¿Podrá someter los bienes a ciertos procesos de transformación y, no obstante seguir siendo consumidor? Estos son algunos de los interrogantes que plantea en derecho comparado y que trataré de analizar a continuación:

1. Inclusión de las Personas Jurídicas.

Algunas definiciones limitan el concepto de consumidor a las personas físicas (Dir. 87/102 CE; 93/13 CE; 94/47 CE; Ley Suiza de Protección del Crédito; Leyes de defensa del Consumidor de Malta y Quebec), mientras que otras incluyen también a las personas jurídicas (Dir. 85/577 CE; 90/314; Leyes de Defensa del

Consumidor de Portugal, Venezuela, Brasil, Chile, Perú, Ecuador, Costa Rica, Ley Modelo C.I. etc.).

Parece que a este respecto hay tendencias que podríamos llamar regionales, así los países europeos se inclinan, en su mayoría, a la exclusión de las personas jurídicas mientras que los latinoamericanos parecen partidarios de incluirlas.

Entiendo que la naturaleza del sujeto no debe ser, sin más, un parámetro absoluto para calificar o no al consumidor. Lo que amerita la tutela legal es la hiposuficiencia de una de las partes de la relación y que puede ser de distinta índole:

Hiposuficiencia negocial económica: Este modo de debilidad se produce cuando una de las partes indefectiblemente necesita contratar con otra para quien, ya sea por su poderío económico o por la pluralidad e intensidad de la demanda, la contratación, con ese sujeto en particular, parece meramente contingente.

En la actualidad los sujetos tienen necesidad, (o al menos sienten que la tienen), de adquirir ciertos productos o servicios. Ahora bien cuando esos productos o servicios son provistos por una mega empresa que celebra millones de contratos similares, la elección que ese sujeto aislado haga, le resulta completamente ino-cua pues la conclusión o no del contrato individual no alterará ni un ápice sus registros y porcentajes. Desde la ortodoxia liberal, suele decirse que el consumidor es el amo del mercado, que el elige productos y mediante esa elección decide que empresa triunfará y cual será condenada al fracaso. No deja de ser cierto, pero el consumidor concebido como una entidad abstracta no deja de ser una hipótesis. Lo real, lo tangible, lo empíricamente existente, son los miles o millones de sujetos que diariamente contratan. El poder aislado de cada uno de ellos es nimio o directamente inexistente, de allí su debilidad.

Hiposuficiencia gnoseológica: El consumidor es débil porque es un lego que se enfrenta a un especialista o profesional en la materia que es propia de la especialidad o profesionalidad de este último. Puede que, a diferencia de lo que ocurre en el caso anterior, el proveedor tenga especial interés en celebrar el contrato individual o que, incluso, haya paridad económica entre ambos, pero esto último no altera la situación de debilidad, pues siempre habrá un profano frente a un especialista.

Esta última hiposuficiencia o debilidad es propia y privativa del consumidor. Es la que lo caracteriza y define como tal independientemente que se conjugue o no con la debilidad económica.

La persona jurídica, en ciertas circunstancias, puede ser hiposuficiente negocial económica, hiposuficiente negocial gnoseológica o ambas. Lo importantes será determinar en qué circunstancias ocurrirá esto y en cuáles no. Dicho de otra forma, hay que encontrar parámetros que nos permitan determinar cuando una persona jurídica puede ser considerada consumidor y cuando no, sin que se pueda descartar de plano el carácter de este por la sola naturaleza de aquella. Volveré sobre este punto al analizar el derecho positivo argentino.

2. Presunción Absoluta de la Hiposuficiencia.

Otra cuestión relacionada con la anterior es la de determinar si la hiposuficiencia aludida debe ser probada o podrá ser presumida, y, en este último caso, si la presunción será absoluta o relativa.

La abrumadora mayoría de definiciones presume la hiposuficiencia del consumidor en base a criterios objetivos, sin necesidad de que ella sea invocada o probada.

Esto también será tema de análisis al estudiar la definición de nuestra Ley de Defensa del Consumidor.

3. Limitación a lo contractual.

La tutela del consumidor no se circunscribe, (o no debería circunscribirse) solo al ámbito contractual. La mayoría de las legislaciones tienen normas que vigilan la publicidad y la oferta en sí mismas, independientemente de que se produzca o no una contratación futura. Se trata, en suma, de la protección a consumidores potenciales cuya calidad de tal puede actualizarse o no pero que igualmente reciben la tutela de la ley. Una definición para ser técnicamente correcta debe contemplar esta particularidad. Por eso resulta extraño que casi ninguna de las definiciones analizadas, aludan a este consumidor potencial al que igualmente resguardan. Constituyen loables excepciones a lo dicho:

a- La Ley de Malta puesto que en cuanto refiere a “*otras actividades regidas por la legislación*” permite enmarcar al consumidor potencial.

b- La ley de Costa Rica, en su definición, alude expresamente al receptor de información o propuestas y en este sentido es digna de ser imitada.

c-El Código de Defensa del Consumidor del Brasil, equipara con el consumidor a todas las personas físicas expuestas a las prácticas comerciales (art. 29), sin embargo su definición no lo hace, por ello merece las críticas aludidas anteriormente.

4. Onerosidad de la Contratación.

Cuando se limita el concepto de consumidor al de contratante, queda todavía por determinar si ese contrato será solamente oneroso o si también puede ser gratuito.

Algunas legislaciones exigen la onerosidad (Venezuela, Chile, etc.), mientras que para otras ello no es indispensable puesto que abarcan cualquier adquisición o utilización de bienes o servicios sea cual fuere el carácter en que se hace (Dir. 85/577 CE, 87/102 CE; 93/13 CE; 94/47 CE; Convenio de Roma; Leyes de defensa del consumidor de España, país vasco, Andalucía, Cataluña, Valencia, Portugal, Malta, Quebec, Brasil, Perú, Costa Rica, Ecuador, Ley Modelo de C.I.).

Si es un error limitar el concepto de consumidor al de contratante, mucho peor resulta exigir que el contrato sea oneroso. Quizás el único aserto del decreto que reglamentó a la ley 24.240 haya sido la extensión del concepto de consumidor al adquirente a título gratuito cuando lo dado sea en miras a una futura contratación onerosa (caso de muestras gratis, regalos promocionales etc.). No obstante, aún quedaban excluidos ciertos supuestos de sujetos igualmente necesitados de tutela como por ejemplo el invitado a una fiesta que se intoxica con los alimentos a consecuencias de la interrupción en la cadena de frío provocada por algunos de los proveedores. En el ejemplo descripto, la víctima no contrató con el proveedor ni recibió el producto con miras a una contratación onerosa futura y, por ello, no podría ser considerado consumidor.

Desde el otro extremo, tampoco sería conveniente la inclusión de cualquier contrato gratuito. No parece justo hacer responsable por la garantía de funcionamiento, a un comerciante que regaló un producto solo inspirado por la caridad y sin ninguna expectativa de contratación onerosa futura.

En conclusión, la gratuidad u onerosidad de los contratos no son parámetros que sirvan para definir al consumidor, por el contrario, lo que si cobra importancia, es el ánimo de lucro con que actúa el proveedor. También volveré sobre este aspecto al analizar la legislación argentina.

5. El destino Final.

Prácticamente todas las definiciones condicionan la calidad de consumidor al destino final de los bienes y servicios (excepción hecha de la Ley de Defensa del Consumidor de Costa Rica que permite considerar como tales a los pequeños industriales o artesanos) sin embargo varían en la consideración de lo que debe entenderse por tal. Al respecto pueden distinguirse dos grupos:

a- Algunas definiciones exigen que la finalidad perseguida al adquirir el bien o servicio sea totalmente ajena a una actividad comercial, productiva o de prestación de servicios, es el caso de las Directivas comunitarias n°87/102, 85/577, 94/47 y de la Ley de Malta. La Ley de Defensa del Consumidor de Canadá, alude a “*los fines de su comercio*” y no especifica si se trata solo, del fin principal o de los accesorios. Así por ejemplo un comerciante que compra máquinas expendedoras para uso exclusivo de sus empleados (caso idealservice), está satisfaciendo un fin accesorio o mediato de su comercio mientras que el fin principal es el propio del giro comercial de que se trate.

b- Otras definiciones solo exigen un “*destino final*” (España, Cataluña, Galicia, Brasil, Chile, Perú, Ley Modelo de C.I.) y con este término solo se excluye a la reventa. En consecuencia, el mismo ejemplo citado anteriormente, es decir el del comerciante que compra máquinas expendedoras para uso exclusivo de sus empleados, sería un consumidor puesto que no utiliza lo comprado para revenderlo intacto o transformado. A estas alturas es bueno hacer una salvedad: Para el presente análisis solo he tomado en cuenta la definición de consumidor contenida en las distintas leyes, sin perjuicio de que otras disposiciones del mismo texto, limiten o amplíen dicho concepto.

El consumidor en el derecho argentino.

Problema: Conceptos diversos.

Nuestra Constitución Nacional, reconoce en su art. 42, los derechos de los consumidores y usuarios pero no los define, lo cual es lógico y técnicamente acertado.

A diferencia de lo que ocurre con el derecho comunitario y en España, Argentina tiene una ley de defensa de los consumidores con vocación de universalidad y que aspira a regular todos los aspectos posibles que puede presentar una relación de consumo. Esto parecería garantizar la uniformidad interna en el concepto de consumidor sin embargo, a poco que analicemos la totalidad de los instrumentos jurídicos aplicables vemos que no es así y el problema parece surgir, principalmente, de la identificación entre consumidor y usuario.

En nuestro derecho positivo la Ley 24.240 define conjuntamente a usuarios y consumidores pero, a la vez, los reglamentos de algunos servicios públicos también definen al usuario y es allí donde se producen las discrepancias normativas a las que aludí anteriormente.

La Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) en su redacción originaria, contenía una definición restringida de consumidor y usuario (términos que equipara) y requería básicamente: 1) Contratación a título oneroso y 2) Destino final, entendiendo por tal el que no se relaciona en forma particular ni genérica con la venta o distribución de bienes o la prestación de servicios (Decreto Reglamentario).

Los marcos regulatorios de los distintos servicios públicos domiciliarios privatizados también definen al usuario y, en general, lo identifican con aquel que utiliza el servicio independientemente

del destino que se da al mismo, a los sumo, distinguen categorías de usuarios pero como especies de un mismo y único género.

La ley 6608, que regula el servicio de energía eléctrica en la provincia de Tucumán, dice que usuario es *“Toda persona física o jurídica que habite o esté establecida en el territorio de la provincia”* (art. 47).

El RGCSBT (Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico), no alude ni al consumidor ni al usuario, habla de “clientes” considerando tales a los que acceden al servicio por causas convencionales, judiciales o administrativas.

El reglamento del servicio de la distribuidora de gas Gasnor, también se refiere a *“clientes”* que son aquellos que usan el servicio, reservando la denominación de usuarios para quienes consuman más de 10.000 metros cúbico.

Puestos ante un caso concreto, nos enfrentaremos con la dificultad de saber si una persona es o no consumidor. Pensemos en el supuesto de alguien que usa el servicio de electricidad para su comercio, según la ley 24.240, en su redacción anterior, no debía ser considerado consumidor pues el servicio se relacionaba en forma particular con una actividad de distribución de bienes, pero el reglamento propio del servicio no contiene esta exclusión.

Para mayor complejidad, el art. 25 último párrafo de la Ley 24.240 en su anterior redacción, disponía que *“los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente”*. Esto implicaba de plano la derogación del capítulo pues todos los servicios públicos domiciliarios, tenían regulación específica y estaban controlados por los organismos que ella contemplaba. No obstante lo dicho y ante el absurdo que implicaba incorporar a la norma un párrafo que derogaba a todo el capítulo, la doctrina fue elaborando distintas teorías tendientes a

salvar el defecto. En general se admitía que la Ley de Defensa del Consumidor tenía plena vigencia en la relación entre usuario y prestador de servicio público aunque no faltaron las opiniones y, lo que es más grave, los fallos jurisdiccionales divergentes.

No debe pensarse que se trata de una cuestión menor. Napoleón soñaba con reducir las leyes a simples demostraciones geométricas, para que quien supiese leer y ligar dos ideas, fuera capaz de entenderlas. Hoy reconocemos la imposibilidad de ello pero igualmente aspiramos a cierta claridad y coherencia normativa como garantía de seguridad jurídica.

En el sistema de la Ley 24.240 anterior a la reforma de 2008, la hermenéutica correcta, a mi entender, era la siguiente.

1-La ley 24.240, se aplica plenamente a todos aquellos que adquieran bienes o contraten servicios en las condiciones establecidas por esa norma, con la excepción de los usuarios de servicios públicos domiciliarios.

2-Los usuarios de servicios públicos domiciliarios cuya finalidad se relacione directa o indirectamente con la distribución de bienes o la prestación de servicios, se encontrarán amparados solamente por los respectivos reglamentos del servicio.

3-Los usuarios de servicios públicos domiciliarios cuya finalidad no se relacionen particular ni genéricamente con la prestación de servicios o distribución de bienes, contarán con la tutela de los reglamentos del servicio y subsidiariamente con la de la Ley de Defensa del Consumidor.

Conforme el principio de irretroactividad de las leyes, el sistema descripto será aplicable a todos los conflictos suscitados con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo texto legal.

La Ley 26.361 introduce importantes cambios en el sistema anteriormente descripto. En primer lugar modificó al artículo 25 declarando la aplicación conjunta de la norma propia del servicio y de la Ley de Defensa del Consumidor, prefiriendo aquella que sea más beneficiosa para el consumidor en el caso concreto. Se exorciza así cualquier duda respecto a la vigencia regencia y exigencia de la Ley de Defensa del Consumidor a las relaciones entabladas entre un usuario de servicio público domiciliario y la empresa prestadora del mismo. Por otro lado solo se exige que el bien o servicio sea adquirido con destino final.

En consecuencia el sistema actual es el siguiente:

Serán considerados consumidores y usuarios todos aquellos que utilicen el bien o el servicio con destino final, sin incorporarlo como insumo directo a otros bienes o servicios en su carácter de proveedores. Si los marcos regulatorios de los distintos servicios públicos domiciliarios tuvieran una definición más restringida se aplicará la Ley 24.240 por ser más beneficiosa (principio de in dubio pro consumidor).

Cuando la persona física no pueda ser considerada consumidor en el molde del artículo 1° de la LDC, se estará a lo que disponga el marco regulatorio de cada servicio.

Cuando el reglamento del servicio estipule condiciones que superan la tutela de la L.D.C. el principio in dubio pro consumidor manda aplicar estas últimas aunque solo en la medida que otorgando mayores ventajas al sujeto débil.

La definición de consumidor en el texto originario de la ley 24.240.

La ley 24.240 en su redacción originaria decía: Artículo 1°:
“La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se

consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

No puede considerarse completa la definición sino con el aditamento del art. 2 de la Ley 24.240 en cuanto dice: “*No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.*” Por último, debe tenerse en cuenta el art. 1^a del decreto reglamentario 1789/94, en cuanto dice: “a) Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo muestras gratis). c) Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado.

La primera objeción radica en el hecho mismo de incluir definiciones dentro de un texto legal. Definir es función propia de la doctrina, las conceptualizaciones subyacen en el texto de la norma, pero no deben aflorar. La ley regula conductas, no especifica conceptos.

Lamentablemente, el incluir una definición en el texto legal no fue el único error del legislador, siendo muchas las críticas que pueden hacerse tal como surgirá del análisis que haré seguidamente.

Equiparación de los términos consumidor y usuario:

La ley, al definir, identifica los conceptos de consumidor y usuario pues el régimen protectorio que estructura, beneficia a ambos por igual. Técnicamente sería más adecuado definir separadamente a ambos conceptos pues se trata de sujetos distintos. No obstante, si se obtuviera una definición de consumidor que por la amplitud de sus términos lograra abarcar también al usuario convir-

tiéndolo así en especie dentro de un género más amplio, ninguna objeción cabría.

Inclusión de la persona jurídica.

La LDC extendía la tutela consumerista no solo a las personas físicas sino también a las jurídicas o morales, enrolándose así en lo que parece ser doctrina mayoritaria de los países latinoamericanos. Ya dije que la naturaleza física o moral del sujeto, no parecen notas esenciales a la hora de proveer protección y, en consecuencia, ningún motivo encuentro para excluir a estas últimas del concepto de consumidor.

Limitación a ciertos tipos contractuales de carácter oneroso.

En el diseño de la Ley 24.240 solo era consumidor quien contrataba, debiendo además hacerlo a título oneroso.

El Ejecutivo Nacional advierte este error y, al reglamentar la ley, dice que *“Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios”*. No puede dudarse del aserto contenido en el decreto reglamentario pero lo cierto es que él plantea un problema aun mayor y es de los límites a la potestad reglamentaria. Considero que el decreto alteraba la letra de la ley exorbitando las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo Nacional.

He dicho ya que ni la onerosidad ni la gratuidad pueden ser criterios tipificantes de la noción de consumidor y me remito a lo expuesto.

Omisión del requisito de hiposuficiencia.

Tengo dicho que la hiposuficiencia negocial gnoseológica es lo que justifica la tutela al consumidor y he explicado, también los alcances de este término, debiendo solo agregar que el fin último de la norma consumerista es garantizar la plena autonomía de la voluntad, evitando desequilibrios, que por su magnitud, habiliten la coacción o dirección del consentimiento ajeno por quien tiene el poderío para hacerlo.

La hiposuficiencia negocial gnoseológica, hace a la esencia del consumidor tipificándolo como tal, por eso no puede ser soslayada en la definición de aquel.

Exclusión de ciertos sujetos necesitados de tutela.

La definición de consumidor, tal como está redactada, no permite extender la tutela al damnificado que no contrató con el proveedor y que hoy se llama “*consumidor por equiparación*”.

Ejemplo de lo dicho es el mero receptor de publicidad. Quien recibe un aviso publicitario no contrata y puede que nunca llegue a hacerlo, es un consumidor potencial pero no actual, sin embargo merece toda la tutela del derecho. Lo sorprendente es que, si bien el legislador lo excluye de la definición de consumidor, procede igualmente a tutelarlos prohibiendo la publicidad engañosa, conductista o abusiva. Hay aquí una importante contradicción, pues la ley de defensa del consumidor, estaría tutelando a quien no considera consumidor y ello plantea una serie de cuestionamientos ¿La demanda del mero receptor de publicidad, tramitará por la vía de conocimiento más abreviada?; ¿Se aplicará el art. 40 en cuando dispone la responsabilidad objetiva y solidaria?; ¿Está el mero receptor de publicidad legitimado para denunciar ante la autoridad de aplicación? Sin dudas que la respuesta a todas estas cuestiones es afirma-

tiva pero surge entonces una nueva pregunta ¿Por qué no se lo incluyó en la definición? ¿Por qué se utilizó como criterio diferenciador el de contratante, si se tutelaban situaciones evidentemente extracontractuales?

Evolución jurisprudencial del concepto de consumidor

El concepto mismo de consumidor fue especialmente controvertido en el ámbito forense y hay numerosos fallos que tratan esta cuestión. La explicación a ello debe buscarse, quizás, en las particulares circunstancias que precedieron a la norma consumerista argentina.

Sorprende la indiferencia con que la sanción de la ley fue recibida por aquellos que deberían cumplirla (los grandes grupos empresarios, bancos, prestadoras de servicios públicos, aseguradoras etc.) sobre todo si se la contrasta con el fuerte “*lobby*” parlamentario visto tiempo después, cuando se sancionó la Ley de Tarjetas de Crédito.

Tanto de los debates parlamentarios como de las informaciones periodísticas de la época surge la idea generalizada de que se trataba de una ley para las pequeñas compras, para los negocios de menor cuantía, una norma, en definitiva, destinada a proteger al ama de casa en sus compras diarias.

Todo esto explica que, ante las primeras demandas intentadas, la estrategia procesal de los grandes grupos empresariales fue invocar, con distintos argumentos, la inaplicabilidad de la norma al caso concreto.

El consumidor de servicios bancarios:

Los primeros en recurrir al argumento mencionado, fueron las instituciones bancarias, basándose en dos principios: Primero,

sostenían que el cliente bancario tenía características especiales, que eran personas pudientes e informadas, conocedoras del producto y del sistema y que, como tales, no necesitaban la tutela de la ley, en síntesis, negaban la hiposuficiencia de estos consumidores. Segundo, decían que la única autoridad de contralor de la actividad bancaria era el Banco Central de la República Argentina y que la actividad se encontraba ya ampliamente regulada, sin necesidad de aplicar la Ley de Defensa del Consumidor.

La respuesta de la jurisprudencia fue contundente, así se dijo: *“La cuenta corriente bancaria se encuentra comprendida dentro de los supuestos previstos por el art. 1º de la Ley 24.240 de defensa del consumidor, toda vez que la misma constituye un contrato de prestación de servicios a título oneroso, sin que resulte relevante para tal conclusión el carácter de entidad bancaria de la demandada.”* (C. 1º Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II. Noviembre 20-997. Martinelli, José A. c. Banco del Buen Ayre. LLBA: 1998-511; ED 177-235”). *“Es que no cabe duda que estamos frente a un contrato de mutuo hipotecario, en el cual el acreedor es una institución bancaria. Ello, así resulta aplicable la ley de defensa del consumidor. Es que si bien la ley 24.240 no hace mención expresa a las entidades bancarias o financieras (salvo en lo referente al crédito para el consumo), ha de considerarse que estas se encuentran abarcadas, ya que se trata de personas jurídicas a que refiere el art. 2º, pues en forma profesional los bancos prestan servicios a consumidores o usuarios y esos servicios no son de los expresamente excluidos del régimen tutelar que hoy en día tiene garantía constitucional”* (C. Civ. y Com. Rosario, Sala III. Febrero 28-997. Moriconi, Marcelo María y o. C. Banco Argencoop Coop. Ltda. S. Demanda – causa 132/95 LL, diario del 26/3/99, p. 3. Idem J. 1º Inst. Civ. y Com. VI Nom. Rosario. Agosto 8-999. Banco de Crédito Argentino S.A. c. Suarez Humberto y o. S. Ejecución Hipotecaria- Causa 551/96. Conf. cit. de Chapman, María Alejandra *“Derecho del Consumidor”* Jurídica Panamericana. Santa Fe 1999, pag. 33.)

“Teniendo en cuenta que el cliente de un banco es un consumidor, la ley 24.240 consagra la protección de sus intereses económicos, otorgando derecho

a los usuarios o consumidores a ser informados adecuadamente, ello con explícita base constitucional (C.N. art. 42) de alcance operativo e inmediato principio de cumplimiento” (C. Comercial, Sala B. Mayo 24.999. Rey, Félix c. Banco Bansud S.A. s Sum. Conf. cit. de Chapman, María Alejandra “Derecho del Consumidor” Jurídica Panamericana. Santa Fé 1999, pag. 33).

El consumidor de servicios de medicina pre paga.

Con muy similares argumentos a los anteriores, las empresas de medicina prepaga, se consideraban también a sí mismas, excluidas del ámbito de la ley 24.240, hasta que la jurisprudencia despejó toda duda diciendo: *“El actor como consumidor del servicio de medicina prepaga, goza del derecho de asistencia médica para la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, encontrándose amparado por el art. 42 de la Constitución Nacional” (CNCom. Sala D. Noviembre 12-997. L, S.J. c. Novus Medicina Privada MedicheK S.A. LL 1999-A-482).*

“El contrato que regula una prestación de servicios asistenciales médicos, trata de una relación de consumo entre un prestador y un consumidor final o usuario que adquiere esa prestación a título oneroso para beneficio propio. Se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 24.240, cuyo objeto es la defensa de los consumidores o usuarios (conf. arts. 1 y 2). Dicho convenio es un contrato standard, predispuesto por condiciones generales a las que una de las partes tan solo adhiere sin negociar. El prestador agrega al servicio un valor que es una competencia específica de su área de conocimiento, razón por la cual – en doctrina- se lo considera como experto en relación a su contraparte, profano en la materia” (CNFed. Contenciososadministrativo, Sala II, Octubre 8-996, medicus S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones s. Res. DNCI n° 39/96 ED 171-199).

El consumidor de sistemas de tiempo compartido.

El auge en nuestro país, durante la década de los 90 del sistema llamado de multipropiedad o tiempo compartido, instaló la

discusión respecto a si debía considerarse o no incluido dentro de las previsiones de la Ley 24.240 ya que el art. 1° de dicha norma, solo considera consumidor a quien adquiere un inmueble nuevo destinado a vivienda. En el tiempo compartido, no se adquiere en realidad la propiedad de la cosa sino solamente un derecho al uso temporáneo de ella y el inmueble, no necesariamente debe ser nuevo. Al respecto la jurisprudencia dijo: *“Cabe considerar que aun cuando es conocido el debate que existe en nuestra doctrina acerca de la naturaleza del instituto usualmente denominado “multipropiedad” o “tiempo compartido”, así como la ausencia de una normativa específica a él aplicable, este tribunal entiende que no resulta irrazonable, en el caso, la aplicación de las normas contenidas en la ley 24.240 a la relación trabada entre los denunciados y la aquí apelante. En efecto, si alguna duda pudiere haber en cuanto al ámbito de aplicación del citado cuerpo legal en virtud de lo normado en los incs. b) y c) de su artículo 1°, la latitud del art. 2°, viene a disiparla, por cuanto en él, se dispone que quedan obligados al cumplimiento de la ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios”* (CNFed. Contencioso administrativo, Sala V. Noviembre 25-997. Mazzei Smurra y Asoc. S.A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones s. Disp. DNCI n° 1.030/96 ED 178-106)

La empresa como consumidora.

En 1999, nuestra jurisprudencia tuvo oportunidad de fallar en un caso similar a *“Idealservice”*, y lo hizo en sentido contrario a la jurisprudencia europea, pues decidió que una empresa podía ser considerada como consumidor cuando contrataba una prestación cuyo objeto era ajeno a la actividad profesional de la misma. El caso era el siguiente:

Una empresa había tomado un seguro contra robos con la aseguradora “AGF” y paralelamente había contratado el servicio de vigilancia de “DETECT” pactando una cláusula limitativa de res-

ponsabilidad. Acaecido el siniestro (robo) “AGF” paga el seguro y se subroga en los derechos de la asegurada, iniciando acción contra “DETEC” por no haber ejercido la vigilancia eficientemente e invocando la nulidad de la cláusula limitativa de responsabilidad en base a lo dispuesto por el art. 37 ley 24.240.

La demandada se opuso a la aplicación del art. N° 37 de la Ley 24.240, argumentando que la asegurada, por ser empresa, no revestía el carácter de consumidor.

El tribunal dijo: “... *siendo la asegurada una empresa dedicada a la comercialización de computadoras, contrató el referido servicio con el fin de atender sus necesidades de protección, razón por la que el mismo no integra el proceso de comercialización de sus productos y servicios, sino que el asegurado fue un consumidor final que adquirió servicios sin intención de lucrar con su enajenación o ampliar un proceso de producción o comercialización destinado al mercado*” (CCom., Sala B. Abril 30-999. AGF Argentina Cía. De Seguros c. Detect Argentina S.A. s. Ordinario. Conf. cit. de Chapman, María Alejandra “Derecho del Consumidor” Jurídica Panamericana. Santa Fé 1999, pag. 33).

Tiempo después se llegó a similares conclusiones en “*Artemis c. Diyón*”. “*Artemis*”, una compañía constructora había comprado el vehículo, objeto de la litis, a “*Diyón S.A.*” *para transportar a sus empleados*”. En esa oportunidad el tribunal dijo “*No resulta extremo controvertido, que la actora adquirió a título oneroso un automotor 0 Km. con la finalidad de utilizarlo en su propio beneficio, para satisfacer las necesidades de la empresa comercial; en particular la necesidad de traslado de su representante legal y del cuerpo de profesionales para la supervisión de las obras de ejecución. Es decir como consumidor o destinatario final del bien, sin el propósito de disponer de este, para a su vez integrarlo en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. Este es el alcance protector que emana de los arts. 1° y 2° parr. 2° de la ley 24.240, que torna necesario armonizar la expresada finalidad con la calidad de destinatario final que ostenta Artemis S.A.*” (CNCom., Sala A, 2001/11/21, LL 2001-B-839).

En conclusión, nuestros Tribunales lograron salvar muchos de los graves defectos que contenía el anterior artículo 1° de la LDC, así se extendió la tutela de la ley a aquellos servicios públicos que tenían una regulación especial, con entes de contralor específico, tales como bancos, empresas de medicina prepaga etc. El nivel cultural o económico, no fue óbice para la vigencia de la tutela consumeristas. Las empresas pudieron ser consideradas consumidores en tanto que adquieran bienes o servicios ajenos a de su giro comercial. El concepto de consumo final solo resultó excluyente de adquisiciones con destino a la reventa o a la integración directa a procesos de producción. La intención de consumo final, era necesaria solo al comienzo de la contratación, resultando irrelevante que con posterioridad se destine el bien a una actividad lucrativa.

La reforma a la Ley de Defensa del Consumidor.

El nuevo artículo 1° de la LDC dice: *“Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.*

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

Por su parte, el art. 2° agrega *“No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad*

de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

Lamentablemente el legislador ha optado por mantener una definición de consumidor en el texto legal y, como ya lo dije más arriba ello es inconveniente. Mi opinión no obedece a un “*preciosismo jurídico*” ni a una aspiración meramente estética, sino a estrictas razones prácticas. Se ha podido observar como la jurisprudencia fue ampliando los estrictos moldes contenidos en la redacción originaria del artículo 1º Ley 24.240 a fin de lograr la justicia del caso.

Esto implica dos grandes inconvenientes: Primero, la bifurcación entre el derecho vivo y el derecho escrito, genera fatalmente inseguridad jurídica y hace que, ante un supuesto específico, no sepamos con certeza si el sujeto va a gozar o no de la tutela de la ley. Segundo, con la definición legal, se petrifica lo que debe ser dinámico y esa petrificación se convierte en un muy pesado lastre para la evolución de la ciencia, pues por más valiente que sea el juez, se sentirá siempre constreñido a seguir la letra. Las necesidades de tutela varían con el tiempo y la ley debe ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a esos cambios. Veamos un ejemplo: Hasta hace algunos años, el cliente bancario típico tenía características distintas a las actuales, su nivel económico era alto y generalmente conocía los pormenores de la actividad, que, a su vez, era mucho más simple y transparente. En tales condiciones, la necesidad de tutela era ínfima. Si la definición se hubiera realizado en esas épocas, seguramente se habría excluido al cliente bancario por no ser un hiposuficiente. Hoy la situación es completamente distinta, la generalización del uso de tarjetas de crédito y cheques, la complejidad de las operaciones, los avances técnicos que ponen al alcance de cualquiera, aparatos como los cajeros automáticos, la tan mentada “*bancarización*”, el pago de salarios a través de cuentas bancarias etc. cambiaron la configuración del cliente bancario tradicional. Hoy es un hiposuficiente susceptible de sufrir frecuentes abu-

tos y, de hecho, se trata de una de las actividades más transgresoras a las normas consumeristas.

La circunstancia de que, por vía de la jurisprudencia, se haya ampliado enormemente el concepto de consumidor contenido en la anterior redacción del artículo 1º LDC, no desvanece el desacierto de definir legalmente. Bien puede aparecer, en el futuro, la necesidad de acotar el criterio o ampliarlo para incluir nuevas formas de desamparo hoy desconocidas.

Dicho lo precedente, corresponde analizar las principales características del nuevo texto.

Equiparación entre consumidor y usuario.

Nuestra ley, tanto en su anterior como en su actual redacción equipara el concepto de consumidor y usuario siguiendo con ello una doctrina prácticamente aceptada en forma universal. Italia era uno de los pocos países que mantenía la distinción en su derecho, sin embargo la actual Ley General de Derechos de los Consumidores y Usuarios, sancionada el 2 de julio de 1998, define tanto al consumidor como al usuario en su art. 2º, inc. 1 letra “a” en forma uniforme.

Lo dicho no debe llevar a confundirnos y suponer que ambos términos son sinónimos, consumidor es quien adquiere una cosa y usuario quien utiliza un servicio. Ya dije que equiparar los dos conceptos es técnicamente erróneo sin perjuicio de que ambos precisen igual nivel de tutela. Ahora bien, también dije que si se lograra una definición lo suficientemente amplia como convertir al usuario en una especie dentro del género “*consumidor*” ninguna objeción podría hacerse desde lo estrictamente técnico. Quedará a la doctrina y a la ciencia del derecho especificar las diferencias entre ambos pero la norma positiva debe resguardarlos por igual.

Inclusión de la Persona Jurídica.

La nueva redacción del artículo 1º, al igual que el anterior texto incluye dentro del concepto de consumidor a las personas jurídicas, cuestión que *“dividió las aguas”* entre el derecho europeo y el latinoamericano. Ya expliqué anteriormente mi opinión en el sentido de que la persona jurídica no debe ser excluida de plano y a ello me remito, restando solo agregar que la tutela al consumidor, encuentra justificativo en la hiposuficiencia del sujeto, traducida en inferioridad negocial gnoseológica, sumada ocasionalmente a un hiposuficiencia negocial económica. La persona jurídica puede padecer tanto una como la otra, ergo, es susceptible de protección aunque con las siguientes salvedades:

Entre los objetivos implícitos de la norma consumerista, está lograr que el consentimiento, no solo sea informado sino también reflexivo, es decir que sea el resultado de un proceso de racionalización adecuado, por eso regula expresamente las técnicas de marketing directo (ventas domiciliarias, por correspondencia y otras), pues presume que en esos casos, el consumidor suele actuar irreflexivamente, de allí que le otorgue el derecho de retracto o arrepentimiento a fin de que deshaga el negocio en un tiempo más o menos breve en el cual, presume el derecho, podrá reflexionar convenientemente.

Ahora bien, una persona jurídica decide a través de sus órganos específicos. Así, si el órgano decisorio fuese colegiado y constara que la cuestión ha sido debatida y votada, mal podría hablarse de consentimiento irreflexivo. Lo mismo cabe tratándose de un órgano unipersonal, cuando este está a cargo de un profesional en la materia (gerente de compras), pues no sería adecuado presumir que él ha sido víctima de un marketing conductista, ya que su función profesional y específica es decidir que hace falta y que no.

Hay otros institutos como el deber de información, la prohibición de abusos negociales, el in dubio pro consumidor etc. Cuya aplicación a ciertas personas jurídicas se encuentra plenamente justificada.

La solución entonces no pasa por extender o no tutela a las personas jurídicas sino, en primer lugar por determinar a cuales personas jurídicas nos referimos, ya que no es lo mismo una micro-empresa que una multinacional. En segundo lugar habría que discriminar en cada caso cuales son los instrumentos legales que se deben aplicar a ellas y cuáles han de estar limitado solo a las personas físicas.

A modo de conclusión: La persona jurídica debe ser considerada consumidor pero siempre que se le dé un tratamiento diferencial acorde a su propia naturaleza.

Exorbitación de lo contractual.

La ley en su anterior redacción limitaba la tutela a la celebración de cierto tipos de contratos (compraventa de muebles, locación de servicios y adquisición de inmueble nuevo destinado a vivienda) no se encontraba justificativo alguno que avale tal actitud y si observamos el derecho comparado, tampoco aparecían modelos de tales limitaciones.

Quedaban excluidos de la letra de la ley numerosos contratos que deberían ser considerados de consumo, tales como la venta de inmueble usado realizada por un corredor inmobiliario o la locación inmobiliaria cuando el locador es una empresa que hace de ello su objeto; el llamado tiempo compartido o multipropiedad etc. Lo cierto es que la jurisprudencia, en general fue extendiendo la tutela a todo tipo de contrato, dotando así a la ley, de una lógica no provista por el legislador, pero la solución distaba de ser definitiva y creaba un alto grado de inseguridad jurídica.

El nuevo texto ni contiene mención expresa al contrato, sin embargo, tal como lo dije anteriormente sigue subyaciendo la idea de que consumidor es quien contrata, pues quien sin contratar se hace merecedor de tutela, no es un consumidor propiamente dicho sino un “*consumidor por equiparación*”.

Exclusión del requisito de la onerosidad.

El anterior texto del artículo 1° de la LDC exigía como requisito para ser considerado consumidor, que el bien o servicio hubiera sido obtenido onerosamente. Dicho así quedaba exonerado de cumplir la ley el proveedor que hubiera repartido muestras gratis del producto como parte de una campaña de marketing, de allí que el decreto reglamentario decidiera incluir expresamente el supuesto, aunque incurriendo en inconstitucionalidad por exceso en sus funciones reglamentarias. El nuevo texto elimina lisa y llanamente el requisito de la onerosidad.

Omisión de la hiposuficiencia.

He dicho también que una de las mayores críticas que podíamos hacer a la anterior definición de consumidor contenida en el texto originario del art. 1° LDC, era la ausencia de referencia a un requisito que considero esencial tal cual es la hiposuficiencia comercial. También he mencionado que esta hiposuficiencia no es solo económica sino principalmente gnoseológica. Lamentablemente el nuevo texto no avanzó a este respecto, no hay en él ninguna referencia a la necesaria debilidad que debe tener el consumidor para ser considerado tal.

Inclusión del consumidor por equiparación.

Uno de los rasgos más positivos del nuevo art. 1° LDC es la inclusión del consumidor por equiparación. Respecto a él me referiré más adelante.

La integración del bien o servicio en la actividad de prestación:

El art. 2° de la LDC en su anterior redacción, decía expresamente que *“No tendrán el Carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”*.

El decreto reglamentario (1798/1994) se encargaba de especificar aún más el concepto agregando que: *“Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos bienes, sea de manera genérica o específica”*.

La reforma ha quitado este párrafo del anterior art. 2° y solo se refiere al destino del bien o servicio como una de las formas para calificar al consumidor por equiparación.

Considero que la modificación es importante y produce una llamativa mutación en el sistema.

La exclusión de las profesiones liberales.

A través del art. 2° se mantiene la exclusión de las profesiones liberales. No hay mayor justificativo para esto que no sea el fuerte *“lobby”* llevado a cabo por los colegios profesionales argentinos. El paciente de un médico o el cliente de un abogado, padecen

idéntica hiposuficiencia que el usuario de servicios público o quien adquiere productos elaborados en grandes almacenes.

El contralor de la matrícula por parte de los colegios profesionales no ofrece una garantía estructural, más allá de que en la práctica actual los tribunales de ética profesional actúen con aceptable rigor, pues siempre se tratará del juicio de “*sus pares*”. En definitiva, con igual criterio se podría excluir a las aseguradoras o a las empresas de medicina prepaga por el solo hecho de tener un órgano de contralor. Peor aún si las distintas cámaras empresariales crearan tribunales de ética estrictos, sus asociados podrían reclamar también la exclusión.

El mencionado párrafo del art. 2º debe ser sometido a control de constitucionalidad para determinar si atenta o no contra la garantía de igualdad.

Inclusión expresa de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

Técnicamente no es correcto mentar en una definición a algunas de las especies que comprende el género definido.

No encuentro motivos de dudas respecto a que, quien contrata un servicio de tiempo compartido, cementerio privado o club de campo es consumidor conforme lo define la ley y nada agrega la especificación in fine pues, aun cuando el legislador no lo hubiera dicho, el sujeto débil se encontraría igualmente tutelado.

Ahora bien, tampoco puedo desconocer la importancia práctica de la inclusión a la hora de desalentar estrategias procesales exclusionistas.

En conclusión: A pesar de los errores que pueden encontrarse y que he puntualizado anteriormente, el balance final, al comprar el nuevo texto con el anterior, solo puede ser positivo

IV. El consumidor por equiparación.

La incorporación al derecho argentino.

En el sistema originario de la Ley 24.240, solo podía ser considerado consumidor el que contrataba a título oneroso, o, a lo sumo quien recibía a título gratuito cosas o servicios en función de una potencial contratación onerosa (conforme al agregado del decreto reglamentario n° 1798/94).

La realidad diaria demostró que a menudo, el bien o el servicio era consumido, por quien no había celebrado contrato a título oneroso, ni había recibido una liberalidad promocional. Estos sujetos resultaban igualmente necesitados de tutela pero la norma los excluía. Veamos algunos ejemplos: El convidado a una fiesta que toma los alimentos ofrecidos por el anfitrión; el invitado a realizar un viaje contratado y pagado por otro; aquel a quien el titular de un *“tiempo compartido”* se lo ha prestado momentáneamente; el adherente de tarjeta de crédito o empresa de medicina prepaga; el que pasea por un centro de compras sin adquirir producto alguno etc.

Ya el derecho brasileño había incorporado el instituto del bystander, a quien equiparaba con el consumidor propiamente dicho. En nuestro derecho nacional, la claridad del artículo 1° Ley 24.240 impedía cualquier avance pretoriano a su respecto. No obstante, para intentar ampliar el acotado ámbito subjetivo de la ley, cierta jurisprudencia recurrió a la noción de relación de consumo introducida por la reforma constitucional de 1994 en el art. 42.

La Ley 26.361 ha eliminado el requisito de la onerosidad y ha incorporado un segundo párrafo al art. 1° según el cual: “...Se

considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte en una relación de consumo, como consecuencia o en función de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo". Seguramente que la redacción legal es pasible de críticas, pero servirá para extender la tutela a quienes seguramente se encuentran necesitados de ella. Lo cierto es que estamos ante un instituto novedoso que viene a alterar conceptos tradicionales del Derecho Civil, tales como el de sujetos de las obligaciones, efectos restringidos de los contratos, terceros etc. Todo ello amerita su estudio.

La definición legal. Crítica y propuesta.

Comienza diciendo el texto legal que el consumidor por equiparación no es parte de una relación de consumo.

Es evidente que legislador confundió relación de consumo con contrato de consumo.

La relación de consumo es el vínculo que liga a un proveedor con una persona a quien se reputa necesitada de tutela y que reconoce como fuente a cualquiera de los hechos que la ley considera aptos para tal fin.

El contrato de consumo, precisa, como todo contrato, de un acuerdo de partes en torno a una voluntad común.

El concepto de relación de consumo es más amplio, constituye un género del cual el contrato es la especie.

En definitiva, aun cuando el consumidor por equiparación no es parte de un contrato, si lo es de una relación de consumo y en su virtud merece tutela.

Sigue diciendo el legislador que el consumidor por equiparación, adquiere o utiliza servicios como destinatario final a consecuencia o en función de una relación de consumo, lo cual es acertado, pero incluye, además, a quienes *“de cualquier manera se encuentran expuestos a una relación de consumo”*. Esto es excesivo. Pensemos en un ejemplo: Si un peatón es atropellado por un automotor cuyo conductor ha perdido el dominio a consecuencia de un vicio de fabricación, debería, según el texto de la ley, ser a su vez considerado consumidor pues se ha visto expuesto a una *“relación de consumo”* (la que existía entre el propietario del automóvil y aquel quien se lo vendió o quien lo fabricó). También he dicho que el competidor e, incluso, la sociedad toda se ven afectados por las consecuencias de un ilícito de consumo. El artículo no puede ser interpretado literalmente pues su redacción es defectuosa, en consecuencias se debe entender que cuando la ley dice *“expuesto a una relación de consumo”* se refiere a aquellas personas que, si bien todavía no contrataron están vinculadas por una relación de consumo, cuya causa es la potencialidad futura de contratar o de aquellos que, sin contratar directamente con el proveedor, reciben el bien o servicio de otro consumidor que sí contrató.

A fin de intentar una definición superadora de los defectos que pueda tener el derecho positivo considero adecuado decir que el consumidor por equiparación *“Es el sujeto que sin contratar a título oneroso con un proveedor, se encuentra vinculado con este por una relación de consumo y en consecuencias puede sufrir daños o abusos similares a los del consumidor propiamente dicho”*.

Denominación.

La voz inglesa *“bystander”*, utilizada también por la doctrina brasileña, significa espectador o circunstante y resulta adecuado para ciertos supuestos, como el de quien pretende efectivizar una oferta a destinatario indeterminado, el que pasea por un centro de compras o la víctima de una publicidad lesiva, mas no logra conte-

ner a aquellos que, sin contratar directamente con el proveedor, consumen efectivamente el producto, pues este último no es un mero espectador o circunstante, sino la víctima principal del ilícito de consumo. (Tal el caso de quien se intoxica con alimentos en mal estado comprados por otro).

La doctrina alemana ha preferido utilizar el término “*endverbraucher*” que se traduce como consumidor final, es decir el que retira del mercado el bien o servicios. El término adolece del mismo defecto antes señalado, solamente que a la inversa. Resulta insuficiente frente a quienes todavía no consumieron el producto o servicio.

Tal como ha quedado redactado el segundo párrafo del art. 1º de la Ley de Defensa del Consumidor, en él se incluyen tanto al bystander (circunstante o espectador) como al *endverbraucher* (consumidor final). Siendo ambas especies de un género más amplio: El consumidor por equiparación, es esta última la denominación adecuada.

Extensión de la tutela.

La tutela al consumidor por equiparación no se limita al resarcimiento de daños sino que abarca a la totalidad de las normas protectorias de la Ley de Defensa del Consumidor. Así por ejemplo, no se podrían oponer a un adherente de tarjetas de crédito o servicio de medicina prepaga, las cláusulas consideradas abusivas por el art. 37; las precisiones publicitarias pueden ser exigidas por quien recibió el producto mediante una liberalidad del consumidor propiamente dicho; quien use un servicio público sin haber contratado directamente con la prestadora goza de la presunción de sobrefacturación del art. 30 bis etc. Claro está que algunas disposiciones de la ley solo resultan aplicables a los consumidores propiamente dichos, tal es el caso del art. 10, 32, 33, 34 etc. pero lo im-

portante es destacar que, en principio, el consumidor por equiparación goza de todo el “bloque” protectorio de la ley.

Lo expuesto surge con claridad del texto legal, pues el segundo párrafo del nuevo art. 1° directamente iguala al consumidor por equiparación con el consumidor propiamente dicho y una máxima de hermenéutica universalmente aceptada manda que “*ubi lex non distinguet nec distinguere debemus*”.

Fundamento jurídico del vínculo entre bystander y proveedor.

Es necesario indagar la causa por la cual el proveedor queda vinculado con una persona con quien no ha contratado. Si el consumidor por equiparación solo tuviera derecho a ser indemnizado por los daños sufridos podríamos recurrir a la noción de responsabilidad extracontractual o delictual, sin embargo, tal como lo dije, las obligaciones del proveedor frente al consumidor por equiparación no se limitan a la de indemnizar daños, debe informar, debe cumplir con las precisiones publicitarias, garantizar servicio técnico y suministro de partes, abstenerse de interrumpir la prestación del servicio público domiciliario, no puede prevalerse de cláusulas abusivas etc.

Mucho se ha discutido en la doctrina brasileña respecto a esta cuestión.

Simone Hegele Bolson, siguiendo a la doctrina alemana, sostiene que el proveedor, al introducir en el mercado su producto o servicio, celebra un “*contrato social*” que incumbe no solo a los que efectivamente consumen sino también a quienes pueden llegar a hacerlo, es decir a los consumidores en potencia. La teoría resulta interesante pero no puedo coincidir plenamente con ella. La idea de un contrato social no deja de ser sino una ficción. El proveedor no celebra en realidad un contrato con la sociedad en su conjunto,

pues esta última no ha manifestado su voluntad, al menos no en la forma necesaria para generar un contrato.

Zelmo Denari acude a la finalidad preventiva del derecho de daños y dice que: "*Se trata de imponer, de alguna forma, al proveedor, la obligación de fabricar productos seguros que satisfagan los requisitos de seguridad a que tiene derecho el gran público*". No obstante, la tutela al consumidor por equiparación, excede la sola seguridad frente a productos defectuosos.

En sentido similar se expide José Geraldo Brito Filomeno, cuando dice: "*Lo que tiene en mira el parágrafo único del artículo 2º es a la universalidad, conjunto de consumidores de productos o servicios, perspectiva esa, extremadamente relevante y realista por cuanto es natural que se prevenga por ejemplo, el consumo de productos o servicios peligrosos o nocivos, beneficiándose así abstractamente a las referidas universalidades o categorías de potenciales consumidores*". Debemos advertir que estamos ante una opinión calificada, pues el Dr. José Geraldo Brito Filomeno fue uno de los coautores de la ley 8.078 llamada "Código de Defensa del Consumidor", sin embargo tampoco coincido plenamente con ella desde que, *ab initio*, solo es válida respecto al resarcimiento de daños pero no frente a otras obligaciones como el cumplimiento de condiciones contractuales respecto al adherente a una tarjeta de crédito, la de proveer servicio técnico adecuado y suministro de repuestos (art. 12) etc.

Según Lorenzetti, la causa fuente del vínculo de consumo, está formada por contratos, actos jurídicos unilaterales y hechos jurídicos, en consecuencias el consumidor por equiparación no sería un tercero sino que su legitimación vendría del hecho jurídico de consumir. Más adelante incluye entre las categorías de consumidor por equiparación tanto al que usa sin contratar, a la víctima de un producto defectuoso y al expuesto a prácticas comerciales.

Encuentro una contradicción: Si la legitimación viene del hecho jurídico de consumir, no entiendo cómo puede incluirse en la categoría de consumidor por equiparación al espectador de una publicidad que aun sin consumir padece daños tales como agravios propalados por este medio o realización de comportamientos inducidos lesivos.

Coincido con el prestigioso doctrinario en que la causa fuente del vínculo, en una relación de consumo, está integrada tanto por contratos, como por actos jurídicos unilaterales y hechos jurídicos pero disiento en que la nota común a todos ellos sea el consumo efectivo de bienes y servicios pues existen relaciones de consumo en que no se registra, al menos no en forma actual, dicho consumo.

En mi opinión, el fundamento jurídico de esa serie de contratos, actos jurídicos unilaterales y hechos jurídicos susceptibles de generar una relación de consumo, ha de buscarse en la finalidad de lucro perseguida por el proveedor y en la necesidad de tutelar a quienes se ven expuestos o a quienes abrigan razonables expectativas a consecuencia de aquella. Quien pretende lucrar con una determinada actividad y despliega una conducta encaminada a ello debe responder por los daños que ocasiona (arts. 5º, 6º, 10º bis, 13º, 40º, 40º bis, 40º ter) satisfacer las razonables expectativas generadas en los demás (arts. 4º, 7º, 8º, 9º, 11º, 12º 19ª) y conducirse de buena fe (arts. 22º, 26º, 27º, 37º etc.).

El consumidor por equiparación en el derecho comparado.

Brasil: Entre los países del derecho continental romanista fue Brasil donde se ha estudiado con mayor profundidad a este particular tipo de consumidor.

Como bien lo explica De Melo, el Código Brasileño de Defensa del Consumidor, reconoce plenos derechos al “*consumidor por equiparación*”, concepto que extiende a tres tipos distintos: Las colectividades de personas que, aunque indeterminadas, hubieran intervenido en las relaciones de consumo (art. 2^a); las víctimas del hecho de un producto o servicios defectuoso (art. 17) y los sometidos a prácticas comerciales abusivas que no llegaron a contratar, tal como el simple espectador de una publicidad lesiva. En la doctrina brasileña se llama bystander al segundo grupo es decir al que, sin haber contratado, puede sufrir un daño.

Dice Claudia Lima Marques, que: “*La mayor contribución del Código de Defensa del Consumidor al Derecho Civil actual, reside justamente en la superación del concepto de sujeto individual lo que, en la práctica, altera todas nuestras definiciones de tercero*”. Concluye así que el sujeto de la relación jurídicamente relevante, puede ser individual, colectivo o difuso, como también la víctima tercera de aquella relación contractual, es decir el llamado bystander.

Conforme al estado actual de la legislación brasileña, solo el consumidor final, endverbraucher o consumidor fáctico, queda plenamente equiparado al consumidor propiamente dicho. Por el contrario el llamado bystander goza solo de la protección por los daños sufridos ya que su inclusión se efectivizó en el art. 17y dicho texto se cuida en aclarar que los efectos de la equiparación son solo a los efectos de esa sección, (Responsabilidad por el hecho del producto o servicio)

Derecho Comunitario Europeo: El consumidor por equiparación no resulta ajeno a las normas comunitarias. Veamos algunos ejemplos: La Directiva 90/314 CEE sobre viajes combinados, considera consumidor “*...a la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado*”. La Directiva 94/47 CE sobre utilización de inmuebles en tiempo compartido tipifica al consumidor como la persona “*destinataria de la creación del derecho objeto del presente contrato*”.

Francia: En Francia, el llamado “*Code de la Consommation*”, no es en realidad un cuerpo orgánico sino una yuxtaposición de normas, por lo tanto, la conceptualización del consumidor ha quedado librada a las distintas opiniones doctrinarias que no siempre navegaron sobre canales pacíficos. Para Bourgoignie, el consumidor es aquel que destruye un bien o, mejor dicho, destruye su sustancia al utilizarlo para la satisfacción de sus necesidades biológicas, psicológicas o sociales. Dice Cornu que la tesis dominante en la doctrina francesa, se inclina por vincular la noción de consumidor con la de no profesional y con la de acto de consumo, entendiendo este último concepto, como el de todo acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio para satisfacer necesidades personales o familiares.

Lo expuesto me lleva a concluir que el derecho francés es permeable al concepto de consumidor por equiparación.

Italia: En Italia la “*Legge sui diritti consumatori e delle loro associazione*” define en su artículo 2° inciso 1° al consumidor y al usuario como la persona física que adquiere o utiliza un bien o un servicio para fines no referidos a una actividad empresarial o profesional eventualmente desarrollada.

Adviértase que el mencionado texto se limita a consignar que el consumidor adquiere o utiliza un servicio sin especificar de donde deriva tal utilización o adquisición, en consecuencias, puede entenderse comprendida buena parte de los supuestos que llamamos consumidor por equiparación, en especial, el llamado consumidor final o *endverbraucher*.

España: Si restringimos nuestro análisis a la LGDCU (Ley General de Defensa del Consumidor y el Usuario) no encontraremos en ella un concepto de consumidor por equiparación, pero hay una marcada tendencia jurisprudencial a reconocerlo.

Alemania: En Alemania el concepto mismo de consumidor se identifica con la idea de “consumo final” (endverbrauche). En consecuencia quedan comprendidos en él muchos de los supuestos que en nuestra ley se llaman consumidores por equiparación, tal el caso de quien recibe el bien o producto de otro consumidor, sin contratar directamente con el proveedor.

Otras legislaciones: En algunos derechos nacionales, como el maltés, bajo canadiense, peruano, ecuatoriano y costarricense la definición de consumidor, contenida en sus respectivas legislaciones, es lo suficientemente amplia como para incluir al bystander mediante una hermenéutica progresista, por lo que deduzco que no habrá mayores obstáculos en el desarrollo del instituto.

La evolución del concepto de en el derecho argentino.

El texto originario del art. 1º Ley 24.240, por su contundencia, impedía extender la protección al consumidor por equiparación, y si bien el Decreto Reglamentario n° 1798/94 morigeró el requisito de la onerosidad, quedaban igualmente excluidos los supuestos en que no había una contratación directa con el proveedor.

La inclusión de los derechos del consumidor en nuestra carta magna fue posterior a la sanción de la Ley 24.240. El constituyente voluntariamente se ha apartado de la definición de consumidor contenida en aquella para recurrir a la noción, más amplia, de “relación de consumo”, dentro de la cual podríamos entender incluida la que vincula al proveedor con el consumidor por equiparación. Sin embargo podría llegar a pensarse que este último solo goza de las garantías generales reconocidas por la norma fundamental más no de todas aquellas que derivan de la ley infraconstitucional y que resulten compatibles con su particular situación. Así, la Constitución Nacional reconoce la garantía a la información, libertad de elección, condiciones de trato equitativo y protección de la

salud, seguridad e intereses económicos. No hay referencia expresa a la indemnización de daños, por ejemplo.

También conspiraba contra la inclusión pretoriana del consumidor por equiparación, la circunstancia de que el texto constitucional limita las garantías derivadas de la relación de consumo a los usuarios y consumidores y es la norma infraconstitucional la encargada de definir quiénes son consumidores o usuarios.

Es indudable que el art. 42 de la Constitución Nacional permitía una fértil jurisprudencia pero, en sí mismo, no podía solucionar el vacío legal dejado por la Ley 24.240 respecto al consumidor por equiparación pues para ello, en definitiva, sería necesario forzar hermenéuticas para incluir casi la totalidad de los derechos subjetivos emanados de la ley en unas pocas garantías generales reconocidas por el artículo.

La jurisprudencia de esta época ha sido relativamente escasa, solo encontramos algunos fallos aislados referidos al tema.

Ya en 1997 la Cámara Nacional Federal Contencioso Administrativo en el caso *“Algas SA contra Secretaría de Comercio e Inversiones”* dijo: *“Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella, equiparándose a esto, las demás personas expuestas a las relaciones de consumo...”*

Más recientemente en el caso *“Decovi S/ Amparo”* decidido por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro se entendió que el concepto de *“relación de consumo”* exorbita al de contrato de consumo aludido en la Ley 24.240 para abarcar a otros sujetos que hubieran quedado excluidos, tales como el bystander. Es digno de ser estudiado el voto del Dr. Soderó Nievas quien conjuntamente con el del Dr. Luis Lutz conformaron la mayoría.

En la doctrina nacional, pocos autores se han ocupado del tema, excepción hecha de Ernesto C. Wayar quien se refiere específicamente al adherente de tarjeta de crédito. Para el maestro civilista, quien adhiere a la tarjeta de crédito de otro y en tal sentido utiliza el servicio sin haber contratado, puede que no sea calificado de consumidor pero sin dudas que será un usuario. Es evidente que la interpretación mencionada constituye una opción inteligente para salvar el defecto legal y resulta aplicable a muchos de los supuestos que integran el concepto de “*consumidor por equiparación*”, pero lamentablemente no a todos, así el convidado a una fiesta que se intoxica con los alimentos por interrupción de la cadena de frío imputable a algunos de los que intervinieron en la comercialización difícilmente encuadre en la categoría de usuario.

También Lorenzetti se ocupó del tema y analizó la causa fuente del vínculo de consumo.

Lo cierto es que fue recién con la reforma introducida por la Ley 26.361 que el consumidor por equiparación obtuvo “*carta de ciudadanía*” en nuestro derecho positivo despejándose cualquier duda respecto a su tutela, lo cual seguramente redundará en una mayor seguridad jurídica.

VI. Definición propuesta.

Después de haber analizado tanto el texto anterior como el actual y haber pormenorizado los aspectos que considero positivos y aquellos que estimo erróneos o superfluos, estoy en condiciones de expresar cual es, a mi entender, el concepto de consumidor.

“Consumidor es el hiposuficiente negocial que entabla una relación de consumo teleológicamente encaminada a la obtención o utilización actual o potencial de bienes o servicios como destinatario final; ya sea directamente o indirectamente de un proveedor que actuó con ánimo de lucro”.

La primer nota distintiva del consumidor es su carácter de hiposuficiente negocial. Ya dije que esa hiposuficiencia negocial es fundamentalmente gnoseológica aunque puede ser, además, económica. El hiposuficiente no es un incapaz de hecho ni de derecho, en su vida civil tiene capacidad plena, sin embargo en cuanto al negocio de que se trate se encuentra en plano de inferioridad.

Queda por determinar si la hiposuficiencia negocial debe ser demostrada por quien lo invoca o si por el contrario es presumida por la ley en base a ciertas circunstancias y, en este último caso, si se trata de una presunción absoluta o relativa.

Entiendo que, para nuestra legislación, se trata se trata de una presunción *iure et de iure*. El art. 18 inc. B de la ley 24.240 impide que se oponga al consumidor la defensa derivada del art. 2170 del Código Civil. Según el art. 2170 CC., el enajenante (proveedor) se exime de responsabilidad por vicios redhibitorios, cuando el adquirente (consumidor) “los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio”. Ciertamente que la ley solo se refiere al supuesto de responsabilidad por vicios redhibitorios pero, al impedir el legislador consumerista su invocación dentro de la relación de consumo, pone en evidencia su voluntad de rehuir a toda indagación concreta sobre la hiposuficiencia del consumidor. Queda claro que para la Ley de Defensa del Consumidor, la hiposuficiencia se presume *iure et de iure*.

Particularmente opino que la presunción no debería ser absoluta sino relativa.

Ciertamente que cuando alguien adquiere algo, para su consumo personal, de parte de un proveedor especializado, difícilmente tenga los mismos conocimientos que este en la cuestión de que se trate. En algún caso contará con los conocimientos técnicos y adolecerá de los jurídicos o viceversa, sin embargo no puede descartarse de plano, la posibilidad de que ocurra lo contrario, es decir

que un profesional en la materia, contrate con otro profesional para su consumo privado como sería el ejemplo de un vendedor de computadoras que por no tener en su stock el modelo que ansía para su hogar, lo adquiere de otro vendedor de computadoras.

Si el fundamento último de la tutela legal, es justamente la hiposuficiencia del consumidor y tratándose de un régimen de excepción, considero que la existencia o no de este requisito, no debe ser supuesta con carácter absoluto. Dicho de otra forma. Si bien la habitualidad justificaría una presunción *iuris tantum*, no considero adecuada una *iure et de iure*, lo cual debería ser revisado en una futura reforma a la ley.

Ahora bien, lo dicho anteriormente es una opinión sobre la conveniencia de la norma, una propuesta de *lege ferenda*, mas no me caben dudas que para la legislación argentina actual, la hiposuficiencia se presume en forma absoluta.

Entiendo que con la definición propuesta quedan comprendidos todos los supuestos que en la ley se llaman consumidores por equiparación y para ello recorro al criterio de “*potencialidad*” en la adquisición o utilización del bien o servicio y a la posibilidad de que la relación sea “*indirecta*”.

Al tratar el concepto de consumidor por equiparación contenido en la ley dije que él abarca dos especies: El “*bystander*” y “*end-verbraucher*”. El primero de ellos es un espectador o expectante que si bien todavía no consume, potencialmente puede llegar hacerlo. El segundo es un consumidor final, que sin contratar directamente con el proveedor, se sirve del bien o servicio como destinatario final.

El espectador de publicidad, el que pasea por un centro de compras etc. (*bystander*) se relaciona con un proveedor aunque la adquisición del bien o la utilización del servicio sean meramente

potenciales. También el que recibe el bien o servicio sin haber contratado con el proveedor tal como el adherente a una tarjeta de crédito o sistema de medicina prepaga (endverbraucher) se relaciona con aquel aunque lo hace en forma indirecta a través de otro consumidor.

He considerado conveniente incluir como requisito que el proveedor persiga un ánimo de lucro dentro de esa particular relación y esto se explica a través de la exposición de dos ejemplos.

Un fabricante, como estrategia de marketing, para promocionar su producto y posicionarlo en el mercado, regala una pequeña porción del mismo (muestra gratis).

El mismo fabricante, conmovido por la apremiante situación de algunos argentinos, que seguramente nunca tendrán acceso al producto, regala cantidades del mismo a esos carenciados.

Si el producto resultara defectuoso y como tal produjera un daño a quien materialmente lo consume ¿Debemos juzgar al fabricante con el mismo rigor en uno u otro caso? Un sentimiento de justicia natural, nos indica a priori que no.

En el primer caso, el fabricante ha seguido un claro afán de lucro, ha meritado previamente el costo de la promoción con relación al incremento que producirá en las ventas, concluyendo que este será mayor que aquel; seguidamente ha volcado en el costo del producto, los gastos de promoción comprobando que aun así alcanzaba un precio competitivo; recién entonces se ha embarcado en la señalada estrategia de marketing.

En el segundo caso (donación a los carenciados), el fabricante dejó de lado toda expectativa de ganancias, actuó con liberalidad e incluso, cumplió con un deber moral de caridad.

Ante el primer supuesto, resulta adecuado que responda en forma objetiva, pues quien introduce una cosa que causa daño, dentro del tejido social, para lucrar o beneficiarse de ello, es justo que indemnice aun sin mediar culpa (doctrina del art. 40 Ley 24.240).

En el segundo caso, quien cumple un deber moral, tiene que gozar de cierta consideración legal. Debería responder, sin lugar a dudas, por los daños que cause, pero solo en la medida en que se haya comportado culposamente (doctrina del art. 1109 del C.C.). Atribuir responsabilidad objetiva a quien regala algo, se presenta como una notoria injusticia pero además desalienta una actitud que es de rigor promocionar.

Ahora bien, racionalicemos los hechos. La clara diferencia entre ambos supuestos es que en uno se ha actuado con ánimo de lucro y en el otro con plena liberalidad. Más evidente aun, aparece la diferencia cuando se trata de garantías por el buen funcionamiento del producto.

He creído conveniente aludir al concepto de consumo final pero ello dentro de una concepción maximalista, es decir, habrá consumo final cuando el bien o servicio se excluya del tráfico comercial ya sea en su forma original o después de un proceso de transformación. Es decir quedan incluidos aquellos bienes o servicios que se destinan a una actividad productiva siempre que ella no consista en la reventa o prestación de servicios a clientes.

Si se me reprochara el haber dado excesiva extensión al concepto, habría que recordar que puse como contrapeso el requisito de la hiposuficiencia y que ello excluye a un amplio sector de “*consumidores finales*” para quienes la tutela es innecesaria.

En conclusión, considero haber aportado algo a una cuestión que, lejos de quedar concluida, será campo propicio para debates futuros.

La prescripción de las acciones de consumo

por Günther Enrique Flass

Publicado en: *“Tratado de la prescripción liberatoria”* E. López Herrera. (Dir.), Tomo. II Capítulo .XX pág. 931/981). Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007
[Consultado el 15/10/2020]

1. Introducción.

Una de las más populares ironías referidas a los profesionales del derecho dice: *“Al abogado, explícale los hechos con claridad, ya se encargará él de oscurecerlos, enredarlos y complicarlos”*.

Más allá de lo odioso de la generalización, hemos de admitir que algunos han hecho precisamente eso con el art.50 de la ley 24.240, un texto bastante claro en su letra aunque indiscutiblemente novedoso en sus alcances; casi podríamos calificarlo de *“revolucionario”*.

El art. 50 de la ley 24.240, dice:

“Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de actuaciones administrativas o judiciales”.

Un análisis *a priori* nos permite sintetizar las características del sistema, en las siguientes:

--- Se unifica el plazo de prescripción de las contractuales y las extracontractuales, algo que la doctrina se viene proponiendo desde hace mucho tiempo sin que ningún texto positivo haya llegado a tanto.

--- Se otorga un plazo relativamente breve pero paralelamente se introducen causales de interrupción más prolíficas que las del Código Civil (actuaciones administrativas y comisión de nuevas infracciones).

--- La prescripción aparece como un "*premio para el proveedor que ha recapacitado*" y ha permanecido en el cumplimiento de la ley; *contrarios sensu*, si no adecua su conducta al deber ser querido por la norma, la acción se torna imprescriptible reiniciándose el curso con cada nueva trasgresión.

Creemos no habernos equivocado, entonces, cuando calificamos al texto de revolucionario.

Volviendo a lo que afirmábamos anteriormente, es decir, a la forma en que la doctrina ha oscurecido el texto, encontramos que, en algunos casos, una mentalidad forjada en los moldes de instituciones civiles tradicionales y ampliamente aceptados nos impulsa a realizar una exégesis similar a lo ya conocido; en otros son razones ideológicas simplemente de conveniencias personales las que llevan a tergiversar, vía interpretativa, el claro texto de la ley. Ya decía Ihering que "*todo derecho que se logra, mata algo que indefectiblemente debe morir pero que siempre habrá alguien dispuesto a luchar con todas sus fuerzas para conservarlo*".⁵³ Entre esos "*alguien hay doctrinarios pero también jueces, por eso la mencionada tendencia se evidencia en algunos precedentes jurisprudenciales*"

⁵³ VON RERING, Rodolf, "*La lucha por el derecho*". Estudios jurídicos, Heliasta, Buenos Aires, 1974, p. 51

La Ley de Defensa del Consumidor fue el resultado de la imperiosa necesidad de proteger al débil negocial en una amplia gama de situaciones que van desde la compra de alimentos a la adquisición de inmuebles de gran valor, pasando por los contratos de servicios, tarjetas de crédito, mutuos bancarios, etcétera.

Una mirada retrospectiva nos muestra que ciertos sectores empresariales alcanzados por la ley no advirtieron el cambio que se avecinaba, intuyeron que todo seguiría igual, que la lucrativa ordalía de abusos con que medraban continuaría incólume, quizá pensaron que sólo se trataba de una norma circunscripta al ama de casa y sus compras diarias, identificaron, en definitiva, defensa del consumidor con contratos de menor cuantía. Tal vez sea ésta la causa del escaso *lobby* realizado por los sectores implicados, situación muy distinta a la vivida años después cuando se debatió la Ley de Tarjetas de Crédito y tanto emisoras como administradoras presionaron fuertemente para obstaculizar su sanción. Durante el proceso que culminó con la ley 24.240 tal como la conocemos hoy y que duró varios años, sólo las compañías aeronáuticas parecieron interesarse y lograron la expresa exclusión contenida en el art. 63.⁵⁴

Tarde advirtieron, los demás, los cambios radicales que introducía la norma y comenzaron a buscar vías alternativas para soslayarla, las más de las veces en forma espuria.

La primera estrategia intentada fue excluir a los negocios de mayor envergadura.

Los bancos argumentaban tener una legislación propia y un ente de contralor, el BCRA, cuyas funciones abarcaban la protección del cliente bancario. Pero si el cliente bancario estaba suficien-

⁵⁴ Art. 63, ley 24.240: "*Para los supuestos de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley*"

temente protegido, ¿por qué había tantos abusos? Todos sabemos que el BCRA pone especial énfasis en mantener la solvencia de los bancos y muy poca o ninguna en proteger a la parte débil de la relación. Las autoridades del BCRA son, en general, prestigiosos economistas y el fin de la ciencia económica es la generación de riquezas, no la justicia en las relaciones humanas, objeto propio del derecho. No debemos sorprendernos entonces que el equilibrio y la rentabilidad se hayan logrado con absurdas arbitrariedades padecidas por el consumidor y con el beneplácito de aquellos que debían evitarlas.

También se dijo que el cliente bancario no necesitaba protección por ser, en general, personas preparadas, conocedoras de los detalles operacionales del servicio. Sin embargo, la realidad muestra que hoy acceden a los bancos no sólo empresarios y ejecutivos sino también el ciudadano común que posee una tarjeta de crédito, que contrata un mutuo hipotecario para comprar su vivienda, que paga los servicios públicos a través de los cajeros automáticos, etc. Acertadamente la mayoría de los tribunales hicieron sucumbir estos argumentos ante la contundencia de la ley.

Más tarde fueron las empresas de medicina prepaga las que invocaron la existencia de legislación propia y órganos de contralor específicos. Tampoco tuvieron éxito.

Recientemente las compañías de seguros han iniciado una verdadera ofensiva invocando que el valor de las primas y los premios se alcanza mediante complejas ecuaciones económicas que se verían alteradas por la aplicación de la LDC perjudicando al mismo consumidor que se buscaba tutelar.

Sin pretender agotar tan ardua cuestión, es preciso hacer algunas reflexiones: en primer lugar, estamos ante un argumento de conveniencia y mientras la ley no excluya expresamente al contrato de seguro, el tema será de interés para economistas o analistas polí-

ticos pero no podrá condicionar la aplicación de la ley 24.240 según sana hermenéutica. Segundo, si la ecuación económica solo permite ganar dinero cuando se abusa del consumidor, debe ser modificada por antijurídica ya que nuestra Constitución Nacional sólo protege el ejercicio de una actividad económica únicamente cuando es lícita. Por último, creo que se trata de una falacia: también las tarjetas de crédito alegaron que la ley respectiva (LTC) encarecería el servicio y la realidad demostró lo contrario.

Lo cierto es que en líneas generales los tribunales no atendieron a estos argumentos y sometieron a la regulación consumérista tanto a bancos y empresas de medicina prepaga como a compañías de seguro. Incluso se llegó a sostener que, contrariamente a la letra estricta del art.63, la ley 24.240 también se aplicaba a las empresas aeronáuticas salvo disposición salvo disposición contraria expresa en la legislación específica.⁵⁵

⁵⁵Asiste razón a Lloyd Aéreo Boliviano cuando manifiesta que la ley 24 240, es aplicable en subsidio al Código Aeronáutico y a los tratados internacionales referidos al transporte aéreo. Ello significa que la ley 24240 (Ley de Defensa del Consumidor), regirá solo las cuestiones atinentes a la defensa del consumidor, no regladas expresamente en el Código Aeronáutico y en los Tratados Internacionales aplicables al transporte aéreo.

En la legislación específica, aplicable al transporte aéreo, más precisamente en el Código Aeronáutico (ley 17.585), encontramos algunas, muy pocas, normas relativas a la defensa del usuario. Así los arts. 113 a 115, se refieren a la prueba del contrato de transporte aéreo, el art. 116 y ss, al equipaje, el art. 139 y ss. a los daños causados y por último el art. 193 y ss a la contratación de seguros obligatorios.

De lo dicho se desprende que no se aplicarán al transporte aéreo, algunas importantes disposiciones de la ley 24.240, tales como art. 10 (contenido del documento de venta), art. 10 bis (incumplimiento de la obligación) y art. 40 (indemnización de daños).

Sin embargo, no encontramos ninguna disposición relativa a la obligación genérica de informar (art. 4º, ley 24.240) ni a la de brindar el servicio en las condiciones ofrecidas, publicitadas o convenidas (art. 19. ley 24.240) y lo que es más, tampoco encontramos disposiciones relativas a las sanciones que correspondan por incumplimiento de tales obligaciones, lo cual es perfectamente lógico. Podemos afirmar, entonces, que la subsidiariedad de la Ley de Defensa del Consumidor no exime al transportista aéreo de la obligación de informar ni de la de prestar el servicio en las condiciones pactadas, publicitadas o convenidas. Coincidentemente con ello, la doctrina ha dicho: *"en nuestra opinión son aplicables al transporte aéreo en forma principal y no supletoriamente, entre otros, los siguientes artículos de la ley 24.240: 3º a 80, 19 y 36 a 39. La legislación aplicable al transporte aéreo no ha otorgado a la*

Fracasada la estrategia de la exclusión, la lucha por la impunidad se intentó mediante la hermenéutica: se trató (y aún se trata) de torcer el texto de la ley para que todo siga igual. Algunos sostuvieron, con buena intención, que conforme al art.3º, ley 24.240, la Ley de Defensa del Consumidor no deroga el Código Civil sino que viene a integrarse con él.

Esto que por su obviedad no hubiera sido incluso necesario decirlo, dio pie a una desviación bastante grave. Cierto es que no existe en la Ley de Defensa del Consumidor ningún artículo que derogue *in tonum* el Código Civil para las relaciones de consumo; ello sería absurdo pues obligaría a la legislación consumerista a re-crear conceptos como el de capacidad, personas contratos, obligaciones, tipificación de contratos, etc. El Código Civil es la fuente en la que abreva todo el derecho privado y la Ley de Defensa del Consumidor no es la excepción. Este es el alcance del art. 3º y no debe irse más allá, pues no puede negarse que muchas instituciones del Código Civil se han visto radicalmente modificadas por el texto de la ley 24.240 (v.gr., oferta pública, garantía, responsabilidad, etc.).

Lamentablemente, la remanida frase según la cual la ley 24240 no deroga el Código Civil ha servido para que cierta jurisprudencia directamente la soslaye en el convencimiento de que "*Si la Ley de Defensa del Consumidor no deroga el Código Civil, en caso de contradicción ha de aplicarse aquél y no ésta*".

autoridad aeronáutica competencia expresa o razonablemente implícita, para sancionar el incumplimiento del deber genérico de información ni el incumplimiento del servicio en las condiciones pactadas, ofrecidas o publicitadas, lo cual era previsible pues no se entiende cómo podría otorgar atribución para sancionar infracciones que ella no regula. Por el contrario, la ley 24.240, otorga expresa competencia a las autoridades de aplicación nacionales o provinciales según su respectiva jurisdicción. C. Fed. Tucumán, 10/9/2004, "López, Carlos Eduardo v. Lloyd Aéreo Boliviano", expte. 43342, LLNOA, año 9, nro. 4, mayo de 2005.

Cabría preguntarse: ¿cómo se llega a tal aberrante hermenéutica cuando la ley 24.240 manda interpretar a favor del consumidor?

La regla hermenéutica "*in dubio pro...*" no es ni nueva ni propia del derecho del consumo y constituye un mandato del legislador para que, frente a la posibilidad de aplicar dos normas distintas o realizar dos interpretaciones diferentes de la misma norma, se adopte la solución más acorde a la particular finalidad perseguida. Lamentablemente, el "*in dubio pro*" suele servir como disposición válvula para que los jueces interpreten según mejor les plazca y ello mediante un ardid intelectual bastante burdo de "*como no dudo, no tengo que seguir ninguna regla particular de hermenéutica distinta a la habitual*". Es claro que la norma se refiere a una duda objetiva y no a la mera disyuntiva individual. El principio *in dubio pro consumidor* exige que ante la razonable posibilidad de aplicar textos legales distintos o de realizar dos o más hermenéuticas diferentes habrá que adoptar la que sea más favorable al consumidor independientemente de la convicción individual ideológica del juzgador respecto a la conveniencia o no de la solución obtenida.

Dicho lo precedente, debemos dejar en claro que interpretamos el art. 50 adecuándonos a su letra y conforme al particular espíritu tutelar de la Ley de Defensa del Consumidor declarados en los arts. 1º y 3º, sin amedrentarnos frente a sus postulados por más novedosos que sean, procurando siempre la solución más favorable al consumidor.

1. Acciones comprendidas.

La estrategia de exclusión, vía hermenéutica, fue particularmente intensiva respecto al art.50 y no es de extrañar, pues la proliferación de causales de interrupción tornan a la acción de consumo en, prácticamente, imprescriptible, sobre todo para aquellos proveedores transgresores recalcitrantes que han hecho del

abuso un negocio frecuente y que son los que más empeño pusieron a la tarea.

Dos argumentos, que desde ya rechazamos, se invocaron con denodada insistencia. Analicémoslos:

1.1. La supuesta limitación a las acciones administrativas.

En la revista La Ley del 14 de noviembre de 2005, los Drs. Rubén Stiglitz y Maria Fabiana Compiani publicaron un artículo titulado "*El plazo de prescripción en las acciones de seguro*".⁵⁶ Allí comentan (en disenso parcial) un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán afirmando que la prescripción trienal del art. 50, ley 24.240, se aplica sólo a las acciones administrativas que instaure el consumidor mas no así a las judiciales que conservarían los plazos del Código Civil, Código de Comercio, Ley de Seguros, etc. y, lo que es más grave, idénticas causales de interrupción.

1.1.1. Fundamentos.

Sus argumentos sintéticamente son los siguientes:

a) Si el legislador hubiera querido establecer un plazo para las acciones judiciales, lo habría hecho en el capítulo XIII, que es donde se regula el trámite judicial y no en el XII, referido exclusivamente al trámite administrativo. El art. 50 se encuentra en el capítulo XII, en consecuencia se debe entender sólo comprensivo de las acciones administrativas.

⁵⁶ En realidad, la teoría ya había sido expuesta con anterioridad por el Dr. Rubén Stiglitz en STIGLITZ, R. S. - STIGLITZ, G. A., Derechos y defensa del consumidor, La Rocca, Buenos Aires, 1994, ps. 393 y ss.

b) Cuando el art. 52, que encabeza el capítulo XII, dice: "*Sin perjuicio de lo expuesto, el consumidor y usuario podrán iniciar las acciones judiciales...*" estaría diferenciando tajantemente las acciones administrativas (previstas en el capítulo anterior) de las acciones judiciales (reguladas a continuación)

c) El art. 50 establece que la prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones. Esto vendría a ratificar que el plazo de prescripción está referido a las sanciones motivadas en anteriores infracciones administrativas y que, por lo tanto, las acciones aludidas son las administrativas y no las judiciales.

d) en el contrato de seguros, la 24.240 es ley general mientras que la Ley de Seguros es especial y debe aplicarse prioritariamente por el principio de especialidad.

1.1.2 Nuestro disenso.

Nuestro disenso es absoluto y se basa en los siguientes argumentos:

a) El art. 3° de la ley 24.240 manda interpretar en el sentido más favorable al consumidor. Ya dijimos que para que proceda el principio *in dubio pro consumidor* es irrelevante que el intérprete tenga o no disquisiciones individuales pues la duda a la que alude la ley es de naturaleza objetiva, sólo requiere que del texto puedan surgir, razonablemente, hermenéuticas divergentes. Nadie podría admitir que la única exégesis viable o posible sea la de Stiglitz y Compiani; basta advertir que la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia se expiden en sentido contrario y entienden que el art. 50, ley 24.240, refiere no sólo a acciones administrativas sino también a las judiciales. Esta mera contradicción de opiniones obliga a anali-

zar cuál de ellas es la más conveniente para el consumidor, pues según cuál sea el resultado será la hermenéutica aplicable.

Es cierto que el plazo trienal a simple vista parece demasiado exiguo pues reduce el previsto por el Código Civil para algunas de las acciones que podría intentar el consumidor (v.gr., responsabilidad contractual), pero en otros provoca una notoria prórroga (v.gr., evicción, responsabilidad extracontractual, cumplimiento de contrato de seguros, etc.). No cabe duda entonces que para este segundo grupo, la interpretación más favorable al consumidor es considerarlas incluidas en el art. 50 de la ley 24.240. En síntesis, podríamos dudar que la prescripción trienal beneficie al consumidor que intenta una acción de responsabilidad contractual más no respecto a las de evicción, garantía, responsabilidad extracontractual, contrato de seguros, etcétera.

Sin perjuicio de lo dicho, el verdadero beneficio para el consumidor no lo encontramos en la primera parte del art. 50 sino en la segunda pues se prevén causales de interrupción del curso mucho más prolíficas que las del Código Civil. Adviértase que entre ellas se encuentran no sólo la interposición de demandas sino la iniciación de cualquier actuación judicial así como también las actuaciones administrativas y la comisión de una nueva infracción aun cuando afecte a otro consumidor. Consecuencia de lo expuesto es que, en la práctica, será mucho más difícil que prescriba una acción de consumo aunque su plazo sea más reducido. Casi podríamos afirmar que las acciones de consumo se tornan imprescriptibles independientemente del plazo legal.

Interpretado de esta forma, es seguro que al consumidor le conviene se incluyan en el art. 50 de la ley 24.240 no sólo a las acciones administrativas sino también las judiciales, siendo esto suficiente para rechazar la propuesta de Stiglitz y Compiani pero por la perniciosa costumbre de soslayar el mandato legislativo de *in dubio pro...*, podríamos encontrarlos con alguien que, estando absoluta-

mente convencido de la razonabilidad de dicha teoría, se sienta tentado a aplicarla por la sola circunstancia de su convencimiento subjetivo. Conviene entonces seguir analizando la cuestión.

b) El primer argumento que utilizan los eximios doctrinarios cuya teoría analizamos se basa en una cuestión metodológica. Dicen, recordemos, que el capítulo XII de la ley 24.240 refiere al procedimiento administrativo mientras que es en el capítulo XIII donde se trata de las acciones judiciales y deducen que si el legislador hubiera querido establecer un plazo de prescripción para las acciones judiciales, lo habría hecho en el capítulo XIII y no en el XII.

No creemos que una cuestión meramente metodológica sea suficiente para hacer decir a la ley lo que no dice ni para excluir de su ámbito lo que no excluye. ¿El legislador ha cometido un error de método? Tanto da, podemos criticarlo en cuanta oportunidad se nos presente pero no por ello torcer el texto de la norma.

En lo particular, no creemos que el legislador haya cometido un error metodológico ni que éste sirva para afirmar que el art. 50, ley 24.240, alude exclusivamente a las acciones administrativas excluyendo a las judiciales.

Concedánme por un momento, los Drs. Stiglitz y Compiani, sostener la hipótesis según la cual el legislador ha querido regular tanto la prescripción de las acciones judiciales como la de las administrativas fijando un mismo plazo e idénticas causales de interrupción para ambas. ¿Qué debía hacer? ¿Debía utilizar dos artículos distintos? O, por el contrario, ¿podría incluir ambos subtipos en un mismo texto? La elaboración de dos artículos diferentes para imputar idénticas consecuencias a dos subtipos de acciones nos parece una proliferación inútil contraria a la necesaria economía legislativa. ¿Para qué poner en dos artículos lo que se puede decir en uno solo? ¿No sería ello también un grave error de método?

Pensamos que sí, que lo correcto es incluir en un mismo artículo todos los subtipos de acciones a los que atribuye idénticas consecuencias. Ahora bien, ¿dónde hubiera debido introducir al artículo?

Podría hacerlo tanto en el capítulo XII como en el XIII, cualquiera de las dos opciones habría tenido los mismos inconvenientes. Si lo coloca en el capítulo XII alguien podría considerar excluidas las acciones judiciales (como de hecho ocurrió), si lo coloca en el capítulo XIII, con iguales fundamentos se habrían considerado excluidas las acciones administrativas. Concluimos que la elección de uno u otro capítulo resulta irrelevante a los efectos hermenéuticos pues tanto si se hubiera querido excluir como incluir las acciones judiciales, igualmente se habría podido insertar el art. 50 en el cap. XII. Dicho de otra forma, si el art. 50 se colocó dentro del capítulo XII, este solo hecho no nos autoriza a afirmar que se pretendió excluir de su ámbito a las acciones judiciales como tampoco podríamos afirmar la exclusión de las acciones administrativas si se hubiera introducido en el capítulo XIII.

En definitiva, los distintos capítulos en los cuales se estructura una ley no han de ser tenidos por compartimentos estancos, son parte de un todo y si bien pueden referirse principalmente a una determinada institución, nada obsta a que regulen también aspectos de otra cuando razones de economía legislativa aconsejen el tratamiento promiscuo de dos subtipos (acciones administrativas y judiciales) con idénticas consecuencias.

La hermenéutica que hacen los Drs. Stiglitz y Compiani del art. 50 transgrede una inveterada regla en la materia, pues donde la ley no distingue tampoco debe distinguir el intérprete. El legislador, en el art. 50, ley 24.240, habla de "*acciones*" sin ningún aditamento, esto lleva a entender comprendidas todas las especies de acciones y limitarnos a algunas de ellas sería interpretar *contra legem*.

Otra regla hermenéutica de vieja data indica que no puede presumirse inadvertencia en el legislador ni suponer que ha cometido errores semánticos. Si el legislador hubiera querido limitar el art. 50 a las acciones administrativas, bien hubiera podido hacerlo colocando a la par de la palabra "*acciones*", el calificativo de "*administrativas*". Si no lo hizo, debemos forzosamente considerar que quiso referirse a todas ellas.

Abona lo expuesto la circunstancia de que en otras partes de la ley el legislador ha distinguido con total claridad y precisión las acciones judiciales de las administrativas. Veamos algunos ejemplos:

En el art. 53 (texto vetado parcialmente), el legislador disponía la gratuidad del trámite pero sólo para las acciones judiciales y no así para las administrativas, diciéndolo con total claridad pues se refiere a "*actuaciones judiciales*".

En el art. 47, la ley establece que el consumidor que actúa maliciosamente es pasible de las mismas sanciones que se le aplicarían al proveedor pero limita esta consecuencia exclusivamente a las acciones administrativas y no utiliza el término "*acciones administrativas*" ni "*acciones*" a secas sino que habla de "*denuncias*".

Para nosotros queda claro que, cuando el legislador quiere referirse a las acciones administrativas. Habla de "*denuncias*" o "*actuaciones administrativas*" y que cuando quiere referirse a las acciones judiciales dice "*acciones judiciales*" mientras que para aludir a ambas dice simplemente "*acciones*".

Nada hay entonces en el texto legal que nos permita presumir, tal como lo hacen Stiglitz y Compiani, que en el art.50 el legislador ha querido limitar el concepto de acciones a las administrativas.

c) Otro de los argumentos utilizados por la prestigiosa doctrina cuyos postulados analizamos radica en una interpretación bastante original de la frase con que comienza el capítulo XIII y que dice: “*sin perjuicio de lo expuesto el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales...*” Según Stiglitz y Compiani, esto evidencia la intención del legislador de diferenciar las acciones judiciales que se tratan en el capítulo XIII de las acciones administrativas reguladas en el capítulo XII. Dicho de otra forma, sería esa frase la que convertiría a ambos capítulos de la ley en compartimentos estancos sin posibilidad de intercomunicación alguna de manera tal que las disposiciones del capítulo XII no podrían tener aplicación a las instituciones reguladas por el capítulo XIII (acciones judiciales) ni a la inversa.

Consideramos que la interpretación semántica es justamente la opuesta.

Cuando el legislador dice “*sin perjuicio de lo expuesto el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales...*”, está significando que los artículos subsiguientes no alteran ni perjudican lo expuesto en los párrafos anteriores. La mencionada frase, lejos de crear una división o hiatos insalvables entre ambos capítulos, constituye un nexo de unión, es el indispensable canal de comunicación entre ambos capítulos, la vía que permite la aplicación recíproca de lo dispuesto en ambas partes que en definitiva sólo son apartados de una misma norma.

El texto bien podría entenderse de la siguiente forma: “*sin perjuicio del plazo de prescripción contenido en el capítulo anterior, el consumidor podrá iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados*”.

Si ambos capítulos fueran compartimentos estancos, como parece entender la doctrina que venimos analizando, sería imposible, por ejemplo, aplicar el art.53 a las acciones administrativas. El art. 53 dispone que “*Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley re-*

presentando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder...”. Recordemos que el art.53 se encuentra en el capítulo XIII, destinado a regular las acciones judiciales. Resultaría entonces que el consumidor podría otorgar mandato por acta poder simple para hacerse representar en juicio pero que si quiere concurrir a sede administrativa necesitaría indispensablemente escritura pública ya que no hay en el capítulo XII una norma análoga. Nos parece que esta solución carecería completamente de racionalidad: parece absurdo exigir escritura pública en sede administrativa y carta poder simple en sede judicial. De hecho, es frecuente que la autoridad administrativa acepte acreditar personería por carta poder simple sin objetar en qué capítulo de la ley se encuentra el art.53.

Consideramos entonces que entre el capítulo XII y el capítulo XIII existe una fluida intercomunicación, de manera tal que lo dispuesto en uno tiene aplicación a las instituciones reguladas en el otro, salvo que el legislador expresamente hubiera vedado esta posibilidad o que ella se torne irrazonable por la naturaleza de las circunstancias. No olvidemos que cuando el legislador quiere que una disposición sólo se aplique al trámite administrativo o al judicial lo dice con términos claros e inequívocos. Así, es obvio que el art.48 sólo se aplica al ámbito administrativo pues el legislador habla de “*denuncias*” presentadas ante la autoridad administrativa. Coincidentemente ha limitado el beneficio de gratuidad a las acciones judiciales y por eso ha utilizado el término “*actuaciones judiciales*”. Si ambos capítulos fueran universos separados no hubieran sido necesarias estas previsiones.

En síntesis, cuando la ley dice, al comenzar el capítulo XIII, “*sin perjuicio de lo expuesto el consumidor y usuario podrá iniciar acciones judiciales...*”, no está creando dos zonas autónomas sino que, contrariamente a lo que sostienen Stiglitz y Compiani, ha querido dejar en claro la interrelación entre ambas.

d) Por último, Stiglitz y Compiani sostienen que cuando el artículo 50 última parte declara como causal de interrupción la comisión de nuevas infracciones, ratificaría así que el plazo de prescripción está referido a las sanciones motivadas en anteriores infracciones, es decir, a acciones administrativas.

Parecería ser que los destacados doctrinarios entienden que las infracciones a la ley 24.240 sólo pueden dar lugar a sanciones administrativas y ello no es así. La infracción a la ley 24.240 puede motivar una denuncia administrativa, una demanda judicial o ambas conjuntamente. Veamos algunos ejemplos.

La violación al deber de información contenido en el art. 4º, ley 24.240, es una infracción; de ello no pueden caber dudas, ahora bien, esta infracción puede motivar una denuncia ante la autoridad de aplicación pero también una demanda judicial del consumidor perjudicado para que se le brinde la información retaceada o se declare la nulidad del contrato (art.37, ley 24.240).

La violación a la obligación de seguridad contenida en el art. 5º puede dar lugar a una denuncia administrativa, a una acción judicial colectiva tendiente a que se suspenda el servicio o la provisión de productos riesgosos y una acción judicial individual de indemnización incoada por el consumidor perjudicado, la cual encontrará uno de sus presupuestos básicos (la antijuridicidad) justamente en la infracción mencionada.

La violación de la oferta publicitaria (arts.7º y 8º) constituye infracción de la ley y puede ser causal de denuncia administrativa pero nada obsta a que el consumidor inicie una demanda judicial tendiente a que se cumpla con lo ofrecido habida cuenta de que la oferta publicitaria obliga como si estuviera incluida en el contrato.

Los ejemplos podrían continuar pues son casi tantos como artículos tiene la ley, pero en rigor de brevedad nos quedamos con los mencionados.

En síntesis, el término “*infracción de la ley*” no dice necesariamente relación a las actuaciones administrativas sino que por el contrario pueden originar tanto una actuación administrativa como una acción judicial.

Sin perjuicio de lo dicho, es la última causal de interrupción contenida en la ley donde se echa por tierra el argumento de Stiglitz y Compiani. Específicamente el art.50 dice que el curso de la prescripción se interrumpirá también por el inicio de actuaciones judiciales. La interrupción por inicio de demanda es propia de las acciones judiciales, no de las acciones administrativas.

Haciendo entonces un paralelismo con lo que dice Stiglitz y Compiani, si al enumerar entre las causales interruptivas la comisión de nuevas infracciones evidenciaría que el artículo se refiere a acciones administrativas, con igual certeza se debería decir que al enumerar el inicio de actuaciones judiciales el artículo evidenciaría la inclusión de las acciones judiciales, lo cual ellos niegan. La teoría analizada devendría así contradictoria.

Concluimos que el art. 50 establece un plazo de prescripción y unas causales de interrupción que se aplican tanto para las acciones judiciales como a las administrativas.

e) Sin perjuicio de lo que diremos más tarde al analizar el fallo de la Corte Sup. Just. Tucumán, sala Civil y penal, en autos caratulados “Cortés, Imer G. v. La Caja Cía. De Seguros”, de fecha 13/8/2004, debemos declarar nuestro disenso de la postura según la cual frente a un contrato de seguros la ley 24.240 es ley general y la Ley de seguros, ley especial, fundamentalmente porque la Ley de defensa del Consumidor no se aplica a todos los contratos de segu-

ros sino sólo a algunos, es decir, aquellos que conforman una relación de acuerdo con las tipificaciones que hacen los arts. 1º y 2º de la ley 24.240.

Veamos ahora si la mayoría de los autores coinciden con la postura de Stiglitz y Compiani: Horacio Bersten⁵⁷: *“Coincidimos con las opiniones que el plazo de prescripción liberatoria del art. 50 está referido tanto a las acciones judiciales como a las administrativas. Es cierto que la ubicación del artículo no coincide con la denominación del capítulo, pero el mismo reparo podría hacerse respecto de la utilizada para encabezar el título II de la ley (Autoridad de Aplicación, Procedimientos y Sanciones), donde se encuentran ubicados capítulos con normas dedicadas al procedimiento administrativo, al judicial, a las asociaciones de consumidores, etc. En todo caso existe un defecto en la técnica legislativa. Pero la cuestión respecto al acierto o desacierto de la ubicación del art. 50 dentro de la estructura de la ley, no puede hacernos perder de vista que el texto es claro y no admite segundas lecturas”*.

Juan Farina⁵⁸ *“Cabe señalar que el art. 50 se refiere tanto a la prescripción de los procedimientos administrativos regulados en el cap. XII como a la prescripción de las acciones judiciales, que constituye el contenido del cap. XIII”*.

Oswaldo Goazini⁵⁹: *“Para resolver el problema se extiende el plazo de tres (3) años a las actuaciones emergentes de esta ley, estimando que la inteligencia de la norma se aplica a todas las acciones y no sólo a las que se regulan en el capítulo XII”*.

⁵⁷ BERSTEN, Horacio, Derecho procesal del consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2003, p.364.

⁵⁸ FARINA, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, 2da. ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2000, p.470.

⁵⁹ GOAZINI, Oswaldo A., Protección procesal del usuario y consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p.367.

Ricardo Lorenzetti⁶⁰: “El art. 50 dispone que las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán por el término de tres años...la ley se refiere a las acciones en general, por lo que deben considerarse incluidas:- Las acciones emergentes del incumplimiento contractual, y la integración del contrato (art.37). -Las acciones por daño fundadas en los arts.5º y 6º”.

De esta rápida lectura se desprende que los Drs. Stiglitz y Compiani se encuentran felizmente solos en su teoría.

1.2. La supuesta limitación a las acciones originales contenidas en la ley 24.240.

Una segunda cuestión que genera opiniones encontradas es la relativa a cuáles son las acciones judiciales que deben considerarse incluidas en el plazo de prescripción del art.50 en virtud de que éste limita su ámbito a las “*emergentes de la presente ley*”. La situación parecería complicarse a partir de la reforma de nuestra Constitución Nacional pues el art.42º introduce el concepto de “*relación de consumo*”. Esto abre un marco de posibilidades de distinta amplitud a los efectos de determinar un criterio que nos permita decidir si una acción dada se encuentra o no comprendida. Veamos cuáles son esas posibilidades.

1.2.1. Teoría de las acciones novedosas.

Según esta hipótesis, sólo son “*emergente de la ley*” aquellas acciones novedosas, incluidas en la ley 24.240 y que no tengan una regulación en el derecho común, por ejemplo, acción de nulidad de cláusula abusiva, acción por incumplimiento de la oferta a personas

⁶⁰ LORENZETTI, Ricardo L., en MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo L., Defensa del consumidor, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, p.378.

indeterminada, acción de integración del contrato con las pautas publicitarias, acción por violación al deber de información, etcétera.

Consideramos que esta acción reduce injustificadamente el ámbito de aplicación del art. 50. “*Emergentes*” no es sinónimo de “*originarias*”. Emerger significa salir a la superficie, aparecer, hacerse visible, cobrar notoriedad, evidenciarse. Sólo emerge lo que previamente existe. Si el legislador hubiera querido decir que el plazo de prescripción del art. 50 se aplicara únicamente a las acciones originales contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, hubiera usado otros términos tales como “*creadas*”, “*originadas*”, “*generadas*”, etcétera.

Dicho lo precedente encontramos que son muy pocas (o ninguna) las acciones originarias de la Ley de Defensa del consumidor pero son muchas las que surgen o “*emergen*” de su texto.

La acción de cumplimiento contractual, por ejemplo, no puede decirse que sea originaria de la ley 24.240 ya que está prevista en el Código Civil para todo supuesto de incumplimiento contractual; sin embargo, “*emerge*” del art. 10 bis, ley 24.240.

Otro tanto corresponde decir de las acciones de daño por responsabilidad contractual o extracontractual, también prevista en el Código Civil y emergente de distintos artículos de la ley 24.240, en especial el art.40.

Existe un deber genérico de seguridad que se desprende de distintas normas del Código Civil; su violación da lugar a las respectivas acciones y bajo ningún punto de vista podría pensarse que ellas son originarias de la Ley de Defensa del Consumidor; sin embargo, cuando un consumidor accione contra un proveedor por incumplimiento del deber genérico de seguridad, nadie puede dudar que esa acción resulta “*emergente*” de lo dispuesto en el art. 50 de dicha norma.

La acción por vicios redhibitorios surge del art. 2176 del Código Civil; sin embargo, cuando un consumidor demanda a un proveedor por los vicios oculto de la cosa comprada, esa acción “*emerge*” de lo dispuesto en el art.18 de la ley 24.240.

Encontramos que no puede limitarse el ámbito de aplicación del art. 50 sólo a aquellas acciones que sean originarias de la ley, pues sería reducirlo prácticamente a ninguna.

1.2.2. Teoría de los derechos expresamente declarados.

Se consideraran acciones emergentes de la ley todas aquellas acciones tendientes a hacer valer en juicio los derechos del consumidor reconocidos expresamente en la ley 24.240.

Esta segunda postura viene a ampliar el ámbito de aplicación del art. 50. Resulta un indiscutible avance respecto a la anterior, pero tampoco lo consideramos suficiente.

La ley 24.240 se integra con el derecho en general y en especial con las leyes de Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial (art. 3º, ley 24.240). El ámbito de derechos subjetivos que el régimen jurídico reconoce al consumidor en cuanto tal no se limita a lo dispuesto por la ley 24.240; dicho de otra forma, existen derechos subjetivos contemplados en otras normas que también integran el sistema protectorio del consumidor. Veamos algunos ejemplos:

El consumidor tiene derecho a que su tarjeta de crédito no le cobre un interés punitivo superior al 50% del compensatorio (art.18, ley 25.065). La ley de Defensa del Consumidor no establece intereses máximos, sin embargo, en virtud de la integración dispuesta por el art.3º, la respectiva acción de reducción que se puede in-

tentar contra el emisor de la tarjeta de crédito debe considerarse también “emergente” de la ley 24.240.

La acción judicial de impugnación de resúmenes de tarjeta de crédito no surge de la ley 24.240 sino del art. 29 de la ley 25.065; sin embargo, en virtud del mismo principio integrador que mencionáramos anteriormente debe considerarse a esta acción como “*emergente*” de la Ley de defensa del Consumidor.

El Reglamento General del Servicio Básico Telefónico de Telecom reconoce en el art. 10º el derecho del cliente a una indemnización cuando sus datos fueran registrados incorrectamente. Si el cliente es a la vez consumidor, es decir, si el servicio telefónico no está destinado a procesos de transformación, comercialización de bienes o prestaciones de servicios a terceros, la acción para reclamar la indemnización aludida será una acción de consumo aunque no surja expresamente de la ley 24.240 sino por vía de la remisión que hace el art. 50.

Lo mismo corresponde decir del derecho de rescisión unilateral incausada que prevé el mismo reglamento citado. La acción para demandar en defensa de este derecho no surge de la ley 24.240, sin embargo, será una acción de consumo siempre que el cliente telefónico sea a la vez usuario conforme a los parámetros de la Ley de Defensa del Consumidor.

El art. 26 de la ley 20.091 establece que la prima de seguro no puede exceder los límites máximos fijados por la autoridad de contralor. Si esto no se respetara, es decir, si la aseguradora cobrara primas en exceso de dicho límite, el asegurado tendrá derecho a reclamar reducción. Ahora bien, si el asegurado es a la vez consumidor debido a que el bien asegurado no está destinado a la producción, transformación o comercialización de productos o prestación de servicios a terceros, la acción de reducción será una acción de consumo.

La Ley de lealtad Comercial exige que los sorteos destinados a promover las ventas sean sin obligación de compra; cuando esto se hubiera violado, el consumidor tendrá derecho a accionar judicialmente para que se le permita participar del sorteo o en forma colectiva, a través de las organizaciones respectivas, para que obligue al proveedor a reestructurar la operatoria del sorteo permitiendo la participación de todos; ambas acciones (la individual y la colectiva) deben considerarse acciones de consumo aunque no surjan expresamente de la ley 24.240 sino de la remisión que ésta hace en el art. 3°.

La Ley de Defensa del Consumidor no establece el básico de prestaciones que deben cumplir las empresas de medicina prepagas, tal tarea le corresponde al llamado Plan Médico Obligatorio; sin embargo, la acción de cumplimiento será una acción de consumo siempre que se den, claro está, los presupuestos del arts. 1° y 2° de la mencionada norma.

Los ejemplos pueden extenderse hasta el agotamiento, lo importante es advertir que los derechos del consumidor no se encuentran regulados sólo en la Ley de Defensa del Consumidor sino que surgen de toda la legislación referida a una relación que pueda ser calificada como de consumo y siempre que se den los presupuestos para tal calificación. Volveremos más adelante sobre este tema.

1.2.3. Teoría de la relación de consumo.

Según esta hipótesis, son emergentes de la ley 24.240 aquellas acciones que el consumidor pueda incoar contra el proveedor, resultantes de una relación de consumo, aun cuando el derecho que se pretenda hacer valer no esté consagrado expresamente en la ley 24.240.

Creemos que esta es la interpretación que manda hacer el art. 3º de la ley 24.240 y estamos obligados a tratar, aunque más no sea someramente, la noción de relación de consumo que introduce nuestra Constitución Nacional y que podemos definirla como *“La relación jurídica patrimonial manifestada en el ámbito del mercado y que vincula directa o indirectamente a una parte fuerte por su profesionalidad o experiencia en el objeto y circunstancias de la relación, con otras que es débil por ser profana”*. En el caso de nuestro derecho nacional y debido al texto del art.2º, ley 24.240, debemos excluir de esta definición, por razones que no vienen al caso tratar acá, a la relación que se produce entre el profesional universitario con matrícula otorgada por colegio profesional reconocido oficialmente y su cliente, salvo en lo atinente a la publicidad que aquéllos hagan de su servicio.⁶¹

Por otro lado, hay que aclarar que la fortaleza de una parte y la debilidad de la otra se presumen *iure et de iure* en los casos previstos por la ley, de forma tal que no cabe analizar, en el caso concreto, si el consumidor es efectivamente débil o el proveedor es efectivamente fuerte, basta con que uno y otro encuadren en la tipificación de consumidor y proveedor que hace la ley para que se los consideres tales.

Con la salvedad mencionada se considerará que hay reacción de consumo siempre que encontremos una relación jurídica que se encuadre dentro de la definición señalada.

De lo dicho se desprende que la relación de consumo contempla una serie de relaciones patrimoniales específicas no detalladas en la ley 24.240 pero abarcadas por ella. No es éste el ámbito propicio para analizar el concepto de consumidor y proveedor,

⁶¹ A este respecto debemos recordar que existe un proyecto de modificación a la LDC que ya cuenta con sanción en Diputados y según el cual se extendería la tutela al cliente o paciente de un profesional universitario.

sintéticamente y sin perjuicio de las particularidades necesarias, debemos decir que ellos han sido definidos en los arts. 1º y 2º de la LDC a los cuales remitimos.

La Ley de Defensa del Consumidor tiene por finalidad la defensa del consumidor y el legislador se ha encargado de dejar en claro esta tésis desde el primer párrafo del art.1º, paralelamente, el último párrafo del art.3º manda a interpretar tanto la Ley de Defensa del Consumidor como el resto del derecho aplicable en el sentido más favorable al sujeto que pretende tutelar. Por su parte, el primer párrafo del art. 3º dice que la ley se integra con todo el derecho aplicable, en particular con las leyes de Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial.

Cierta doctrina ha entendido, equivocadamente, según nosotros, que si la ley se integra con todo el derecho vigente es porque no deroga ninguna de las disposiciones existentes derivadas del sistema jurídico en general.

Esta exégesis es imposible. Si el legislador ha decidido dictar una nueva norma es porque considera que la aplicación del derecho vigente hasta este momento no permitía alcanzar el nivel de justicia necesario. Dicho de otra forma, si una ley nueva no modifica la anterior, ¿para qué dictarla? ¿No sería mejor dejar las cosas como estaban?

Cuando el art.3º dice que la ley se integra con el resto del derecho, debe interpretarse lo siguiente: la Ley de Defensa del Consumidor tiene por finalidad defender al consumidor, pero no todos los derechos subjetivos de este sujeto derivan directamente de la ley 24.240; el consumidor en la relación de consumo, tiene también otros derechos subjetivos reconocidos por el ordenamiento jurídico en general, que si bien no contempla específicamente la figura del consumidor, protege de cierta forma al débil.

De lo dicho se desprende que la integración a la que hace referencia el art. 3º debe interpretarse de la siguiente forma: los derechos que la ley reconoce al consumidor no pueden considerarse como excluyentes o derogatorios de otros derechos subjetivos reconocidos por otras normas de forma tal que si un consumidor determinado en una determinada relación de consumo tiene derechos subjetivos no expresamente reconocidos por la ley 24.240 sino derivados de otras disposiciones, igualmente puede hacerlos valer con las características, privilegios y beneficios previstos por la Ley de defensa del Consumidor.

En síntesis, consideramos que toda acción que instaure un consumidor en su calidad de tal y derivada de una relación de consumo debe considerarse acción de consumo pues emerge de la ley respectiva, cualquiera sea la norma que reconoce el derecho violado y que se requiere hacer valer mediante el proceso judicial respectivo, todo ello en virtud de las siguientes consideraciones:

a) Ya dijimos que el art.50 con las causales de interrupción en él contenidas resulta conveniente para el consumidor; en consecuencia, estamos obligados a interpretarlo de forma tal que sea comprensivo del mayor número de acciones posibles con el único límite de no violar las reglas de la lógica ni transgredir la letra de la norma.

b) encontramos que las mayores disquisiciones derivan de la interpretación del término “*emergentes*” contenido en el art.50 al que cierta doctrina ha interpretado como sinónimo de “*originarios*”: ya nos hemos referido *ut supra* a lo erróneo de tal identificación y no vamos a volver sobre lo mismo. Ahora bien, si no podemos identificar “*emergente*” con “*originaria*”, ¿qué habremos de entender por la expresión “*acciones emergentes*” contenidas en el artr.50?

La Ley de Defensa del Consumidor, al igual que muchas de las leyes que regulan relaciones jurídicas privadas, reconoce dere-

chos y crea obligaciones, esos derechos habilitan a su titular para acudir judicialmente en su defensa, confieren acción; sin embargo, la ley raramente se refiere a esta circunstancia a la que da por su- puesta. Así, por ejemplo, cuando la ley reconoce el derecho de re- tractarse en la compra domiciliaria, el derecho a ser informado, el derecho a la eficiencia de un producto o servicio, no dice paralela- mente que el titular puede hacerlo valer judicialmente, eso va de suyo, está sobrentendido y no precisa de mención expresa. Es así, que no encontramos en la ley una lista de cuáles son las acciones que corresponden al consumidor sino simplemente derechos que habilitan a su titular para hacerlos valer judicialmente. Concluimos en- tonces que deben considerarse acciones emergentes de la ley, todas aquellas que son necesarias para hacer valer los derechos en ella reconocidos y para exigir el cumplimiento de las obligaciones por ella creadas.

Lo hasta aquí expuesto debería hacernos coincidir con aquella teoría según la cual deben considerarse acciones emergentes de la Ley de defensa del Consumidor aquellas tendientes a hacer valer exclusivamente los derechos que dicha norma reconoce al consumidor, con prescindencia de cualquier otro derivado de nor- mas distintas, pero hay una circunstancia particular que nos lleva a ampliar aún más el ámbito de aplicación del art. 50: el carácter ex- pansionivo de la ley 24.240.

El art. 1º declara que la finalidad de la ley es la defensa del consumidor y a renglón seguido se encarga de caracterizar este su- jeto mediante las relaciones jurídicas de las cuales puede ser parte así como también por la finalidad con la cual se consume. Esto nos merece las siguientes reflexiones:

La finalidad de la ley es compartida por otras normas tales como los reglamentos de servicios públicos, disposiciones adminis- trativas de carácter general, art 42 de la Constitución Nacional, etcétera.

Por otro lado, existen leyes que si bien tienen una finalidad distinta, indirectamente defienden al consumidor: tal es el caso de la Ley de Defensa de la Competencia, cuya tésis es proteger la libre concurrencialidad pero indirectamente tutela al consumidor pues nadie podría afirmar que un mercado competitivo es más conveniente para éste. Igual reflexión cabe respecto de la Ley de Lealtad Comercial: su finalidad no es defender al consumidor sino lograr que las relaciones jurídicas derivadas del comercio tengan un marco de regularidad mínimo, que a su vez resulta conveniente para el consumidor.

También debemos recordar que las relaciones jurídicas contempladas en el art. 1º (compraventa de inmuebles, compraventa de muebles, locación de servicios, locación de obras, etc.) ya han sido objeto de regulación por el derecho en general (Código Civil y Código de Comercio, por ejemplo) aunque con prescindencia de quién es el contratante o cuál es la finalidad con la cual se contrata. De estas regulaciones derivarán derechos para ambas partes (incluido el comprador, que cuando lo hace con destino final y cumpliendo los requisitos de los arts. 1º y 2º, se denominará consumidor).

Si la Ley de Defensa del Consumidor derogase los derechos subjetivos que el consumidor tiene derivados de disposiciones “*extramuros*”, iría contra su finalidad declarada. En consecuencia habremos de entender que no lo hace, es decir que no deroga los demás derechos subjetivos que el consumidor pueda tener en una relación de consumo y que se deriven de otras normas.

Ahora bien, la Ley de Defensa del Consumidor no se limita a dejar subsistentes esos otros derechos subjetivos del consumidor derivados de normas distintas sino que además los incorpora expresamente a su ámbito en cuanto declara la integración con el resto del derecho vigente (art.3º).

Es importante destacar que el legislador hubiera podido solamente dejar subsistentes los derechos del consumidor derivados de otras normas, sin incorporarlos expresamente a su ámbito. Tal es lo que hubiera ocurrido si el art. 3° se limitara a consagrar el principio *in dubio pro consumidor* sin decir, como lo hace, que la norma se integra con el resto del derecho aplicable; si así hubiera sido, el bloque de disposiciones de la ley 24.240 sólo se habría aplicado a los derechos en ella reconocidos mientras que el resto seguiría regulado por sus propias leyes. Pero el legislador ha ido más allá, ha dispuesto la integración. ¿Para qué lo ha hecho si no es para que éstos puedan ser reclamados por la vía de conocimiento más abreviada; para que el mandato pueda ser acreditado mediante carta poder simple y para que el plazo de prescripción sea el previsto en el art.50?

Alguien podría entender que el segundo párrafo del art. 3° sólo implica la necesidad de que la ley 24.240 se interprete en forma armónica y coordinada con el resto de la legislación pero para eso nada hubiera dicho el legislador pues va de suyo, es obvio y no necesita declaración expresa. Recordemos, no nos es dado suponer que el legislador coloca en la ley expresiones sin sentido ni necesidad.

Concluimos entonces que deben considerarse “*emergentes de la ley*” todas aquellas acciones destinadas a actualizar los derechos del consumidor en la relación de consumo, ya sea que resulten expresamente reconocidos por la ley 24.240 o por las otras normas con que ésta se integra.

1.3. Análisis de la jurisprudencia.

En forma previa a analizar algunos fallos es necesario destacar que sólo trascienden a los anales de jurisprudencias las decisiones que niegan el plazo del art. 50 a ciertas acciones de consumo

mientras que los numerosos casos donde se aplica dicho plazo o aquellos supuestos en que el demandado, con igual inteligencia, se abstuvo de invocar un plazo distinto no constituyen “*noticia judicial*” y como tales quedan al margen de las publicaciones. Por eso las sentencias que estudiaremos a continuación no deben llevar al equívoco de pensar que ése es el criterio jurisprudencial generalizado sino más bien son rara avis, esperamos que en proceso de extinción.

1.3.1. C. Nac. Civ., sala In, 18/7/2003, “Sanz Soma M. v. Del Plata Propiedades SA y otros”, LL 2003-E-341/343.

La actora, compradora de un inmueble, demanda por evicción a la compañía vendedora; la sentencia de Cámara rechaza la pretensión por entender que la acción había prescrito en atención al plazo trimestral del Código Civil; la actora recurre en casación ante Corte Suprema de Justicia de la Nación argumentando que no se había considerado su invocación en el sentido de que se debía aplicar la ley 24.240. La Corte Sup. anula el fallo de Cámara y remite nuevamente la causa a otra sala, quien dicta sentencia definitiva declarando igualmente prescrita la acción.

a) Argumentos del fallo

Es inconveniente incluir a la compraventa inmobiliaria en la normativa de consumo pues estas disposiciones tienden a regular cuestiones de menor cuantía.⁶²

En el derecho comparado a veces se excluye a la compraventa inmobiliaria de la protección consumerista.⁶³

⁶² “... [Puede discutirse el acierto de la caracterización como consumidor del adquirente de bienes no consumibles o de un bien durable como lo son los inmuebles...”.

Considera que la inclusión de la compraventa inmobiliaria en la Ley de Defensa del Consumidor es “*un tanto particular*” (sic) y ello obliga a ser cauteloso a la hora de decidir la normativa aplicable⁶⁴.

Afirma que hay muchos artículos que (en su opinión) no pueden ser aplicados a la compraventa inmobiliaria, lo cual vendría a reforzar lo dicho anteriormente⁶⁵.

Sostiene que si bien el art. 1º califica de consumidor al comprador inmobiliario, no puede aplicársele el art. 18 pues éste se encuentra en el capítulo IV referido a “cosas muebles no consumibles”⁶⁶.

Concluye que a los contratos de consumo se le aplican numerosas disposiciones derivadas de la legislación general y en con-

⁶³ “Trátase en el caso de la compraventa de un inmueble. En la doctrina y en el derecho comparado no siempre tal tipo de operaciones se encuadra en la normativa aplicable a la protección del consumidor, a menudo dirigida a las relaciones jurídicas de menor cuantía económica...”.

⁶⁴ “Esta inclusión, un tanto particular, obliga a ser cauteloso al decidir qué normas son aplicables a los supuestos bajo juzgamiento, particularmente si se advierte que son numerosos los preceptos contenidos en la ley que en modo alguno puede considerarse tengan como finalidad reglar la compra venta inmobiliaria”.

⁶⁵ “...Como dije, no pocas disposiciones de la ley pueden considerarse totalmente ajenas a la compraventa inmobiliaria, de bodoque no pueden considerarse sustitutivas de las disposiciones pertinentes del Código Civil...”.

⁶⁶ “...Pero lo que ha de advertirse y resulta de particular relevancia, es que el art. 18 se encuentra incluido dentro de las disposiciones que integran el capítulo IV de la ley referido a ‘Cosas muebles no consumibles’, como claramente resulta también del art. 11 que lo integra, referido a la comercialización de muebles de consumo durable, del art. 12 referido al servicio técnico, el art 14, inc. e), que menciona el lugar de reparación (impensable para inmuebles otro que no fuese el de su situación), el art. 15, inc. d), que menciona la fecha de devolución de la cosa reparada al consumidor y el 17 sobre sustitución de la cosa no reparada satisfactoriamente. Está claro para mí, entonces, que las normas de la ley relativas a vicios redhibitorios no se encuentran referidas a la compraventa inmobiliaria, ni siquiera en el ámbito delimitado por su art. 1º, inc. c)...”.

secuencia no toda acción del consumidor perjudicado puede considerarse “*emergente*” de la ley 24.240⁶⁷.

Dice que las disposiciones de la ley son correctoras e integradoras de la legislación general y no sustitutiva de ésta.⁶⁸

b) Análisis de los argumentos del fallo

Consideramos, y es necesario decirlo, que estamos ante un fallo ideológico y voluntarista donde se parte del convencimiento dogmático de que la defensa del consumidor es para las cuestiones de menor cuantía, excluyendo así a la compraventa inmobiliaria. Disentimos de ello; la ley es clara e indudable cuando en el art. 1° extiende el concepto de consumidor al comprador de inmueble nuevo destinado a vivienda. La cuestión fue ampliamente debatida durante el trámite parlamentario⁶⁹, votándose por la inclusión decididamente y a conciencia. En consecuencia, mal que le pese al juzgador, es ley expresa y debe ser respetada.

La contundencia con que el tribunal afirma la inconveniencia de incluir a la compraventa inmobiliaria dentro de la Ley de Defensa del Consumidor, cuestión reservada al legislador y que

⁶⁷ “...Ante la subsistencia de disposiciones existentes en los Códigos Civil y Comercial para numerosos aspectos de los contratos de consumo incluidos en la ley, difícilmente pueda sostenerse que toda acción vinculada con ese tipo de contratos pueda reputarse emergente de la misma, por lo que entiendo que la acción intentada no puede considerarse tal en los términos de su art. 50, por lo que estimo inaplicable el plazo de prescripción de tres años que allí se establece...”.

⁶⁸ “...Así como la ley no contiene una regulación completa de los actos que puedan dar nacimiento a un contrato para consumo según sus previsiones, sino que trata de corregir y evitar los abusos a que podría dar lugar la aplicación de la legislación ordinaria general preexistente, sus normas son correctoras, complementarias o integradoras para el supuesto especial de tener que aplicarse al contrato para consumo y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos y demás legislación vigente...”.

⁶⁹ Revista *Antecedentes Parlamentarios*. Carlos J. Colombo (dir.). año I. nro. 1, noviembre de 1994, La Ley. Buenos Aires, 1994. ps. 76/78. 81 y ss.

como tal debería quedar al margen de cualquier decisión judicial, nos convence de que el principal argumento del fallo es una apreciación subjetiva del juzgador. Frente a este tipo de sentencias, las razones huelgan, el tribunal falló así porque quiso hacerlo, su decisión no dependió de una particular hermenéutica sino de un convencimiento ideológico. La cuestión podría discutirse en el ámbito en que el tribunal lo colocó, es decir, el ideológico, y tendríamos allí también demasiados argumentos para rebatirla pero ello sería propio de una obra política más que netamente jurídica. Sin embargo, consideramos imperioso continuar con el análisis de la sentencia para tratar de evitar que el equívoco haga costumbre judicial.

Es grave error identificar relación de consumo con cuestiones de menor cuantía; la defensa del consumidor no encuentra su justificativo en el valor patrimonial de las relaciones abarcadas sino en la tremenda desigualdad que hay entre un profano y un especialista al momento de negociar en *el* campo propio de la especialidad de este último. Esta desigualdad se produce con independencia del monto, pues, en definitiva, ni la menor cuantía aumenta la desigualdad ni la mayor cuantía la disminuye.

Se afirma que la mayoría del derecho comparado excluye al comprador inmobiliario de la protección consumerista pero no sabemos en realidad a qué países se refiere pues no lo dicen. Hemos indagado al respecto y encontramos que la Directiva Comunitaria 94/1947 CE extiende la protección propia del consumo al adquirente de tiempo compartido; España⁷⁰ incluye expresamente dentro del concepto de consumidor al adquirente inmobiliario

⁷⁰ En España, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios define al consumidor como “...Persona físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Francia, Dinamarca, Suecia⁷¹, Portugal⁷², Suiza y Malta⁷³ no excluyen al comprador inmobiliario del concepto de consumidor; en América, Brasil⁷⁴, El Salvador⁷⁵, Uruguay, Paraguay⁷⁶, Chile⁷⁷, Perú⁷⁸, Ecuador⁷⁹, Costa Rica⁸⁰, Venezuela⁸¹ y la Ley Sobre la Pro-

⁷¹ La ley sueca define al consumidor diciendo que es: “*Persona privada que compra a un comerciante una mercadería principalmente destinada a su uso privado, y que, es vendida en el marco de la actividad profesional del comerciante*”.

⁷² La ley portuguesa dice: “*Considerarse consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”.

⁷³ La ley de la Isla de Malta, conforme a la reforma del 2000, define al consumidor como “*todo individuo que dentro de las transacciones o de otras actividades regidas por la legislación sobre la consumición, actúa desde un punto que no está ligado a su comercio, sus asuntos o su profesión*”.

⁷⁴ El Código de Defensa del Consumidor del Brasil, ley 8078, art. 2º, dice: “*Consumidores toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final. Equipárese a consumidor, a las colectividades de personas, aunque indeterminables, que hayan intervenido en las relaciones de consumo*”.

⁷⁵ Art. 6º. — “*Para los efectos de esta ley, se entenderá por: a) consumidor o usuario: Toda persona natural o jurídica que adquiere, utilice, disfrute, o reciba bienes o servicios de cualquier naturaleza, resultado de una transacción comercial*”.

⁷⁶ La Ley paraguaya de Defensa del Consumidor, dice en su art. 4º: “*A los efectos de la presente ley, se entenderán por consumidor y usuario a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza*”.

⁷⁷ La ley 19.496, art. 1º dice que consumidores son las “*personas naturales o jurídicas que en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales, bienes o servicios*”.

⁷⁸ El decreto legislativo 716. Ley de Protección al Consumidor, define al consumidor en el art. 3º cuando dice: “*Consumidores o usuarios - las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales productos o servicios*”.

⁷⁹ La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador, en su art. 2º. define al consumidor como “*toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiere, utilice o disfrute bienes o servicios o reciba ofertas para ello. Cuando la presente ley mencione al consumidor, dicha denominación incluirá al usuario*”.

⁸⁰ Ley 7472 de Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica en su art. 2º dice: “*Consumidor, toda persona física o entidad de hecho o de derecho que como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello. También se considera consumidor al pequeño industrial o artesano —en los términos definidos en el reglamento de esta ley— que adquiera productos terminados o insumos, para integrarlos en los procesos para producir, transformar, comercializar o prestar servicios a terceros*”.

⁸¹ Ley venezolana, art. 3º: “*A los efectos de esta ley se consideran consumidores como destinatarios finales, las personas naturales o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten a título oneroso, bienes o servicios, cualquiera sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan,*

tección de los Consumidores de Québec⁸² permiten perfectamente la inclusión del comprador inmobiliario en sus definiciones; lo mismo corresponde decir de la Ley Modelo Consumer International para América Latina y el Caribe⁸³. Quizá los eximios juriscónsultos se refieran a algunos países del África o del Lejano Oriente, no lo sabemos porque no tenemos acceso a dichos textos y no sabemos siquiera que haya leyes de defensa del consumidor allí, pero bajo ningún punto de vista puede considerarse mayoritarios; por el contrario, sobre la base de los textos analizados podemos concluir que, a diferencia de lo sostenido en el fallo, la mayoría del derecho comparado, al menos dentro del sistema romanista continental, otorga la tutela propia del consumidor al comprador inmobiliario. La apoyatura del tribunal en el derecho comparado es, al menos, dudosa.

Contrariamente a lo que manifiestan los vocales de la Excma. Cámara Nacional Civil, la inclusión de la compraventa en el marco tutelar de la ley 24.240 no es ni particular ni sorprendente. La *ratio essendi* de la tutela al consumidor es la desigualdad negocial y ésta se hace manifiesta tanto en la compra de muebles como en la locación de servicios, en la prestación de servicios públicos y —¿por qué no?— en la compraventa de inmuebles resultando apropiado abarcar todos estos supuestos con la misma intensidad.

expidan, faciliten o suministren. "No tendrán el carácter de consumidores quienes, sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes y servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación y comercialización".

⁸² La Ley sobre Protección de los Consumidores de Québec. art. 1º, inc. c), define al consumidor diciendo "*consommateur: une personne physique. sauf un commerçant qui se procure un bien o un service pour les fins de son commerce*".

⁸³ Art. 3º: "*Para los efectos de la presente ley. se entenderá por: "Consumidor: toda persona natural o jurídica, que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final, bienes o servicios de cualquier naturaleza. Será asimismo considerado consumidor quien en razón de una eventual contratación a título oneroso, reciba a título gratuito bienes o servicios"*.

Coincidimos con el juzgador en cuanto aconseja ser cauteloso a la hora de determinar la legislación aplicable pero disentimos en que esa cautela deba llevarnos a retacear tutela al comprador inmobiliario. Por el contrario, debemos ser cautelosos en dar pleno cumplimiento al principio *in dubio pro consumidor* consagrado en el art. 3º, ya se trate de una compraventa mobiliaria, inmobiliaria, locación de servicios o prestación de servicios públicos. La cautela, en definitiva, ha de ser para lograr una mayor protección del consumidor y no para negársela aun cuando la ideología personal de quien juzga muestre esta actitud como la más conveniente. No nos parece, entonces, que el fallo haya sido cauteloso en lo absoluto, el mérito del instituto de la prescripción es la salvaguarda del principio de seguridad jurídica y ésta queda llamativamente lesionada cuando mediante creaciones alambicadas se tuerce el texto de la ley para aplicar lo que el juez considera conveniente con prescindencia de lo que el legislador ha dispuesto.

También es cierto lo que dice el fallo respecto de que muchos artículos de la ley no pueden aplicarse a la compraventa inmobiliaria, pero ¡vaya novedad! Tampoco podrán aplicarse a la locación de servicios los artículos referidos a la compraventa mobiliaria ni viceversa. La Ley de Defensa del Consumidor regula distintas relaciones jurídicas: es natural que las disposiciones de una no puedan aplicarse a la otra; sin embargo, el hecho de que muchas no puedan aplicarse no significa que ninguna se aplicará, pues si el art. 1º considera consumidor a quien compra un inmueble nuevo destinado a vivienda, ha de ser porque alguna tutela habrá de darle, lo contrario sería pretender que el legislador ha obrado con vacuidad y tal cosa no es dable presumir.

La cuestión metodológica, único argumento relativamente válido del fallo, no nos parece suficiente para excluir del art. 18 a la compraventa inmobiliaria.

Donde la ley no distingue tampoco debemos distinguir nosotros; ergo, si lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor no obsta a la redhibición en los muebles, tampoco tiene por qué obstar a la de los inmuebles. La institución de los vicios redhibitorios es de vieja data en nuestro derecho y comprende tanto muebles como inmuebles; el Código Civil no limita la evicción a los muebles y tampoco lo hace la ley 24.240, pues ésta remite a aquél.

La compra de un inmueble podrá quedar o no comprendida en las previsiones de la ley 24.240, todo dependerá de que sea nuevo, destinado a vivienda y su adquisición no se relacione con un proceso de elaboración o comercialización de productos ni con la prestación de un servicio a terceros. Así, por ejemplo, si una empresa compra una vivienda para que la habiten sus directivos, no habrá contrato de consumo aun cuando el inmueble sea nuevo y esté destinado a vivienda. Ahora bien, si la compra constituye a la vez un contrato de consumo (lo cual no siempre sucede), el comprador goza de la tutela plena de la ley y las acciones que pueda ejercer por tal operación, en su carácter de consumidor y frente a quien reviste la calidad de proveedor (art. 2º, ley 24.240), serán “*emergentes*” de la ley, aun cuando similar acción este prevista en el derecho general.

También quienes entienden que sólo se deben considerar “*emergentes*” aquellas acciones a las que la ley da un tratamiento particular y distinto, habrán de coincidir en que la acción por vicios redhibitorios de la LDC no es igual a la del Código Civil pues en la ley 24.240 aquélla procede en supuestos que resultan inadmisibles para el Código. Así, de la misma letra del art. 18 surge que en el sistema del consumo no se aplican los límites del art. 2170, CCiv., y el proveedor no podrá argumentar como defensa el hecho de que el comprador debía conocer el vicio en razón de su profesión u oficio; tampoco se aplicará a la redhibición consumerista el art. 2166 que permite a las partes restringir su responsabilidad por vicios de la cosa pues la cláusula que así lo disponga será considerada abusiva

(art. 37, inc. a]) y su invocación no permitirá al vendedor repeler la acción del consumidor, ni siquiera demostrando que actuó sin dolo; el art. 2169 dice que el enajenante no se exonerará de responder por los vicios redhibitorios que conocía y que se abstuvo de manifestar *contrario sensu*, se entiende que cuando no tuvo conocimiento sí podría exonerarse. Esto no tiene aplicación a la relación de consumo puesto que por imperio del art. 40, ley 24.240, la responsabilidad es objetiva y aun cuando el enajenante no hubiera conocido el vicio, igualmente responderá por los daños ocasionados, quedando a salvo su derecho a repetir frente al responsable subjetivo...

Este rápido repaso demuestra que la acción por vicios redhibitorios del Código Civil difiere de la de la ley 24.240, pues hay circunstancias que sirven para repeler una y no la otra. Si ambas acciones son distintas ¿de dónde “*emerge*” la acción por vicios redhibitorios contemplada en la ley 24.240? No ha de ser del Código Civil, ya que se trata de acciones distintas; entonces sólo podemos afirmar que emerge de la ley 24.240 y si emerge de la ley 24.240 el plazo de prescripción será de tres años y no de tres meses.

Por último, se sostiene con insistencia que la ley 24.240 es correctora, integradora del derecho general y no sustitutiva de éste, invocando para ello el texto del art. 3°.

Consideramos que, dicha así, la aseveración es falsa. La ley 24.240 ciertamente no deroga ningún artículo del Código Civil pero produce una escisión en las relaciones jurídicas patrimoniales. Por un lado quedan las privadas y paritarias, donde rige en plenitud el Código Civil, y por el otro las relaciones de consumo, que quedan sometidas principalmente a la ley 24.240 aplicándoseles el Código Civil con carácter subsidiario y siempre que ello no contradiga los principios de esta última. Veamos:

El art. 7° declara obligatoria la oferta a persona indeterminada desde la emisión y no desde la aceptación, derogándose, respecto a la relación de consumo, los arts. 1144 y 1150 del CCiv.

El art. 34, en cuanto permite la retractación de la aceptación en la venta domiciliaria, impide la aplicación a la relación de consumo de lo dispuesto por el art. 1154 del CCiv.

El art. 1146 del Código Civil atribuye al silencio valor de consentimiento tácito y ello será así para las relaciones paritarias, pero tratándose de una relación de consumo, el art. 35 dispone que, cuando se ha entregado una cosa no requerida, no habrá obligación de conservarla, devolverla y mucho menos de pagar el precio.

El art. 37 obsta aplicar a la relación de consumo la regla contenida en el art. 1197 del CCiv., pues no todas las convenciones hechas en los contratos obligan al consumidor como la ley misma. Las convenciones que pueden ser consideradas abusivas se tienen por inexistentes. Por otro lado, el mismo artículo introduce nuevas causales de nulidad de los contratos, no contempladas en el Código Civil, tales como la violación al deber de información o la trasgresión a la Ley de Defensa de la Competencia.

El art. 40 *“pone de cabezas”* todo el sistema de la responsabilidad civil contenida en el derecho civil y bastará su lectura para coincidir con ello.

Pueden citarse muchos ejemplos más, pero por razones de brevedad nos limitaremos a los precedentes: lo importante es dejar en claro que la Ley de Defensa del Consumidor viene a modificar o declarar la inaplicabilidad de varias normas del derecho general cuando la relación jurídica es a la vez una relación de consumo y ésa es justamente su razón de ser pues no es dable suponer que el Congreso de la Nación ha dictado una ley para que nada cambie aun cuando ello fuera aspiración de muchos.

1.3.2. Corte Sup. Jusí. Tucumán, sala Civil y Penal, 13/8/2004, "Cortés, hner C. v. La Caja Cia. el Seguros", LL del 14/11/2005

El actor inicia demanda de daños contra la aseguradora por negativa a otorgar cobertura; ésta opone prescripción de la acción alegando que conforme al art. 58 de la Ley de Seguros (17.418) el plazo es de un año; la actora contesta excepciones invocando el plazo trienal de la Ley de Defensa del Consumidor.

a) El voto en mayoría

Las sentencias de primera instancia y de Cámara rechazan la defensa de prescripción; la aseguradora recurre al Máximo Tribunal provincial, quien se expide diciendo que la excepción no debió ser resuelta como previa pues era necesario determinar cuestiones de hecho tales como si hubo o no violación al deber de información, ya que en caso afirmativo se aplicaría el art. 50 ley 24.240; por el contrario, si la cuestión versaba sobre otras circunstancias derivada de la relación entre asegurado y aseguradora, resultaba aplicable la prescripción anual (art. 18, ley 17.418) pues la acción no sería emergente de la Ley de Defensa del Consumidor sino de la Ley de Seguros.

a) 1. Argumentos del fallo

Las consideraciones que fundaron el voto en mayoría fueron las siguientes:

Si la acción tiene su origen en la ley 24.240, se aplica el art. 50 de dicha norma; si por el contrario, la acción surge de la ley 17.418, la prescripción será anual (art. 18, ley 17.418). Según el tri-

bunal sólo emergen de la ley 24.240 las acciones por cláusulas abusivas y las derivadas de violación al deber de información⁸⁴.

La Ley de Defensa del Consumidor no deroga la Ley de Seguros sino que se integra con ella completando la defensa al asegurado que hace esta última.⁸⁵

No cualquier acción del consumidor puede ser considerada inexorable y necesariamente emergente de la Ley de Defensa del Consumidor⁸⁶.

Sólo se aplicará la Ley de Defensa del Consumidor cuando sea necesario corregir los abusos a que podría dar lugar la vigencia de otras normas pues aquélla es correctora y no sustitutiva de la legislación general⁸⁷. La Ley de Seguros es ley especial mientras que

³² "...si la aseguradora incumplió con su deber de adecuada información acerca de cómo abonar la cuota siguiente a la última pagada por el actor, la acción de éste tendría raíz en la trasgresión al deber de informar correctamente al usuario del servicio, y se enmarcaría en la ley 24.240; pero si la Caja satisfizo ese deber suficientemente, la cuestión se ubica dentro de la ley 17.418, pues no habría razón jurídica para acudir a aquella norma genérica...". "Puntualmente las normas de la ley 24.420 inciden en las cláusulas abusivas que pudieran contener los contratos de seguros, sin perjuicio de la aplicación de las normas y principios de derecho común (arts. 18,21,953,954, 1038, 1039, 1066, 1071 y 1198, CCiv.), la disposición genérica de la ley de Seguros, (art. 11-2, ley 17.418) y las específicas que se desprenden de la ley reguladora de la actividad aseguradora (arts. 24, inc a), y 25 de la ley 20.091)" (Stiglitz, Rubén, "Cláusulas abusivas en el contrato de seguros. Control administrativo previo". Control Judicial RPDyC, Seguros-L nro. 19. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, 1999, ps. 13 y ss.).

⁸⁵ "...La ley 24.240 no reemplaza ni deroga ni modifica propiamente la ley 17418. sino que, como se desprende de su art. 3º. las disposiciones de aquélla se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas sustanciales, en el caso, las atinentes al contrato de seguro. La Ley de Defensa del Consumidor viene a completar el ámbito de la protección del consumidor con alcance general, por cuanto la propia ley de seguros también protege al asegurado...".

⁸⁶ "...Mas no cualquier acción de un consumidor puede ser considerada inexorable) necesariamente emergente de la LDC...".

⁸⁷ "...Es que esa ley no contiene ninguna regulación completa de los actos que pueden dar nacimiento a un contrato para consumo según sus previsiones, sino trata de corregir\evitar abusos a que podría dar lugar la aplicación de la legislación ordinaria preexistente; son normas correctoras, complementarias o integradoras para el supuesto especial de tener que aplicarse al contrato para consumo y no sustitutivas de la regulación general contenidas en los códigos y demás legislación vigente (conf. Fariña, Juan M., en Belluscio - Za-

la Ley de Defensa del Consumidor es ley general⁸⁸. La Ley de Seguros tiende a repeler la aplicación de otras normas que pudieran afectar su unidad sistemática. Cuando el legislador, mediante una ley especial aplica un plazo prescriptivo valorando el riesgo económico que el contrato implica, hay que aplicar ese plazo y no el derivado del art. 50, ley 24.240⁸⁹

a) 2. Análisis del fallo

La Corte Sup. Just. Tucumán se enrola indiscutiblemente en aquella teoría según la cual sólo “*emergen*” de la ley 24.240 las acciones destinadas a actualizar derechos originariamente reconocidos por ella, de forma tal que si el derecho subjetivo era ya reconocido por otra norma conservará el plazo prescriptivo en ella previsto.

voxi. Código Civil, t. 8, p. 880; de igual autor: Defensa del consumidor y del usuario. Astrea. Buenos Aires, 2000, p. 25)...”.

⁸⁸ “... [E]n esos casos los remedios contractuales se encuentran sujetos al término de la ley especial, y no prevalece la regla general de la Ley de Defensa del Consumidor (Ariza, Ariel, “El consumidor inmobiliario) la prescripción”, LL 2003-E-737)...”.

⁸⁹ “...Como bien se ha expresado, se ha configurado una superposición parcial de un orden normativo especial (el de seguro) con tendencia a la exclusión de aplicación de otras normas que pudieran afectar su unidad sistemática, y una norma de carácter general (la de defensa del consumidor)...”. “...En materia de prescripción la ley 17.418 no ha sido derogada ni modificada por la ley 24.240. Más aun, en este tema se ha observado que la materia del consumo se encuentra condicionada por la necesidad de hacer efectiva la operación tenida en miras por las partes; y que, en consecuencia, el establecimiento de un plazo de prescripción general debe cubrir los distintos mecanismos contractuales dispuestos por el ordenamiento para la obtención de un idéntico fin: que la operación económica se realice y que el consumidor resulte indemne como consecuencia del contrato celebrado. Desde esa perspectiva se ha dicho que quedan excluidos de la aplicación del art. 50 de la ley aquellos supuestos en que el legislador, a través de una ley especial, asignó un plazo prescriptivo específico para un contrato peculiar, puesto que en este marco lo que está en juego es la valoración del riesgo económico que el contrato implica, lo que no se ve alterado sin más por la ley 24.240 y en esos casos los remedios contractuales se encuentran sujetos al término de la ley especial, y no prevalece la regla general de la Ley de Defensa del Consumidor (Ariza, Ariel, “El consumidor inmobiliario y la prescripción”, LL 2003-E-737)...”.

Dice el tribunal que se han de considerarse “*emergentes*” de la ley 24.240 el derecho a ser informado y el derecho a no padecer abusos en la celebración de contratos.

Comencemos por esto último. El derecho a la información y a no padecer abusos ¿son realmente originarios de la ley 24.240? Consideramos que no. El art. 1198 del Código Civil manda a actuar de buena fe. ¿No es acaso propio de un buen proveedor informar a sus clientes todos los pormenores del contrato que van a celebrar? El art. 1071 condena el abuso de derecho. ¿Acaso la inclusión de cláusulas abusivas no es un abuso del derecho a contratar que tiene el predisponente?

El derecho de información no tendría origen en el art. 4° de la Ley de Defensa del Consumidor sino en el art. 1198 del Código Civil y la nulidad de las cláusulas abusivas no tendrían su origen en el art. 37 de la ley 24.240 sino en el art. 1071, pues si “*la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos*” tampoco ampara el beneficio que el abuso produzca y la inclusión de cláusulas abusivas es un abuso del derecho contractual del predisponente.

Encontramos entonces que las únicas acciones reconocidas por la Corte Sup. Just. Tucumán como originales de la ley no son tales pues encuentran su génesis en el Código Civil y no en la ley 24.240. Si aplicamos en forma congruente la teoría esgrimida por la Corte Sup. Just. Tucumán según la cual sólo deben considerarse emergentes de la ley 24.240 las acciones novedosas habremos de concluir que ninguna tiene tal carácter, al menos ninguna de las que el tribunal enumera como tales, *ergo* el art. 50 sería una total vacuidad, un sinsentido, un conjunto de palabras que el legislador ha redactado para nada. Esta postura nos parece inaceptable, el art. 50 tiene una finalidad determinada, un fundamento práctico específico y ha sido puesto donde está para algo.

Difícilmente encontremos en alguna ley actual derechos subjetivos que no hayan sido ya reconocidos por otra norma, aunque más no sea en el catálogo de derechos y garantías de la Constitución Nacional. Las leyes suelen limitarse a regular, pormenorizadamente, derechos que ya eran reconocidos con anterioridad.

Afirmamos entonces que la interpretación de la Corte Sup. Just. Tucumán es insostenible, reduce al art. 50 a una mera licencia poética del legislador. El error radica, tal como lo dijimos anteriormente, en identificar el término “*emergente*” con “*originario*” pues son muchas las acciones que emergen de la ley 24.240 pero ninguna es completamente originaria de ella. El término emergente debe interpretarse como lo que aparece, se evidencia o se deduce de algo; acciones emergentes de la ley 24.240 serán todas aquellas que tienen por tésis actualizar la finalidad de la LDC que, tal como declara su art. 1º, es la defensa del consumidor. Serán entonces acciones emergentes de la Ley de Defensa del Consumidor todas aquellas que incoe el consumidor perjudicado por una relación de consumo.

Según la Corte Sup. Just. Tucumán, la ley 24.240 viene a completar la defensa del asegurado que ya hace la Ley de Seguros, que, al decir del tribunal, también defiende al consumidor.

Basta leer la ley 17.418 para que no podamos sostener, al menos sin una irónica sonrisa, que ella defiende al consumidor. ¡Vaya defensa!

La Ley de Seguros resguarda la solvencia de las compañías; quizá ello pueda verse como una defensa al asegurado en la afiebrada inteligencia del fallo, sin embargo, paralelamente lo deja a merced de varios abusos.

Lo que no parece advertir la Corte Sup. Just. Tucumán es que el concepto de consumidor es muy distinto al concepto de ase-

gurado y no pueden identificarse. La Ley de Seguros no defiende al consumidor por la elemental razón de que, al momento de su sanción, el concepto tal como lo entendemos hoy era desconocido. Este error de identificar consumidor con tomador de seguros parece haber sido prolífico en la creación de nuevos desaciertos que terminaron por alumbrar un fallo muy discutible (v.gr., la concepción de la ley 24.240 como general y la de la ley 17.418 como especial. Sobre esto regresaremos más adelante).

Quien asegura una máquina destinada a la elaboración de productos que colocará en el mercado será tomador de seguro pero nunca consumidor. Si un médico contrata seguro de mala praxis tampoco puede ser considerado consumidor pero nadie se atrevería a negarle el carácter de asegurado. Ciertamente habrá supuestos dudosos como el de quien asegura un automóvil que utiliza tanto para recreación como para concurrir a su trabajo. La cuestión resulta interesante pero excede la finalidad de la presente obra, lo importante es destacar que consumidor y tomador de seguro son conceptos distintos. La Ley de Seguros no contiene mención alguna al consumidor, sin perjuicio de la escueta y displicente defensa que haga del tomador de seguros.

Ambos sujetos, asegurado y consumidor, son captados por el derecho de forma distinta. El primero es parte de una relación paritaria y, como tal, la norma distribuye derechos y obligaciones equivalentes entre todos los sujetos del negocio. El segundo es parte débil de una relación caracterizada por la desigualdad por eso la norma impone mayores obligaciones al fuerte con ánimo de equidad.

Decir que la Ley de Seguros tutela al asegurado es lo mismo que decir que el Código Civil tutela al comprador: un total sinsentido. Es cierto, la Ley de Seguros tutela al asegurado y el Código Civil tutela al comprador, pero no más allá de la similar tutela que ambos conceden al vendedor o a la compañía de seguros. Ni la Ley

de Seguros ni el Código Civil persiguen como finalidad proteger al asegurado o al comprador por sobre la compañía de seguros o el vendedor.

La Ley de Seguros, el Código Civil, el Código de Comercio y el resto de la legislación que regula las relaciones jurídicas patrimoniales privadas paritarias persiguen una justicia conmutativa mientras que la Ley de Defensa del Consumidor aspira a aplicar la justicia social.

De lo dicho se desprende que la tutela del consumidor asegurado que hace la Ley de Defensa del Consumidor y la tutela del asegurado "*a secas*" que hace la Ley de Seguros no resultan asimilables.

Por otro lado, si tal como dice la Corte Sup. Just. Tucumán la Ley de Defensa del Consumidor viene a completar la tutela que hace la Ley de Seguros, ¿por qué habría que tomar el plazo de prescripción de la Ley de Seguros y no de la ley 24.240? Dicho de otra forma, si la tutela ha quedado completa con la ley 24.240, ¿por qué no aplicarla *in totum*? ¿Por qué desechar el art. 50 que también viene a completar la tutela otorgando un plazo mayor? Parece realmente contradictorio.

Consideramos que los derechos que tenga el consumidor, reconocidos por Código Civil, la Ley de Seguros o cualquier otra legislación aplicable a la relación de consumo, incluso el contrato que hubiera celebrado, se integran con los derechos reconocidos por la Ley de Defensa del Consumidor conformando un solo bloque único de facultades cuyo ejercicio puede hacerse valer en la forma establecida en la ley 24.240, es decir, mediante un proceso rápido en el cual el consumidor puede otorgar poder mediante simple acta y cuyo plazo de prescripción es de tres años renovables en los supuestos contemplados por el art. 50 sin distinción alguna pues desde que se "*integran*" a la Ley de Defensa del Consumidor

(art. 3o), las acciones tendientes a hacerlos valer en juicio “emergen” de dicha norma y no de aquella que les dio origen mediato.

Dice la Corte Sup. Just. Tucumán que no cualquier acción del consumidor debe ser considerada inexorable y necesariamente emergente de la Ley de Defensa del Consumidor. A ello respondemos: tampoco tiene porqué serlo, no hace falta tal necesidad ni inexorabilidad, basta con que puedan considerarse emergentes sin violentar las reglas de la razón ni la expresa letra de la ley para que el juez tenga la obligación de considerarlas tales pues ése es el efecto del in dubio pro consumidor del art. 3o. La expresión de la Corte (inexorable y necesariamente) pone de manifiesto la poca regencia que tiene entre nuestros jueces el aludido principio hermenéutico del que se sienten autorizados a apartarse sin más y requieren que la defensa del consumidor sea inexorable y necesaria cuando bastaría con que sea posible.

Sigue diciendo la Corte Sup. Just. Tucumán que las normas de la ley 24.240 son correctoras y no sustitutivas del derecho general y que en consecuencia sólo se aplicarán cuando sea necesario corregir abusos.

Cabe preguntarse, ¿de dónde surge tal afirmación? ¿Con qué alquimia se toma subsidiaria una norma de orden público con raíz constitucional? No podemos sino sentirnos atónitos ante este postulado pues significa nada menos que cada juez en cada caso particular habrá de decidir a su libre arbitrio si se aplica o no la ley 24.240. El concepto de abusividad está cargado de subjetivismo y hasta el momento no hemos alcanzado una fórmula absoluta e ineludible de lo que es abusivo y lo que no, dependiendo siempre de las circunstancias particulares, de que dichas circunstancias puedan ser probadas y principalmente de lo que el juzgador, conforme a su personal idiosincrasia, considere justo o injusto.

Veamos algunos ejemplos:

— El juez sólo aplicará el trámite judicial más abreviado (art. 53, ley 24.240) cuando a su entender resulte abusivo el ordinario, caso contrario no. Ahora bien, si el consumidor pide el trámite más abreviado, el demandado se opone y el juez considera que el ordinario no resulta abusivo, aquél habrá perdido un incidente, posiblemente con costas (principio objetivo de la derrota). Tampoco se nos escapa que muchos jueces se sentirán inclinados a la aplicación del trámite ordinario pues es el que mayor plazo para resolver les otorga y es sabida la sobrecarga que tienen la mayoría de nuestros juzgados.

Si el consumidor acreditara mandato con carta poder simple, podría perder con costas la excepción de falta de legitimación activa sólo porque al juzgador se le figura que la exigencia de escritura pública no resultaba abusiva.

— Las pautas publicitarias integrarán el contrato de consumo sólo cuando al juez le parezca abusivo no hacerlo, caso contrario no.

— Sólo tendrá derecho de retracto el comprador domiciliario cuando al juez le parezca que el mantenimiento del contrato es abusivo, etcétera.

Este poder omnímodo y absoluto de los jueces resulta inadmisibles aun en el derecho anglosajón; mucho menos en nuestro sistema continental. En la Argentina como en todo país romanista, derecho no es lo que los jueces dicen sino lo que manda la ley.

En síntesis, todos los derechos del consumidor consagrados en la ley 24.240 y en la Constitución Nacional dependerán de que un juez, a su libre arbitrio, quiera o no concedérselo. Parecería que la intención es someter la Ley de Defensa del Consumidor a un

proceso de degradación similar al que sufrieron en su oportunidad los arts. 1071 y 1198 del Código Civil, cuyos textos progresistas hicieron augurar mayor justicia contractual pero terminaron siendo disposiciones “válvula” a las que los magistrados recurren sólo cuando su particular concepción de la justicia así lo indica. Hoy iniciar una acción basándose sólo en la buena fe y en la teoría del abuso del derecho es poco más que una aventura procesal, algo que tiene en el mejor de los casos iguales posibilidades de triunfo que de fracaso, salvo, claro está, que se trate de las pocas cuestiones a las que la jurisprudencia ha considerado unánimemente abusivas o violatorias de la buena fe.

Fue precisamente la subjetividad y contingencia del concepto de buena fe y abuso del derecho lo que justificó la sanción de una norma como la ley 24.240, que en su mayor parte no es sino la regulación pormenorizada de lo que debe considerarse en ciertas circunstancias como abusivo o contrario a la buena fe. Si los conceptos de buena fe o abuso del derecho fueran tan objetivables como para conducir a decisorios estables y uniformes, no hubiera sido necesario una Ley de Defensa del Consumidor pues casi todos sus postulados podrían haberse desprendido de los principios contenidos en los arts. 1071 y 1198.

Decir que la Ley de Defensa del Consumidor sólo regirá cuando a criterio del juzgador sea arbitrario aplicar el derecho general es condenar a muerte la defensa del consumidor pues iniciar una acción de consumo implicará una inseguridad de tal magnitud que sólo los héroes se animarán a hacerlo. La ley tendrá vigencia mas no regencia. ¿Es ésa la finalidad perseguida por la Corte Sup. Just. Tucumán...?

Sin perjuicio de que la supuesta subsidiariedad y excepcionalidad de la ley 24.240 no surge de ninguna de sus disposiciones, una interpretación en tal sentido contradice el art. 42 de la Constitución Nacional pues obstaculiza el acceso a la justicia ya que impli-

ca un nivel de inseguridad mayor que cualquier otra acción en grado inaceptable para la mayoría de los consumidores damnificados.

Dice la Corte Sup. Just. Tucumán que tratándose de un contrato de seguros, la ley 17.418 es ley especial mientras que la ley 24.240 es ley general, en consecuencias no deroga a aquélla.

También disentimos en esta afirmación. Tal como lo dijimos anteriormente, no se debe confundir al tomador del seguro con el consumidor.

La Ley del Defensa del Consumidor no se puede considerar ley general respecto a la Ley de Seguros por la simple razón de que aquélla no se aplica a todos los contratos de seguros sino solamente a los supuestos en que el bien asegurado esté destinado al propio beneficio sin relacionarse con una actividad de producción, comercialización de bienes o prestación de servicios a terceros. Dicho de otra forma, la ley 17.418 regula todos los contratos de seguros mientras que la ley 24.240 tiene aplicación sólo en algunos supuestos especiales de contratos de seguros (v.gr., aquellos que a la vez constituyen contratos de consumo). Mal puede decirse entonces que la Ley de Defensa del Consumidor sea ley general respecto a los contratos de seguro.

Dice la Corte Sup. Just. Tucumán que la Ley de Seguros tiende a excluir la aplicación de otras normas que pudieran afectar su unidad sistemática; más tarde afirma que cuando el legislador fija un plazo prescriptivo especial para cierto tipo de contratos lo hace valorando el riesgo económico que él implica y esto no puede ser alterado por otra norma.

Veamos. Toda ley tiene una unidad y una estructura que se ve alterada cuando los hechos en ella previstos son a la vez regulados por otra, pero ¿qué tiene de particular la Ley de Seguros sobre otras como la Ley de Defensa del Consumidor o la Ley de Tarjetas

de Crédito? Dicho de otra forma, si toda regulación “*extramuros*” afecta la unidad estructural de una norma, no entendemos por qué es más valiosa la unidad estructural de la Ley de Seguros que la unidad estructural de la Ley de Defensa del Consumidor.

Algunos afirmarían que el “*plus axiológico*” de la ley 17.418 radica en el cálculo económico del cual resulta el precio de la prima y el premio; dirán que la aplicación de la ley 24.240 altera el equilibrio económico del contrato de seguro, tornándolo más oneroso para el mismo consumidor que pretende beneficiar. Éste ha sido el principal argumento de las compañías aseguradoras en su intento de mantenerse al margen del cumplimiento de la ley 24.240 e incluso algunos doctrinarios han coincidido con ellas⁹⁰.

Los sostenedores de esta teoría deberían, primero, demostrar que en la Argentina los seguros son más baratos y los premios mayores que en otros países donde el contrato de seguro ha resultado abarcado por la norma consumerista. En realidad, el argumento es ingenioso pero para nada original. Iguales cuestiones económicas invocaron las administradoras de tarjetas de crédito y a la postre se demostró que lejos de aumentar el costo del servicio bajó, pasando de ser uno de los más caros del mundo a ubicarse dentro de cierto nivel de razonabilidad. Seguramente las aseguradora lucharán hasta sus últimas fuerzas por mantener altos márgenes de ganancia, ello en cierta medida es entendible, lo que no podemos es resignarnos a que nuestra jurisprudencia acepte estos argumentos como verdades absolutas y sin mayor análisis.

Tal como hemos dicho, el fundamento del instituto de la prescripción es, entre otros, la presunción de que el titular del dere-

⁹⁰ López Saavedra, Domingo - Halperin, David A., “El contrato de seguro y la Ley de Defensa del Consumidor 24.240”, LL 2003-E-1320.

cho ha decidido no hacerlo valer judicialmente, presunción que a su vez encuentra razón de ser en el principio de seguridad jurídica. Nunca quiso la ley otorgar un *bill* de impunidad para deudores recalcitrantes y bajo esta *volutatio legis* debemos fundar nuestra hermenéutica. El plazo de prescripción debe establecerse en atención al tiempo que, según el tipo de acción, puede razonablemente insumir a su titular hacerla valer ante la jurisdicción. Por el contrario, no creemos que el riesgo económico del contrato sea fundamento válido para apurar la caducidad pues ello sería juridizar el incumplimiento contractual, promoviendo una conducta que debe ser repudiada. Quien hace el cálculo económico de un contrato ha de realizarlo partiendo del convencimiento de que lo cumplirá siempre y no en el setenta, ochenta o noventa por ciento de los casos pues ello sería absolutamente contrario a la buena fe y a la justicia aunque desde el análisis económico resulte impecable. Ciertamente que éste es un argumento de política legislativa pero no debe por ello ser soslayado.

Si una empresa de seguros calcula el monto de la póliza y el premio pensando que pagará sólo un porcentaje de los siniestros acaecidos, especulando con la brevedad de la prescripción, actúa antijurídicamente pues nunca ha de considerarse jurídico suscribir un contrato con la intención de no cumplirlo. Quien así actúa habrá de asumir las consecuencias negativas que su malicia provoque y el Estado no puede otorgar resguardo a este ardid.

Si las aseguradoras pensaron no cumplir la totalidad de sus obligaciones amparándose en el plazo de prescripción anual y después resulta que el plazo de prescripción no es anual sino trienal y por esa circunstancia se ven alteradas sus expectativas de lucro, merecida tienen la frustración.

Existe en nuestro país una "*estadística perversa*" de cada cien abusos al consumidor sólo llegan a los estrados judiciales un cinco o seis por ciento, el noventa y cinco por ciento restante soporta

calladamente la violación a sus derechos; la causa habría que buscarla en la falta de confianza en el órgano jurisdiccional, la lentitud de los procesos, la imprevisibilidad de los resultados, el alto costo del acceso a la justicia, etc. Con la ganancia producida por el noventa y cinco por ciento de damnificados silenciosos, el proveedor inescrupuloso podrá pagar indemnizaciones, honorarios y gastos por los juicios que inicia el cinco por ciento restante, quedando incluso un margen de ganancia. Violar la Ley de Defensa del Consumidor es buen negocio. ¿Por qué no hacerlo? Se preguntarán algunos y se sumarán a la larga lista de transgresores. Ésta es, a nuestro entender, la causa por la cual a más de diez años de la sanción de la ley 24.240 el nivel de abusos contra el consumidor no ha disminuido.

El verdadero desafío es aumentar el bajo porcentaje de damnificados dispuestos a defenderse asegurando procesos rápidos, bajos costos de acceso a la justicia y sobre todo previsibilidad en los decisivos. El consumidor debe tener la seguridad de que donde la ley dice blanco, el juez no entenderá gris y que allí donde puedan caber dudas, éstas se resolverán en su favor independientemente de la ideología del juzgador. Sólo así lograremos que la ley, aparte de vigencia, tenga regencia y exigencia. Es evidente que el fallo en análisis no ha contribuido a ese objetivo.

b) El voto en minoría

En una postura disidente con el resto del tribunal, el vocal Dr. Area Maidana emitió un fallo en minoría donde considera que debía aplicarse al sub-lite la prescripción trienal derivada del art. 50, ley 24.240.

b) 1. Argumentos

Sus principales argumentos son los siguientes:

El principio *in dubio pro consumidor* del art. 3º es una directriz insoslayable y ante un conflicto de normas debe aplicarse la que resulte más favorable a aquél⁹¹.

Por su fuente constitucional el derecho de los consumidores es ius-fundamental; en consecuencia, la solución de conflictos normativos no está guiada por las reglas de las antinomias legales tradicionales y no es lícito fundar la prevalencia en la circunstancia de que otra norma sea anterior o especial⁹².

Siempre que exista una relación de consumo con los extremos requeridos por los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, resultará aplicable el microsistema protectorio de dicha norma con prescindencia de toda otra que se oponga a sus explícitas disposiciones⁹³.

⁹¹ “...No puede soslayarse que la Ley de Defensa del Consumidor consagra en su art. 3º, la regla de interpretación a la que habrá de sujetarse en caso de conflicto normativo; el que deberá resolverse conforme a lo dispuesto por la ley ‘más favorable al consumidor’ (v. ALTERINI, Atilio A., *Contratos civiles, comerciales y de consumo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 421). Se trata de una directriz que opera como ‘orientador insoslayable para interpretar la ley, atento al carácter de orden público que ostenta la norma en análisis’ (LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 214)...”.

⁹² “...La doctrina especializada tiene dicho que la fuente constitucional confiere al derecho de los consumidores el carácter iusfundamental, lo que significa que el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las reglas de las antinomias legales tradicionales. Por ello no es lícito fundar la prevalencia de una ley en la circunstancia de que sea anterior o especial (LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 46). En los casos que presentan colisión de normas resulta relevante considerar que no es la ley sino la Constitución Nacional, la que aparece como fuente principal del derecho consumerista; extremo que erige al sistema particular, como una norma de carácter prevalente...”.

“...Desde este enfoque la jurisprudencia tiene dicho que el elemento definitorio es la configuración de una relación de consumo (conf. art. 42, CN) y siempre que concurren los elementos que la definen (arts. 1º y 2º, ley 24.240) resulta de aplicación el microsistema protectorio, con prescindencia de toda otra norma que se oponga a sus explícitas disposiciones (conf. arg. C. Civ. y Com. Santa Fe, sala Ia, 20/5/1999, RCyS 1999-826)...”.

“...De conformidad a lo precedentemente expuesto, resultan insuficientes las alegaciones encaminadas a sostener la aplicación al caso de la Ley de Seguros, por su carácter especial; como es igualmente ineficaz el argumento según el cual la ley 24.240 es una ley de carácter general y posterior, que no derogó la Ley de Seguros vigente al momento de su dictado...”.

⁹³ “...Al analizar el alcance del estatuto particular, la doctrina ha considerado que la ley 24.240 regula —entre otros supuestos— todas las relaciones jurídicas emergentes de los contratos que a tenor de lo dispuesto por los arts. 1º y 2º de la ley (proveedor y consumidor como sujetos de la ley, el producto o servicio

b) 2. Análisis del fallo

De más está declarar nuestra absoluta adhesión a los conceptos vertidos en el voto minoritario, en especial en cuanto considera que serán acciones emergentes de la ley todas las que pueda incoar un consumidora consecuencia de una relación de consumo. Ya hemos aclarado que nos enrolamos en esta corriente y hemos explicado por qué.

Resta agregar que la invalidez del argumento según el cual debe prevalecer la Ley de Seguros por ser ley especial no se fundamenta sólo en que la Ley de Defensa del Consumidor tiene rango iusfundamental sino en que, tal como lo dijimos, tampoco puede afirmarse que sea así, es decir, tampoco puede considerarse a la Ley de Defensa del Consumidor como ley general respecto de los contratos de seguro puesto que ésta no los comprende a todos sino solamente a aquellos que a su vez sean contratos de consumo.

2. El plazo de prescripción

Frecuentemente se dice, y con razón, que la profusión de plazos de prescripción terminan por confundir al ciudadano común, quien nunca sabe con certeza si conserva o no el derecho a accionar. Desde esta óptica, la ley 24.240 vino a agravar la ya caótica situación del Código Civil pues incorporó un nuevo plazo de duración trienal.

como objeto, el destino final —uso personal, familiar o doméstico— como causa, etc.) puedan ser calificadas como de consumo. Todo ello con prescindencia de la figura contractual típica o atípica de que se trate...”. “...Lo expresado supone que los conflictos entre las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor y las que puedan contener otras leyes especiales (en el caso, la ley que regula el contrato de seguro) habrá de resolverse a favor de la primera, siempre que se configuren los extremos que determinan la aplicación de aquel estatuto protectorio (arts. 1° y 2°, ley 24.240) y en caso contrario, mantendrá toda su virtualidad la ley que regula el contrato o actividad particular...”

Previo a adoptar partido, corresponde analizar el tratamiento que ha tenido el tema en el derecho comparado:

Brasil: El Código de Defensa del Consumidor (ley 8078) establece que, en cuanto al reclamo por los vicios o defectos de la cosa o servicio, la acción prescribirá a los treinta o noventa días según se trate de productos o servicios duraderos o no. Cuando el vicio es aparente el plazo comenzará a contarse desde la venta; por el contrario, si fuera oculto se calculará desde el momento de su aparición. La acción de daños por el hecho del producto o del servicio prescribe a los cinco años desde que se conoce el daño o la autoría.

Uruguay: La ley 17.189, distingue:

— Vicios aparentes: prescriben a los treinta o noventa días según se trate de bienes y servicios duraderos o no. La prescripción corre desde la entrega del producto o la prestación del servicio.

— Vicios ocultos: deberán evidenciarse en seis meses y la acción prescribe a los tres meses de su aparición.

— Acción de daños: prescribe a los cuatro años desde que se conoce el daño, vicio, defecto o identidad de los productos y se extingue irremediabilmente a los diez años desde que el producto se lanzó al mercado o concluyó la prestación del servicio.

Canadá: La Ley Sobre la Protección de los Consumidores de Québec establece distintos plazos de prescripción:

Un año para reclamar el cumplimiento de la garantía y para accionar por vicios ocultos, computándose ambos desde el nacimiento de la causa.

Tres meses para reclamar la garantía por la venta o locación de automóviles o motocicletas.

Tres años para el resto de las acciones de consumo.

Otros países de América como Paraguay, Ecuador, Venezuela y Costa Rica no establecen un plazo especial rigiéndose por el derecho de fondo.

Un denominador común de las legislaciones citadas anteriormente (Canadá, Brasil y Uruguay) es la profusión de plazos distintos que, si bien son entendibles para el jurista, aparecen como caóticos para el ciudadano común. A ello debemos sumar el hecho de que algunos plazos son demasiado breves, lo que permite augurar la indefensión de un buen número de consumidores. Parece difícil pensar que la masa de consumidores brasileños sepan que tienen treinta o noventa días para reclamar por los vicios de las cosas o servicios según sean duraderos o no. Parece igualmente difícil que un consumidor uruguayo sepa que los vicios ocultos deban evidenciarse a los seis meses de la compra y que de allí tiene noventa días para reclamar o que si compra un producto que ha sido lanzado al mercado hace más de diez años carece de todo derecho para accionar por los vicios que pudiera presentar.

La regencia de una norma se logra cuando es conocida por los ciudadanos a los que regula. El mayor desafío del derecho del consumo es que la ley se conozca y requisito esencial para ello, su simplicidad. Ahora bien, es más fácil que un consumidor sepa qué tiempo tiene para accionar si hay un plazo unificado de duración media.

Nuestro legislador ha unificado el plazo de prescripción en tres años para todas las acciones de consumo. En el debate parlamentario, no hubo ninguna referencia que nos permita deducir los

fundamentos de la solución adoptada, lo cual nos priva de un criterio de interpretación que ciertos autores consideran importantes.

La doctrina ha criticado este tratamiento, así, por ejemplo, Fariña⁹⁴ advierte que en el caso de responsabilidad contractual el consumidor ve reducido el tiempo para accionar a tres años, mientras que el proveedor conserva el plazo extendido de diez años que establece el Código Civil. Esto, dice, atenta contra finalidad tuitiva de la ley y parecería tener razón. Pensemos en el supuesto de un contrato de consumo en el que ninguna de las partes ha cumplido con su obligación recíproca y por lo tanto ninguna puede reclamar a la otra. Transcurrido tres años, el proveedor conserva su acción por incumplimiento y el consumidor no podría plantear la *exceptio non adimpleti contractus* pues su acción ha prescripto conservando sólo un derecho natural.

La objeción se desdibuja en cuanto observamos que paralelamente a la unificación de plazos, el legislador ha ampliado las causales de interrupción respecto a la legislación ordinaria. A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil, el proveedor no se libera por la mera inactividad del consumidor durante cierto lapso, sino que se requiere además un determinado comportamiento de aquél (no cometer nuevas infracciones), lo cual es novedoso en nuestro derecho.

Alguien podría decir que el legislador ha convertido a la acción de consumo en una acción imprescriptible. Ningún inconveniente encontraríamos en ello tal como lo adelantáramos anteriormente: sin embargo, no es ésa la intención de la norma. La tésis del art. 50 es otra: se busca que el proveedor cumpla con la ley y ponga en ello el máximo cuidado. Si así obrara, si cesara en su acti-

⁹⁴ Fariña, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 2^o cd. actualizada. Asn ea. Buenos Aires, 2000. p. 473.

tud infractora, gozará de una prescripción que incluso, en ocasiones, será menor a la prevista por el Código Civil (la responsabilidad contractual se reduce de diez a tres años). Por el contrario, si persiste en su actitud antijurídica, si continúa avasallando los derechos de los consumidores, penderá sobre su cabeza como espada de Damocles no una, sino todas las infracciones cometidas durante su vida comercial.

Por otro lado, frente a la proliferación de plazos distintos que muestra el derecho comparado, la actitud unificadora de la ley argentina tiene la innegable ventaja de la simplicidad.

Cabe destacar que la prescripción liberatoria se produce no sólo respecto de las acciones judiciales, sino también en cuanto a la posibilidad de denunciar administrativamente al proveedor trasgresor, de forma tal que transcurridos tres años (y no verificada ninguna de las causales de interrupción) el consumidor pierde todo derecho no sólo a accionar sino también a denunciar.

Por último, la ley conjuntamente con las acciones menciona las sanciones, es decir que si habiéndose impuesto al proveedor una sanción, por ejemplo multa, ésta no se hace efectiva dentro de los tres años, el sancionado se libera por completo, siempre, por supuesto, que no existan causales interruptivas.

3. Causales de interrupción

En nuestro derecho positivo las acciones prescriben pero se trata de una cuestión de política legislativa y no de una exigencia del derecho natural. Por el contrario, para un sentimiento natural de justicia resulta írrito que el deudor reticente se libere por la sola inacción del acreedor. El deudor tiene el deber moral de pagar aun cuando el acreedor no se lo pida, debe pagar incluso contra la voluntad del acreedor, de allí el instituto del pago por consignación.

La mayoría de la doctrina fundamenta la prescriptibilidad de las acciones en el valor “*seguridad jurídica*”. Sin ella, dicen, ningún estatus sería permanente, el ejercicio de todos los derechos estaría pendiente de impugnación por hechos ocurridos quizá varios años atrás.

No pretendo agotar el tema pero debemos recordar que el valor “*justicia*” es superior al valor “*seguridad*”: la justicia produce seguridad, no ocurre lo mismo a la inversa. Hubo dictaduras que pusieron obsesivo empeño en cumplir las injustas leyes que ellas mismas dictaban, había orden, había estabilidad y había previsibilidad, había en síntesis seguridad pero no había justicia y sin justicia la seguridad nunca puede ser “*jurídica*”, será seguridad a secas, valor devaluado, valor que poco vale, si se me permite la redundancia.

El legislador argentino podría haber declarado que las acciones de consumo son imprescriptibles y no hubiera violado con ello, ni el derecho natural ni el orden constituido; si no lo hizo fue por una razón de política legislativa que en sí misma es motivación bastante contingente, quizá conveniente pero nunca indispensable.

Todo esto viene a colación de que, tal como lo veremos seguidamente, al ampliarse las condiciones interruptivas de la prescripción resulta probable que ésta no se produzca o al menos que se extienda por períodos realmente extensos, lo que merecerá la crítica de cierta doctrina, que desde ya considero infundada.

Un dato que no podemos dejar de sopesar a la hora de tomar posición es que el consumidor argentino, en general, está poco informado y la ley 24.240, por causas que no es oportuno analizar ahora, ha tenido escasa difusión. De allí que muchos consumidores padezcan calladamente los abusos de que son víctimas y sólo después de largo tiempo decidan defenderse, al enterarse de que gozan de algún tipo de tutela.

Por otro lado, varios contratos de consumo son de tracto prolongado (por ejemplo, el mutuo hipotecario) y las consecuencias de una cláusula abusiva se aprecian *a posteriori*. Por lo tanto, si el plazo de prescripción fuese breve reinaría la impunidad.

Llegamos ahora a uno de los puntos más trascendentes de la norma que originará mayores debates en doctrina y no porque la redacción sea dudosa sino por lo novedoso del tema.

En el derecho civil, la prescripción liberatoria se interrumpe por interposición de demanda (art. 3986, CCiv.) o reconocimiento del deudor (art. 3989, CCiv.).

En el sistema del consumo, la prescripción se interrumpe, además, por una nueva infracción del proveedor; por el inicio de actuaciones judiciales y por el inicio de actuaciones administrativas.

A fin de interpretar correctamente las causales interruptivas, debemos tener en cuenta los siguientes postulados:

— La exégesis de la ley debe hacerse en el sentido más favorable al consumidor y si estamos hablando de causales de interrupción de la prescripción, una interpretación amplia es, a no dudarlo, la más beneficiosa.

— Lo natural es que las obligaciones se cumplan y que el deudor sólo se libere mediante dicho cumplimiento; en consecuencia se debe interpretar con criterio restrictivo la prescripción prefiriendo siempre la persistencia de la acción por sobre su extinción.

Una vez aplicado lo dicho anteriormente, se debe recurrir a las reglas de hermenéutica tradicionales.

Veamos ahora estas novedosas causales que nos da la ley.

3.1. Comisión de nuevas infracciones

La amplitud de los términos y las profundas consecuencias que plantea hacen necesarias las siguientes aclaraciones:

3.3.1. Concepto

Por infracción se debe entender-toda conducta del proveedor reñida con el estatuto del consumo en su conjunto, el cual se integra no sólo con la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) sino también con aquella legislación referida a su tutela, tales como la Ley de Defensa de la Competencia (25.156), Lealtad Comercial (dec. 1153/1997), Ley de Tarjetas de Crédito (25.065), reglamentaciones de servicios públicos, resoluciones de la autoridad de aplicación, los códigos de fondo en cuanto procuran la defensa del consumidor, etcétera.

Veamos algunos ejemplos: la Ley de Defensa del Consumidor nada dice respecto a la antelación con la cual se ha de enviar el resumen de tarjeta de crédito. Ésta es una cuestión reservada a la ley 25.065; sin embargo, la violación de esta obligación constituye también infracción a la ley 24.240 y por lo tanto tiene virtualidad interruptiva de la prescripción liberatoria. Lo mismo ocurre cuando el proveedor violara el tamaño mínimo de letra (res. S.I.C. y M. 906/1998, BO del 7/1/1999) en los documentos que extienda al consumidor; perciba o liquide un interés mayor al autorizado por ley 25.065; retacee la información a la que está obligado, etcétera.

3.1.2. Innecesariedad de declaración administrativa o Judicial

Para que haya infracción, no es necesario que un órgano administrativo o judicial la declare, basta con una colisión entre la conducta y la norma, de allí que la interrupción de la prescripción se

produce desde el momento en que la conducta se manifiesta y no desde que se la declara punible.

Cuando hablamos de conducta, englobamos tanto la acción como la omisión, ya que se puede transgredir el estatuto del consumidor mediante ambas formas. Ejemplo de la última es la abstención de informar.

Frente a una conducta omisiva, cabe preguntarse: ¿cuál es el momento en que la prescripción ha resultado interrumpida? Y la respuesta sólo puede ser desde que lo omitido debió cumplirse.

3.1.3. Infracción nueva o reiterada

La infracción debe ser nueva pero no necesariamente distinta; puede tratarse de la misma infracción reiterada en el tiempo. Pensemos en un contrato de tarjeta de crédito renovable anualmente en forma automática, si al momento de la renovación no se salvan las infracciones cometidas en el contrato original (por ejemplo, violación de la obligación de informar, la inclusión de cláusulas abusivas, etc.), la renovación del contrato, aun en forma automática, constituye nueva infracción aunque idéntica a la anterior. Las infracciones cometidas al redactar el resumen de gastos se renuevan mes a mes y tienen virtualidad interruptiva; de igual forma, si una empresa de servicios públicos sobrefactura reiteradamente los consumos, la prescripción se interrumpe con la facturación de cada período. La lista puede extenderse al infinito pero baste dejar en claro que la trasgresión debe ser nueva aunque no necesariamente original.

3.1.4. Indeterminación de la víctima

No es necesario que la víctima sea el mismo consumidor titular de la acción cuya prescripción se interrumpe, puede tratarse de

otro consumidor e incluso de una infracción que no afecte a un consumidor determinado sino al orden público como es el caso de la publicidad engañosa. Esto se desprende de la letra de la ley que no distingue, y por lo tanto no permite distinguir, pero también de la finalidad por ella perseguida que tal como lo dijimos anteriormente es lograr la verdadera vigencia del sistema de consumo.

Ossola⁹⁵ disiente de esta hipótesis que ya fuera expuesta en una obra anterior⁹⁶, pues entiende que ello implicaría la imprescriptibilidad de la acción y es principio de la materia aquel según el cual todas las acciones prescriben salvo disposición expresa de la ley.

No coincidimos con la mencionada crítica. La acción será prescriptible en la medida en que el proveedor comience a cumplir con la ley y no incurra en nuevas trasgresiones, finalidad que consideramos implícita en la norma y que paralelamente constituye una aspiración generalizada. En síntesis, reiteramos que cualquier trasgresión del proveedor interrumpe el plazo prescriptivo, el cual vuelve a iniciarse a partir de que aquél acata la norma y le da pleno cumplimiento.

3.2. Actuaciones judiciales

Para el Código Civil, una de las causales interruptivas de la prescripción liberatoria es la “*interposición de la demanda*”. La ley 24.240 por el contrario se refiere a “*actuaciones judiciales*”. Corresponde entonces determinar la causa de esta diferenciación y las consecuencias prácticas que conlleva.

⁹⁵ OSSOLA, Federico A., “La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo”; LL del 6/11/2006.

⁹⁶WAYAR y FLASS en WAYAR, Ernesto C., *Tarjeta de crédito y defensa del usuario*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 368.

Al interpretar una norma, no se puede suponer que el legislador haya actuado en forma inadvertida, para el caso que hubiera equivocadamente usado como sinónimo palabras que no lo son (demanda y actuaciones judiciales).

Si el legislador quería que la prescripción liberatoria se interrumpa con la interposición de la demanda hubiera guardado silencio, pues el Código Civil, de aplicación supletoria, lo dice con suficiente claridad. Resulta obvio, salvo que presumamos reiteraciones innecesarias en la ley, que cuando menta “*actuaciones judiciales*”, alude a algo distinto que la mera interposición de la demanda.

Las actuaciones judiciales han sido definidas como “*Hechos voluntarios que tienen por efecto directo e inmediato la constitución, el desenvolvimiento o la extinción del proceso, sea que procedan de las partes, de sus auxiliares, del órgano judicial o de sus auxiliares, o de terceros vinculados a aquél con motivo de su designación, citación o requerimiento destinados al cumplimiento de una función determinada*”⁹⁷.

Existen actuaciones judiciales distintas de la demanda pues aquéllas son el género y ésta la especie. Por otro lado, la demanda siempre es interpuesta por un actor en contra de un demandado, resultando obvio que para que tenga virtualidad interruptiva debe ser instaurada por el acreedor frente al deudor. Las actuaciones judiciales, por el contrario, pueden ser atribuidas al actor, al demandado o al órgano jurisdiccional.

Veamos algunas de las consecuencias de lo dicho:

⁹⁷ Palacio, Lino E., *Manual de derecho procesal civil*, t. 1, 1ª cd. actualizada. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1993, ps. 355/356.

3.2.1. Perención de instancia y desistimiento

La perención de la instancia y el desistimiento tienen un efecto distinto al del art. 3987, CCiv.

Conforme al art. 3987, CCiv., la perención y el desistimiento aniquilan el efecto interruptivo ya producido. No ocurre lo mismo en la acción de consumo, veamos por qué:

Para el Código Civil, es la demanda la que interrumpe la prescripción, mientras que para la LDC, la prescripción resulta interrumpida no sólo por la demanda sino por cualquier actuación judicial.

El art. 3987, CCiv., dice que la perención y el desistimiento hacen que se tenga por no sucedida la interrupción “...*causada por la demanda*”. ¿Qué pasa entonces cuando la interrupción ha sido causada por otras actuaciones judiciales distintas de la demanda?

La caducidad y el desistimiento del proceso no aniquilarán la existencia de las actuaciones subsecuentes; éstas no desaparecen sin más del mundo jurídico y algunos de los efectos producidos persisten, así por ejemplo, el art. 318 del CPC federal dice que la caducidad “...*no perjudica las pruebas producidas*”, las cuales pueden hacerse valer en un nuevo juicio. Esto nos está indicando que la perención no aniquila los efectos de “todas” las actuaciones judiciales sino solamente de la demanda y como para el Código Civil sólo la demanda interrumpe la prescripción, resulta lógico entonces que perimida la instancia se aniquile el efecto interruptivo; por el contrario, para la LDC la prescripción es interrumpida no sólo por la demanda sino también por las otras actuaciones judiciales, de allí que la perención no afecte las otras actuaciones distintas de la demanda. El efecto del art. 3987 es claro y concreto: se refiere exclusivamente a la demanda y debe interpretarse con carácter restrictivo. Pensemos que aun después de declarada la caducidad de

instancia, se realizan en el proceso una serie de actos (notificaciones, pagos de planillas fiscales, etc.) que si bien no son demandas (acto interruptivo del derecho civil), sí son actuaciones judiciales (acto interruptivo del derecho de consumo).

En conclusión, la perención de instancia y el desistimiento sólo aniquilan el efecto interruptivo de la demanda pero no el de las otras actuaciones judiciales.

3.2.2. La querella

La querella produce la interrupción de la prescripción.

Para el Código Civil, la querella sólo suspende la prescripción, lo cual es lógico ya que la iniciación del proceso no se hace, técnicamente, mediante demanda. En las acciones de consumo no ocurre lo mismo, la querella es una actuación judicial y como tal tiene carácter interruptivo y no meramente suspensivo. El resto de las actuaciones judiciales llevadas a cabo en el proceso penal también tienen carácter interruptivo, lo mismo que la simple denuncia.

La Ley de Defensa del Consumidor nada dice respecto de quién debe resultar demandado para que se produzca el efecto interruptivo; sin embargo, parece lógico aplicar supletoriamente el art. 3986 del Código Civil y afirmar que el demandado debe ser el proveedor, caso contrario nos encontraríamos ante el absurdo de que mientras funcionen los tribunales no se produciría la prescripción y si bien nada malo encontramos en ello no creemos que ésa haya sido la voluntad del legislador.

También resulta evidente que la demanda y las actuaciones judiciales que en su consecuencia se realicen deben versar sobre el mismo derecho subjetivo que la acción, dicho de otra forma: no cualquier juicio del consumidor contra el deudor suspende el curso

de todas las acciones derivadas de la relación de consumo que aquél pueda intentar contra éste.

En el derecho comparado encontramos que la Ley de Protección del Consumidor de Québec (art. 276) establece que cuando el proveedor demanda al consumidor, éste puede invocar mediante excepción o reconvencción algunos de los derechos reconocidos en la ley aunque la acción para hacerlos valer hubiera proscripto⁹⁸.

Realmente se trata de una disposición interesante que viene a solucionar la injusticia que se podría producir cuando el plazo de prescripción de la acción del proveedor contra el consumidor (v.gr., responsabilidad contractual) es mayor que el que tiene la de éste contra aquél. Desgraciadamente nuestra Ley de Defensa del Consumidor no contiene una disposición similar y sería óptimo incluirla en una posterior reforma.

3. 3. Actuaciones administrativas

Por actuaciones administrativas debemos entender las sustanciadas ante la Administración Pública nacional o provincial. Id ejemplo típico son las denuncias ante la Secretaría de Comercio o sus delegaciones. Sin embargo, hay otros supuestos que engendran dudas.

⁹⁸ *“Le consommateur peut invoquer en défense o dans une demande reconventionnelle un moyen prévu par la présente loi qui tend à repousser une action ou à faire valoir une droit contre le comer[^]ant même si le délai pour s'en prévaloir par action directe est expiré”.*

3.3.1. El reclamo ante las empresas de servicios públicos

La mayoría de los reglamentos de servicios creados a partir de las privatizaciones establecen que, frente a una violación a los derechos del usuario, éste debe reclamar primero al concesionario.

Ahora bien, el concesionario es una persona privada, no integra la Administración Pública y de allí que no se podría considerar al reclamo como una actuación administrativa.

Si bien lo dicho anteriormente es cierto en el sentido de que las empresas de servicios públicos no son Administración Pública, no es menos cierto que el reclamo es el acto inicial, indispensable para la apertura de un procedimiento que tiene comoalzada al ente regulador, el cual sí integra la Administración Pública.

No puede concebirse que la apertura de un proceso administrativo no constituya a su vez actuación administrativa. De allí que se deba considerar al reclamo con virtualidad interruptiva de la acción de consumo.

3.3.2. La impugnación del resumen

Nos referiremos aquí no sólo a los resúmenes de tarjeta de crédito, sino a todos los estados de cuenta que los bancos envían periódicamente a sus clientes y donde constan créditos y deudas.

La impugnación del resumen se hace ante una institución bancaria que no pertenece a la Administración Pública ni da cabida a un proceso de carácter administrativo. ¿Tiene entonces carácter interruptivo?

Hasta tanto el banco se expida respecto a la impugnación, el cargo atacado no constituye deuda exigible y en consecuencia no ha comenzado aún el curso de la prescripción. En síntesis, la impugnación del resumen no tiene carácter interruptivo por el simple hecho de que todavía no hay prescripción en curso.

3.3.3. El arbitraje de consumo

En nuestro país, el arbitraje de consumo se encuentra regulado por la dec. 276/1998 creador del SNAC (Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo), donde se crean varios tribunales arbitrales dependientes de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería. La adhesión al sistema se hace, en cuanto al proveedor por la inscripción en un registro *ad hoc*; el consumidor, por su parte, se adhiere tácitamente al concurrir ante el mencionado tribunal. No me caben dudas de que el procedimiento arbitral, en el caso mencionado, tiene carácter administrativo y en ese sentido constituye una de las causales interruptivas previstas por la ley 24.240.

Ahora bien, puede darse el supuesto de que proveedor y consumidor decidan recurrir al arbitraje de un particular distinto a los tribunales del SNAC; en este caso no habrá actuación administrativa alguna que pueda atribuirse a las partes y en consecuencia no habrá interrupción de la prescripción liberatoria, salvo en el supuesto previsto en el Código Civil (art. 3988), el cual es de aplicación supletoria y siempre que se den los requisitos en él establecidos, es decir que se trate de un litigio sobre posesión o propiedad (supuesto poco probable en el derecho del consumo) y que el compromiso arbitral se hubiera celebrado mediante escritura pública.

Una destacada doctrina entiende que cuando el reclamo administrativo tiene por finalidad la aplicación de una sanción y no impide la promoción de la demanda ni es necesario para ello, carece

de virtualidad interruptiva⁹⁹. Disentimos: la denuncia ante la autoridad de aplicación siempre persigue la aplicación de una sanción al proveedor trasgresor; sin embargo, la *ley prevé* dentro del procedimiento administrativo una etapa de conciliación y recién cuando la conciliación no se produce se aplica, en caso de que así se considere, la sanción respectiva. Es evidente que el consumidor denuncia una trasgresión y pide una sanción pero también tiene la expectativa de ser restablecido en su derecho mediante conciliación aunque no lo manifieste expresamente en su denuncia.

Por otro lado, cuando el reclamo administrativo es necesario para la promoción de la demanda no estamos ante una causal de interrupción pues simplemente la acción judicial no se tendrá por “nacida” sino después de haber agotado la vía administrativa y recién con ese hecho comenzará a correr el curso prescriptivo. Evidentemente cuando el legislador declara que las actuaciones administrativas interrumpen el curso de la prescripción no se refiere a aquellas que son trámite previo necesario pues si así fuera le hubiera bastado con guardar silencio.

El art. 50 dice que se interrumpe el curso de la prescripción por la iniciación de actuaciones administrativas sin especificar si éstas tienen el carácter de necesarias o si la intención de quien denuncia es la aplicación de la sanción o el restablecimiento del derecho subjetivo conculcado. En consecuencia, donde ya la ley no distinga tampoco debemos distinguir nosotros. Esto nos lleva a sostener, tal como ya lo dijimos, que toda actuación administrativa referida al derecho conculcado tiene virtualidad interruptiva respecto a la acción judicial para hacerlo valer, sea que se trate de un trámite necesario o contingente y sea que tenga por finalidad la aplicación de una sanción o el restablecimiento de un derecho conculcado.

⁹⁹ Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 502.

3.4. El reconocimiento de deuda

Tal como lo adelantáramos anteriormente, el Código Civil es de aplicación subsidiaria y, en consecuencia, si encontráramos en él una causal interruptiva a la cual la ley 24.240 no hubiera hecho referencia, ésta tiene igual virtualidad no obstante el silencio de la norma consumerista.

El art. 3989, CCiv., considera que la prescripción liberatoria queda interrumpida por el reconocimiento expreso o tácito que el deudor hace del derecho de aquel contra quien prescriba y lo mismo cabe predicar en el caso de una relación de consumo.

Lo dicho vale también para todas las causales de suspensión del curso de la prescripción dispuestas por el Código Civil.

4. El proyecto de reforma a la LDC

El 9 de agosto de 2006, fue aprobado por la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación un proyecto de reforma a la ley 24.240¹⁰⁰ que contó con la adhesión de una amplia mayoría (140 a 10) e introduce novedades verdaderamente revolucionarias tales como la positivización de la sanción punitiva de daños (*punitives dammages*) y si bien todavía precisa la aprobación en la Cámara alta¹⁰¹ su estudio no puede ser soslayado en la materia que nos ocupa.

¹⁰⁰ Expte. 1061-D-2006, proyecto presentado por los diputados Stella Maris Córdoba, Juan Manuel Irrazabal, Eduardo Gabriel Macaluse, Heriberto Eloy Mediza, Adrián Perez y Patricia Vaca Narvaja.

¹⁰¹ BERSTEN, Horacio, "Notas salientes del Proyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor", El Dial DC992.

El art. 24 del proyecto propone sustituir el actual art. 50 de la Ley 24.240 por el siguiente texto:

“Art. 50: Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente, se estará el más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de actuaciones judiciales o administrativas”.

No cabe duda de que la redacción del proyecto gana en claridad frente al actual art. 50, LDC, y en caso de ser aprobado se diluiría definitivamente la confusión introducida por la doctrina Stigliz Compiani que expusieramos anteriormente, pues se distingue perfectamente las acciones judiciales, las acciones administrativas (si pueden llamarse así) y las sanciones. Se mantiene el término “*emergente*” que ha hecho incurrir en confusión a la Corte Suprema de Justicia de Tucumán y que hubiera sido conveniente sustituirlo aunque ello no nos hubiera aportado mayor optimismo pues, como dijimos en su oportunidad al comentar el fallo aludido, se trata de una construcción dogmática y voluntarista del tribunal con muy poca o ninguna fidelidad al texto legal.

El proyecto prevé que cuando existiera un plazo de prescripción más amplio para la acción respectiva se deberá aplicarlo. Queda así consagrada la doctrina creada, vía hermenéutica, por Larín y si bien disentimos del conocido juriconsulto en que tal interpretación hubiera sido factible en el marco del actual texto del art. 50, no podemos sino congratular su inclusión expresa en la reforma. Respecto de la aplicación del plazo más largo derivado del derecho común, encontramos que el legislador no requiere la duda en el juzgador, es decir que el juez siempre habrá de aplicar el plazo más largo independientemente de toda duda, exorcizándose así la excesiva discrecionalidad judicial amparada en el razonamiento de

“no dudo ergo aplico el derecho que a mí me place”, cuestión ya tratada anteriormente.

Por último, conserva las causales de interrupción tal cual están en el texto originario y que fueron interpretadas en su oportunidad.

Respecto a la prescripción de las acciones de consumo, la reforma es —a no dudarlo— altamente positiva.

A modo de conclusión debemos decir que el derecho del consumo ha venido a impactar en el sistema tradicional, con normas revolucionarias cuya comprensión exige un cambio de mentalidad que en ocasiones tarda en llegar. Vemos a través del articulado de la Ley de Defensa del Consumidor cómo se derrumban instituciones que creíamos inamovibles para levantarse otras nuevas; sin duda, la prescripción de las acciones es una etapa de ese proceso y para comprenderla debemos sacudirnos el pasmo que nos produce la novedad. Es ésta una tarea ardua que deberá enfrentar la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, el camino más largo comienza con el primer paso y es menester darlo.