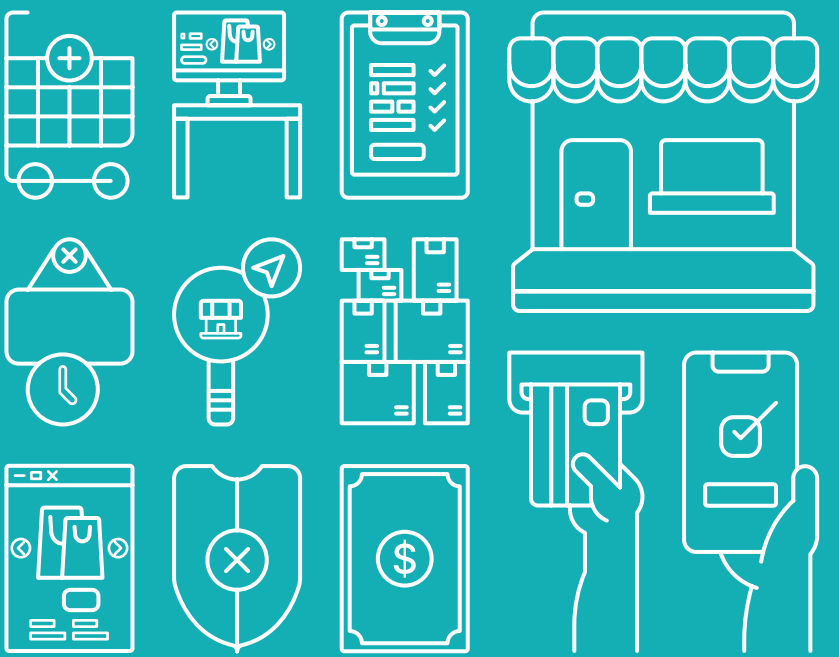
COLECCIÓN RELACIONES DE CONSUMO

LEY Nº 24240
DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

COMENTADA Y CONCORDADA



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

JUS BAI RES EDITORIAL

Ley Nº 24240 de Defensa del Consumidor
Comentada y concordada

www.editorial.jusbaires.gob.ar
editorial@jusbaires.gob.ar
fb: /editorialjusbaires
Av. Julio A. Roca 534 [C1067ABN]
+5411 4011-1320

Sello Buen Diseño argentino

Ley N°24240 de Defensa del Consumidor : comentada y concordada / M. Constanza Garzino ... [et al.] ; Compilación de Dèbora T. Marhaba Mezzabotta ; Juan Martín Scarramberg. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2024.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-354-7

1. Derechos del Consumidor . I. Garzino, M. Constanza II. Marhaba Mezzabotta, Dèbora T., comp. III. Scarramberg, Juan Martín, comp.
CDD 343.071

© Editorial Jusbaires, 2024
Hecho el depósito previsto según Ley N° 11723

Declarada de interés por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Res. Nro. 543-2018

Consejo Editorial
Presidente:
Luis Duacastella Arbizu

Miembros:
María Julia Correa
Karina Leguizamón
Javier Alejandro Buján
Laura Perugini
Alejandra García

Editorial Jusbaires
Coordinación General: Alejandra García
Dirección: Débora Tatiana Marhaba Mezzabotta

Revisión de contenidos: Daiana Fernández y Martha Barsuglia
Edición: Daiana Fernández, Martha Barsuglia, María del Carmen Calvo, Analía Córdoba, Nicolás Pérez Felicioni y Fabiana Cosentino
Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa, Mariana Palomino, Pablo Leboeuf y Manuel Vélez Montiel

Diseño: Esteban J. González
Ilustración de tapa: Gonzalo M. Cardozo

Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Consejo de la Magistratura

Autoridades

Presidenta

María Julia Correa

Vicepresidenta 1ª

Karina Leguizamón

Vicepresidente 2º

Luis Duacastella Arbizu

Consejeros

Rodolfo Ariza Clerici
Lorena Clienti
Javier Concepción
Manuel Izura
Jorge Rizzo
Fabiana Haydeé Schafrik

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DE LA LEY

María Constanza Garzino
Artículo 1

Débora T. Marhaba Mezzabotta y Nicolas Pérez Felicioni
Artículo 2

Sandra A. Frustagli
Artículo 3

Johanna C. Faliero
Artículo 4

Paula M. Cicchino
Artículos 5 y 40

Matías N. Núñez Ostiz
Artículo 6

Julián Lamanna
Artículo 7

Jorge Surin
Artículo 8

Gabriela A. Iturbide y Manuel J. Pereira
Artículo 8 bis

Patricio Cánepa
Artículos 9, 10 y 10 ter

Juan C. Boragina y Jorge A. Meza
Artículo 10 bis

María Rosa Muiños
Artículo 10 quater

Melanie D. Salcedo
Artículos 11 a 18

Fernando Pagliuca
Artículos 19 a 24

Norberto C. Darcy
Artículos 25 a 31

Eduardo Molina Quiroga
Artículos 32 a 35

Gonzalo M. Rodríguez
Artículo 36

María Celeste Colombo
Artículos 37 a 39

Luciano Carfagno
Artículo 40 bis

Vilma C. Bouza
Artículos 41 a 44

Leonardo Lepíscopo
Artículos 45 a 49

Sandra Wierzba
Artículo 50

Sebastián H. Carreira Ochoa
Artículo 51

Carlos E. Tambussi
Artículo 52

Sebastián Barocelli
Artículo 52 bis

Darío E. Reynoso y
Anabel Papa
Artículo 53

Pedro Galmarini
Artículos 54 y 54 bis

Gustavo Cultraro
Artículos 55 a 58

Romina N. Costa y
Florencia Singla
Artículo 59

Agustina N. Vázquez
Artículos 60 a 62

Juan Martín Scarramberg
Artículo 63

Lucas Bellotti
Artículo 65

ÍNDICE

PRESENTACIÓN..... 13

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TÍTULO I. NORMAS DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1. Objeto. Consumidor. Equiparación 19

Art. 2. Proveedor 50

Art. 3. Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia 80

CAPÍTULO II. INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR Y PROTECCIÓN DE SU SALUD

Art. 4. Información 95

Art. 5. Protección al Consumidor 135

Art. 6. Cosas y Servicios Riesgosos 177

CAPÍTULO III. CONDICIONES DE LA OFERTA Y VENTA

Art. 7. Oferta 185

Art. 8. Efectos de la publicidad 204

Art. 8 bis. Trato digno. Prácticas abusivas 224

Art. 9. Cosas deficientes usadas o reconstituidas 259

Art. 10. Contenido del documento de venta 264

Art. 10 bis. Incumplimiento de la obligación 270

Art. 10 ter. Modos de rescisión 280

Art. 10 quater. Prohibición de cobro 285

CAPÍTULO IV. COSAS MUEBLES NO CONSUMIBLES
Art. 11. Garantías 303
Art. 12. Servicio técnico 314
Art. 13. Responsabilidad solidaria 318
Art. 14. Certificado de Garantía 320
Art. 15. Constancia de reparación 324
Art. 16. Prolongación del Plazo de Garantía 327
Art. 17. Reparación no satisfactoria 328
Art. 18. Vicios redhibitorios 335
CAPÍTULO V. DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS
Art. 19. Modalidades de prestación de servicios 341
Art. 20. Materiales a utilizar en la reparación 345
Art. 21. Presupuesto 347
Art. 22. Supuestos no incluidos en el presupuesto 350
Art. 23. Deficiencias en la prestación del servicio 353
Art. 24. Garantía 357
CAPÍTULO VI. USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS
Art. 25. Constancia escrita. Información al usuario 361
Art. 26. Reciprocidad en el trato 384
Art. 27. Registro de reclamos. Atención personalizada 384
Art. 28. Seguridad de las Instalaciones. Información 388
Art. 29. Instrumentos y unidades de medición 390
Art. 30. Interrupción de la prestación del servicio 397
Art. 30 bis 400
Art. 31 402
CAPÍTULO VII. DE LA VENTA DOMICILIARIA, POR CORRESPONDENCIA Y OTRAS
Art. 32. Venta domiciliaria 409
Art. 33. Venta por correspondencia y otras 413
Art. 34. Revocación de aceptación 419
Art. 35. Prohibición 423
CAPÍTULO VIII. DE LAS OPERACIONES DE VENTA DE CRÉDITO
Art. 36. Requisitos 425

CAPÍTULO IX. DE LOS TÉRMINOS ABUSIVOS
Y CLÁUSULAS INEFICACES
Art. 37. Interpretación 457
Art. 38. Contrato de adhesión. Contratos en formularios 477
Art. 39. Modificación contratos tipo 484
CAPÍTULO X. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS
Art. 40 487
Art. 40 bis. Daño directo 527

TÍTULO II. AUTORIDAD DE APLICACIÓN. PROCEDIMIENTO Y SANCIONES
CAPÍTULO XI. AUTORIDAD DE APLICACIÓN
Art. 41. Aplicación nacional y local 555
Art. 42. Facultades concurrentes 557
Art. 43. Facultades y atribuciones 564
Art. 44. Auxilio de la fuerza pública 574
CAPÍTULO XII. PROCEDIMIENTO Y SANCIONES
Art. 45. Actuaciones administrativas 575
Art. 46. Incumplimiento de acuerdos conciliatorios 596
Art. 47. Sanciones 598
Art. 48. Denuncias maliciosas 604
Art. 49. Aplicación y graduación de las sanciones 606
Art. 50. Prescripción 609
Art. 51. Comisión de un delito 619
CAPÍTULO XIII. DE LAS ACCIONES
Art. 52. Acciones judiciales 631
Art. 52 bis. Daño punitivo 656
Art. 53. Normas del proceso 686
Art. 54. Acciones de incidencia colectiva 705
Art. 54 bis 727
CAPÍTULO XIV. DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES
Art. 55. Legitimación 731
Art. 56. Autorización para funcionar 747
Art. 57. Requisitos para obtener el reconocimiento 757
Art. 58. Promoción de reclamos 760

CAPÍTULO XV. ARBITRAJE
Art. 59. Tribunales arbitrales 763

TÍTULO III. DISPOSICIONES FINALES
CAPÍTULO XVI. EDUCACIÓN AL CONSUMIDOR
Art. 60. Planes educativos 805
Art. 61. Formación del consumidor 814
Art. 62. Contribuciones estatales 815
CAPÍTULO XVII. DISPOSICIONES FINALES
Art. 63 819
Art. 64 840
Art. 65 841
Art. 66 852

SOBRE LOS AUTORES 855

Presentación

En el año 1993 se sancionó la ley Nº 24240 de Defensa del Consumidor. Este hito, ciertamente un avance para su época, fue un puntapié fundamental en la protección de la llamada "parte débil en las relaciones de consumo". Con más de 30 años de vigencia, esta normativa ha tenido como finalidad equilibrar un vínculo estructuralmente desequilibrado: la relación de consumo entre el consumidor y el proveedor.

Esta atadura jurídica, definida en el artículo 3 de la ley que aquí se comenta, atraviesa y penetra transversalmente casi la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico. Con el correr de los años y con una velocidad inusitada, hemos visto su aplicación en diversos ámbitos del derecho, que antes eran reservados exclusivamente para algunas de sus ramas.

Con mayor énfasis, luego de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación del artículo 42, comenzamos a observar que la Ley Nº 24240 era invocada para resolver cuestiones de servicios públicos, de salud pública o privada, reclamos ante entidades educativas, ante compañías de transporte público, en materia de seguros, entre muchas otras.

A su vez, la ley actuó como la punta del iceberg en materia de normativa de consumidores y usuarios. Así, desde el año 1993 comenzaron a sancionarse leyes que hacen expresa remisión a la Ley Nº 24240, como por ejemplo la ley de tarjeta de crédito o la ley de medicina privada. En tal sentido, se comenzó a reconocer, más allá de algunas reticencias, que los derechos consagrados en la ley de defensa del consumidor resultaban –y resultan– irrenunciables en virtud del orden público de la norma.

Desde hace años se abandonó la idea de que esta ley era exclusiva del ámbito del derecho patrimonial privado y se logró empezar a difuminar los límites estrictos entre este y el derecho público. Con mayor virtualidad, ello hoy se ve reforzado por el título preliminar del Código Civil y Comercial de la Nación.

Este último cuerpo normativo no solo nos recordó que la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional resultaban normativa apta para resolver los casos, sino que también incluyó normas específicas sobre los contratos de consumo, cláusulas abusivas, trato digno y equitativo,

modalidades especiales de contratación, contratos bancarios celebrados con consumidores. En apretada síntesis, incorporó el núcleo duro de derechos que ya se reflejaban en la Ley Nº 24240.

El desarrollo del proceso de autonomía ha permitido que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuente con tribunales propios con competencia judicial en materia de relaciones de consumo. Más cerca en el tiempo, en otro hito innovador, en el año 2021 la Legislatura Porteña aprobó mediante la Ley Nº 6407 el Código Procesal para las Relaciones de Consumo en el Ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, brindando un marco procesal para los conflictos que en materia de defensa del consumidor debían ser resueltos en el ejido de esa ciudad.

Esta breve –y ciertamente injusta– contextualización nos permite entender por qué se decidió llevar adelante este proyecto editorial, centrado en la Ley N° 24240 y en su desarrollo en estos treinta años desde su sanción.

Siempre es bueno recordar los objetivos de nuestra editorial, ya que ellos son los principios por los cuales nos guiamos: brindar un servicio para difundir las fuentes del derecho, cumpliendo con el propósito de acercar la Justicia a los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires y contribuyendo a lograr una sociedad justa, plural y democrática. Así, con dicha finalidad, brindamos acceso a los ciudadanos a las normas, jurisprudencia y doctrina jurídica de la Ciudad de Buenos Aires; a los abogados, recursos de calidad para que cumplan eficazmente con su labor profesional; y a los magistrados y demás miembros del Poder Judicial, la posibilidad de divulgar sus producciones académicas para ponerlas a disposición del público.

Además, tanto para la protección como para la resolución de los conflictos que deriven de las relaciones de consumo es necesario conocer primero los derechos que nos protegen como consumidores/as. Por ello, la primera finalidad de este libro es brindar el acceso libre a una norma comentada por excelentes profesionales de diferentes partes del país, que además tienen un gran recorrido en la materia que nos convoca para conocer los derechos y obligaciones que nos corresponden en las relaciones de consumo. La segunda finalidad es aportar a todo profesional que precise introducirse o profundizar sus conocimientos en la materia un insumo de calidad que es una herramienta valiosa tanto para el estudio como para la práctica de la profesión jurídica.

De este modo, convocamos a autores que poseen una valiosa trayectoria en la materia, como también a jóvenes que se forman con un fuerte compromiso por el respeto a las leyes y por una defensa seria de los consumidores y usuarios.

Agradecemos profundamente los significativos aportes de los autores y autoras de este libro, que han colaborado para que este proyecto se convirtiera en realidad: María Constanza Garzino, Débora Marhaba Mezzabotta, Nicolás Pérez Felicioni, Sandra Frustagli, Johanna Faliero, Paula Cicchino, Matías Núñez Ostiz, Julián Lamanna, Jorge Surin, Gabriela Iturbide, Manuel Pereira, Patricio Cánepa, Juan Carlos Boragina, Jorge Meza, María Rosa Muiños, Melanie Salcedo, Fernando Pagliuca, Norberto Darcy, Eduardo Molina Quiroga, Gonzalo Rodríguez, María Celeste Colombo, Luciano Carfagno, Vilma Bouza, Leonardo Lepíscopo, Sandra Wierzba, Sebastián Carreira Ochoa, Carlos Tambussi, Sebastián Barocelli, Darío Reynoso, Anabel Papa, Pedro Galmarini, Gustavo Cultraro, Romina Costa, Florencia Singla, Agustina Noelí Vázquez, Juan Martín Scarramberg y Lucas Bellotti.

Todos/as se desempeñan en diferentes jurisdicciones de nuestro país, tanto en el poder judicial como en la profesión liberal, poseen una gran trayectoria y comparten el ánimo por la formación y capacitación constante para brindar desde sus lugares un mejor servicio de justicia. No cabe dudas de que sus aportes hacen a la pluralidad de voces acerca de una ley nacional que en el año 2023 ha cumplido 30 años de vigencia y que se aplica en todos los fueros locales.

Por último, agradecemos a Débora Marhaba y a Juan Martín Scarramberg que han coordinado y participado de esta obra que hoy ofrecemos al público.

Editorial Jusbaires

TÍTULO I
Normas de protección y defensa de los consumidores

CAPÍTULO I
Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto. Consumidor. Equiparación*

La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

(Artículo sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la Ley N° 26994, BO 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 01/08/2015, texto según art. 1 de la Ley N° 27077 BO 19/12/2014).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1092, 1093 del CCCN.*

Esta obra tiene por fin analizar detenidamente y comentar cada una de las normas de la Ley N° 24240 de "Defensa del Consumidor" (en adelante LDC), comenzado en esta oportunidad por su primer artículo que fija su objeto y brinda una definición del sujeto tutelado.

De la lectura del artículo transcripto se sigue que la ley determina expresamente que su objeto es "... la defensa del consumidor o usuario..." dejando en claro que el foco está en la tutela del sujeto débil de la relación de consumo, con las consecuencias que ello implica.

En función de lo expuesto es que a la rama del derecho que estudia la temática se la denomine "derecho del consumidor" y no "derecho del consumo", pues la primera denota que el eje es la persona del consumidor y no el hecho del consumo.

* Comentario sobre el artículo 1 por María Constanza Garzino.

Esta visión importa reconocer y destacar la tutela del sujeto vulnerable –en el mercado– y la incorporación del "principio protectorio",[1] receptado en los artículos 42 de la Constitución Nacional (en adelante CN) y 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) que tiene en miras la protección de la persona y la incorporación de los derechos humanos en la temática, así como también del "principio de interpretación más favorable al consumidor",[2] consagrado en los artículos 3 de la LDC y 7, 1094 y 1095 del CCCN.

Por otro lado, el régimen de protección del consumidor se caracteriza por incluir reglas, principios y mecanismos de derecho público y privado, regulaciones de carácter nacional e internacional, e involucrar diversas ramas del derecho trasversalmente: civil, comercial, administrativo, constitucional, tributario, procesal, etcétera, por ello, se extiende y atraviesa todo el ordenamiento jurídico.

Además, la protección del consumidor tiene tutela constitucional pues, está expresamente consagrado en el artículo 42 de la Carta Magna, es de orden público por estipulación del artículo 65 de la LDC, con todas las implicancias que de ello se deriva.

En definitiva, la normativa tuitiva pretende proteger al consumidor y de allí la relevancia de determinar quién es dicho sujeto, cuestión a la que nos referiremos a continuación por ser el contenido del artículo 1 de la LDC que comentamos.

1. El principio protectorio se fundamenta en la debilidad y vulnerabilidad estructural del consumidor y tiene anclaje en el art. 42 de la CA que establece el deber de las autoridades (Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial) de: "… proveer a la protección de los derechos de usuarios y consumidores", tal como lo explica Sergio Barocelli en "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año VI, Nº 1, Buenos Aires, La Ley, febrero de 2015, p. 64.

2. Su objetivo es determinar la prevalencia de la protección del sujeto débil ante todo supuesto de conflicto de intereses, de integración normativa, o de duda. Hace tiempo Moisset de Espanés y Tinti advirtieron que se trata de: "… una moderna aplicación de la llamada regla *"favor debitoris"* en: Moisset De Espanés, Luis; Tinti, Guillermo P., "El consumo, el derecho del consumidor y la regla "favor debitoris", en Lorenzetti, Ricardo L.; Schôtz; Gustavo J., (coords) y AA. VV., *Defensa del consumidor*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2003, p. 108.

La determinación del consumidor

La categoría del consumidor difiere de acuerdo a la regulación que cada Estado establezca y tampoco tiene una determinación uniforme en las regulaciones internacionales ni en las nacionales.

En consecuencia, se admite que la noción del consumidor no está circunscripta de modo concreto y definitivo, pues depende de la conceptualización legal concreta que en cada ámbito específico de protección se pretenda establecer.[3]

Por su parte, la aplicación del marco jurídico tuitivo le concede al consumidor una serie de "ventajas" (sustanciales y procesales) que el legislador determinó a fin de equilibrar a las partes en la relación de consumo, por ello, la correcta delimitación del sujeto tutelado redunda en seguridad jurídica y certeza en la aplicación del derecho.

A nivel internacional, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), las "Directrices para la Protección del Consumidor", de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), de 2016 contienen una definición de consumidor, al regular el ámbito de aplicación, en los siguientes términos:

> II. 3. … el término "consumidor" hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos, si bien se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas.[4]

Su lectura permite concluir que si bien refiere a la persona física (humana para nuestro CCCN), deja abierta la posibilidad a que

3. SCJ de Mendoza, 12/10/06, "Sellanes, Elian c/ Frávega .S.A.C.I. E I. p/ ord. s/ inc. cas." Voto de Aída Kemelmajer de Carlucci. Disponible en: http://www2.jus.mendoza.gov.ar/documental/jurisprudencia/consulta/fallo.php?fallo=06199238&ta=sc_fallos; Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto; Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo, *Estudios sobre protección de los consumidores*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 109; Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado de Derecho del Consumidor*, (dirs.), Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, T. I, 2015, p. 405; Botana García, Gema, "La noción de consumidor", en: Lasarte Álvarez, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, Dikson, 2010, p. 58.

4. Disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf [fecha de consulta: 15/08/2023].

también pueda serlo la jurídica al anteceder los términos: "por lo general". Por otro lado, expresamente se consigna que los Estados pueden adoptar definiciones distintas de conformidad a sus necesidades en particular, tal como ocurre en la realidad ya que cada régimen jurídico nacional identificó al consumidor de diversas formas.

En el ámbito del Mercosur, el Grupo Mercado Común (órgano ejecutivo) dictó hace años la Resolución Nº 34/2011, de fecha 17 de diciembre de 2011: "*Defensa del consumidor – Conceptos básicos*" en aras a lograr una armonización de las legislaciones en materia de consumo en al ámbito regional. El artículo 1. "A" de dicha Resolución conceptualizó al consumidor en los siguientes términos:

> … es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

La definición legal

En nuestro país, existe una definición única, genérica, aplicable a todos los casos en que se cumplan con los requisitos para tal calificación e independientemente del objeto del contrato o área de interés protegida, tal como lo prevé el artículo 1 de la LDC en estudio y el artículo 1092 del CCCN.

Concretamente, la norma denomina al consumidor como toda "persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social…" y agrega que además:

> Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La figura del consumidor es denominada de diversos modos, algunos resultan sinónimos, otros más específicos o más genéricos; los términos utilizados son: usuario, comprador, adquirente, consumidor final, o cliente.

En general, existe consenso doctrinario y jurisprudencial en designar al consumidor o usuario indistintamente, pese a que cada uno tiene su propio significado.

La noción de usuario se relaciona con la persona que utiliza el bien o servicio adquirido por el consumidor propiamente dicho, es quien "usa el bien o disfruta del servicio sin haberlo contratado", o bien para designar a quien disfruta exclusivamente de servicios, diferenciándolo del consumidor que lo hace respecto a bienes.

Por otro lado, el término consumidor tiene su origen en la economía, y consiste en el sujeto que constituye el último eslabón de la cadena de producción y comercialización de un bien o servicio, es decir: quién lo adquiere para aprovechar su valor de uso pues, no lo integrará en un proceso productivo.

Desde otro punto de vista, en miras a determinar el ámbito subjetivo de aplicación del derecho del consumidor indefectiblemente se parte de la noción de relación (relación de consumo, arts. 42 de la CN, 3 de la LDC y 1093 del CCCN), es decir, de una vinculación entre dos o más sujetos, un consumidor y un proveedor. Por tal motivo, se trata de una noción relacional: el consumidor no puede ser definido independientemente del proveedor que es su contraparte necesaria para que pueda surgir la relación de desequilibrio estructural.[5]

Si bien la conceptualización de cada una de las partes es independiente, son recíprocamente referenciadas y la figura del consumidor se caracteriza y adquiere trascendencia cuando se la ubica frente al proveedor.[6]

5. Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto; Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo, *op. cit.*, pp. 117-118; Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, pp. 76 y 81; Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado…*, *op. cit.*, pp. 383-384; Frustagli, Sandra A.; Hernández, Carlos A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el derecho argentino", en *La Ley*, 20/09/2011, p.1; Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240*, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 116.

6. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado…*, *op. cit.*, T. I, p. 384.

La noción de proveedor se prevé en el artículo 2 de la LDC, a cuyo comentario remitimos, y conforme Sozzo[7] es quien, por su posición en el mercado, se dedica a la fabricación, distribución, comercialización de bienes y servicios para después de transformarlos, reinsertarlos en el mercado como bienes de consumo.

Ahora bien, su determinación adquiere relevancia por dos motivos, uno, aun si un sujeto puede ser considerado consumidor, si no tiene como contraparte en la relación a un proveedor, no será aplicable el derecho del consumidor (noción relacional), tal como lo resolvió la jurisprudencia en diversos fallos[8] en los que se denegó la aplicación del derecho del consumidor porque quien alegaba ser parte débil, en realidad, quedaba subsumido en la noción de empresario o proveedor por destinar el bien o servicio a una actividad productiva reincorporándolo al mercado. Cabe aclarar que tampoco se aplicaría el derecho del consumidor si estuviéramos ante una relación entre dos consumidores, en la que existe igualdad de negociación.

Resta agregar que el derecho del consumidor, en función de la noción amplia de la relación de consumo consagrada en nuestro derecho a partir del artículo 42 de la CN, y luego en la LDC y CCCN, protege no solo a la relación que se origina en un contrato de consumo propiamente dicho (art. 1092 del CCCN), sino también toda la que nazca de un contacto[9] (acto, hecho o situación de consumo) entre sujetos que se vinculen eventualmente por una "relación de consumo", incluso antes que el negocio jurídico se perfeccione o aun cuando ello nunca ocurra, es decir, que también defiende al consumidor potencial.

Estrictamente, retomando las características de la definición legal, el consumidor puede ser tanto una persona humana como una jurídica,

7. Sozzo, Gonzalo, "La nueva delimitación del ámbito de funcionamiento en la protección del consumidor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario: Personas Humanas*, N° 3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 473.

8. CCC de Azul (Bs. As), Sala Primera, 04/09/2014, "Romero, Carlos Alfredo c/ Fiat Auto argentina S.A. y Otro s/ incumplimiento de contrato-daños y perjuicios"; CCC de San Martín (Bs. As.), 14/07/2015, "Compañía de Maxikioscos S.R.L. c/ Forcam S.A. y Otros S/Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)"; CACom., Sala F, 26/5/2011, "Banco de Servicios y Transacciones SA v. Botta, Gerardo A."; CNACom., Sala D, 6/10/2011, "Perón, Roberto v. Renault Argentina SA y otro", entre otros.

9. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado...*, *op. cit.*, T. I, p. 383.

pues al margen de su debate o interpretación a veces restrictiva respecto a esta última, lo cierto es que el legislador no la excluyó en ninguna de las reformas que sufrió la LDC ni en la regulación del CCCN, lo que denota la intención de mantenerla bajo la tutela especial, siempre que se cumplan los requisitos para su calificación como tal, cuestión sobre la que se profundizará en el último apartado de este trabajo.

Por su parte, de la lectura de la norma se sigue que el criterio para la determinación del consumidor es *objetivo*, ya que se focaliza en el *acto o hecho de consumo* y no en el sujeto o sus cualidades en particular, en su naturaleza y objeto, y determina los requisitos que debe cumplir para ser tutelado, a saber: la "adquisición", "utilización" de un bien o servicio al que cabe agregar que lo sea con carácter de "destino final" en su noción de extinción económica del bien o servicio: como hecho objetivo teniendo en miras la "causa fin".

En consecuencia, se exige que: a) la persona sea *destinatario final*, es decir, el último eslabón de la cadena de producción y comercialización del bien o servicio, sin reinsertarlo en el mercado, b) la vigencia de un *elemento teleológico*: el fin personal, familiar o doméstico, y c) en miras a un *beneficio propio*: disfrute, uso o goce personal del consumidor o de su grupo familiar o social del bien o servicio, es decir: exige un consumo del mismo sujeto o alguno cercano de su entorno.

En definitiva, la categoría de consumidor deberá analizarse en el caso concreto, en función del parámetro objetivo que la ley define, a cuyo fin debe prevalecer el principio constitucional de defensa de los derechos de los consumidores, que se justifica en el desequilibrio estructural entre el empresario y el consumidor, y en especial, en la vulnerabilidad de este en materia de información, negociación de las condiciones del contrato, seguridad, etcétera.

Desde otro punto de vista, creemos que la *vulnerabilidad* debe constituirse como el criterio clave para despejar cualquier duda que un caso concreto pudiera plantearse pues, a pesar de no consagrarse positivamente como un requisito en nuestro régimen jurídico actual, resulta fundamental valorar la eventual inferioridad, en términos del TJUE,[10]

10. Este criterio fue especialmente analizado por el TJUE en la causa: Henri Pouvin, Marie Dijoux y Électricité de France (EDF), ECLI:EU:C:2019:232, en la que consideró que: *"...el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo que respecta tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le*

del sujeto al momento de la calificación. Si bien se trata de una cuestión subjetiva, que impone analizar la relación entre las partes, es un elemento más que ayuda a justificar la aplicación del régimen tuitivo. Por tal motivo, consideramos de suma utilidad su recepción normativamente a fin de favorecer su utilización por los operadores jurídicos.

Las "categorías" de consumidor

La figura del consumidor puede ser clasificada en subtipos o categorías, como especies dentro del género, según un parámetro objetivo, que se vincula con el rol de la persona en la relación de consumo, tal como lo recepta la doctrina y jurisprudencia nacional.

Desde nuestra perspectiva, el fundamento de las subcategorías de la noción de consumidor se justifica a fin de:

- *abarcar la totalidad de los casos* que requieren la protección del derecho del consumidor;
- *identificar los diversos sujetos* amparados en el régimen especial: delimitar el ámbito de aplicación;

---

lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (sentencia de 3 de septiembre de 2015, Costea, C110/14, EU:C:2015:538, apartado 18 y jurisprudencia citada)" (considerando 25) y agregó que: *"Esta concepción amplia del concepto de consumidor del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13, permite garantizar la protección que otorga esa Directiva a todas las personas físicas que se encuentren en la situación de inferioridad mencionada en el apartado 25 de la presente sentencia"* (considerando 28), el destacado me pertenece. En igual sentido se pronunció en las causas: VB Pénzügyi Lízing, EU:C:2010:659, considerando 46; Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, considerando 19 y Banco Santander, EU:C:2017:945, considerando 36 y Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW y Susan Romy Jozef Kuijpers ECLI:EU:C:2018:320 (considerandos 26, 27 y 54), también en Horațiu Ovidiu Costea contra SC Volksbank România SA, EU:C:2015:538 (considerando 2), entre otros.

Por su parte, la CSJN también receptó la noción al remitir en su resolución Dictamen del Procurador, quien aclaró que la LDC: *"…tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales -los consumidores- recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios"*, (el destacado me pertenece) en la causa "Flores Automotores S.A. s/ recurso ley 2268/98", 11/12/2001, y en un caso de consumidor de servicios de salud lo calificó como: *"…en una posición de subordinación estructural y urgida ciertamente de tutela…"* en "Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas", 28/08/2007.

- *brindar una tutela diferenciada* en función de las características o situaciones especiales de las personas (discriminación positiva);
- *perfeccionar la aplicación y vigencia* del derecho del consumidor especificando los roles o caracteres de cada sujeto.

En esta senda, considero que existe un criterio objetivo de clasificación, que tiene en miras el rol del sujeto consumidor: directo, indirecto o *bystander*; y uno subjetivo que pone el eje en sus eventuales cualidades personales, a fin de determinar su capacidad de comprensión de la información que se le pone a disposición, del nivel de seguridad que requiere, del trato que debe brindársele, etcétera, se trata del consumidor medio o hipervulnerable, que tuvieron su origen en la jurisprudencia.

En el primer caso, con motivo de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la "Comisión de Derecho Interdisciplinario: Derecho del Consumidor", llevadas a cabo en Córdoba en el año 2009, se concluyó respecto al consumidor que:

> En el ámbito de la ley 24.240, conforme su actual redacción, quedan amparados en la protección legal:
>
> a. Quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u oneroso;
> b. Quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente;
> c. Quien se expone a una relación de consumo, a un peligro derivado de la misma o quien resulta efectivamente afectado. La noción comprende, entre otras situaciones, a: 1) Los sujetos indeterminados expuestos a prácticas comerciales; 2) Los sujetos expuestos a los defectos de seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor.[11]

11. Conclusiones Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de Derecho Interdisciplinario: Derecho del consumidor.

El consumidor "directo"

Al respecto, Hernández[12] nominó al primer supuesto como el de "consumidor directo", en atención a que existe entre las partes una relación contractual y/o convencional, aun cuando se trate de contratos realizados en masa y/o de adhesión, verbigracia las adquisiciones en los centros de compras; la adquisición de automóviles en concesionarias, las operaciones de crédito, los servicios domiciliarios, la contratación de seguros y otro tipo de operaciones similares.

El consumidor directo, reglado en el artículo 1 de la Ley N° 24240, es receptado de manera análoga en el Código cuando en el artículo 1092 lo conceptualiza como: "persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa bienes o servicios, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

La doctrina lo denomina "contratante de un bien o servicio que se adquiere como destinatario final" y que, conforme Hernández y Frustragli[13] se trata del "consumidor en sentido estricto", pues, existe entre las partes una relación convencional, por lo que también puede ser denominado "consumidor directo".

Cabe destacar que las características de ser "destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social", son las que lo constituyen como consumidor definitivo. Es el "*Enderverbraucher*" del derecho alemán, y ello porque los bienes o servicios que adquiere o utiliza lo hace como último receptor de la cadena de producción, esto es no ser objeto a posteriori de reventa o reinserción en el mercado.[14]

Se trata del supuesto de más fácil identificación, incluso desde el punto de vista probatorio pues, al haber perfeccionado el negocio jurídico, debería tener en su poder las condiciones de la negociación, y la

12. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado…*, *op. cit.*, T. I, cap. V. 1, p. 418; Hernández, Carlos; Frustagli, Sandra A., "Proyecciones del Régimen de Protección al consumidor sobre el derecho privado", ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de Derecho Interdisciplinario, celebradas en septiembre de 2009, Córdoba, T. 5, p. 30.

13. Hernández, Carlos, Frustagli, Sandra, "Proyecciones del Régimen de Protección al consumidor sobre el derecho privado…", *op. cit.*

14. Barocelli, Sergio S., "Ámbito de aplicación del derecho del consumidor", en Krieger, Walter F.; Barocelli, Sergio, *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, El Derecho, 2016, p. 47.

factura, ticket de compra o alguna constancia del negocio que acredita su calidad de consumidor contratante con el proveedor.

De manera ejemplificativa puede mencionarse como consumidor jurídico o contratante a, por un lado, quien adquiere el servicio de: tarjeta de crédito, telefonía celular o fija, gas, electricidad, medicina prepaga, préstamo hipotecario, redes sociales, seguro, catering para un evento social; o bien, quien compra un automotor de contado o mediante un plan de ahorro, un inmueble, un libro, un electrodoméstico, etcétera.

Cabe aclarar que la causa fin de la adquisición debe ser la satisfacción de las necesidades personales del consumidor (beneficio propio) o el de su familia o grupo social.

El consumidor "indirecto"

En el segundo caso, es el "usuario o consumidor material o fáctico" quien puede ser parte del ámbito familiar o social del consumidor propiamente dicho, y que se caracteriza por ser aquel que sin convención expresa "utiliza los bienes o servicios".

Hernández explicó que la fórmula es amplia, y que debe entenderse referida a los meros usuarios materiales del producto o servicio, que no se han vinculado directamente con el proveedor, o bien de los terceros beneficiarios de algún derecho comprendido en la relación de consumo celebrada por otro.[15]

En definitiva, la ley equipara al consumidor directo al llamado "consumidor indirecto" o "usuario no contratante" o "consumidor fáctico" o "consumidor conexo", definido en el segundo párrafo del artículo 1 de la LDC y del artículo 1092 del CCC en los siguientes términos: "...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".

La doctrina[16] refiere generalmente a los destinatarios finales de la prestación originada con el proveedor en virtud de un vínculo con el

15. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado..., op. cit.*, T. I, p. 418.

16. Álvarez Larrondo, Federico M., "Los centros comerciales ante el derecho del consumo argentino", en Picasso, Sebastián; Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor*, T. I, La Ley, 2009, p. 603.

otro co-contratante, y que generalmente están vinculados familiar o socialmente con el adquirente.

Barocelli[17] señala que son consumidores indirectos aquellos beneficiarios de contratos a favor de terceros, como en las hipótesis de extensión de tarjetas de crédito, usuarios de medicina prepaga que comprenden al grupo familiar del titular, beneficiarios de un seguro de riesgo de trabajo o seguros de vida obligatorios, o el fiador de una deuda que es considerada de consumo, entre otros supuestos.

En relación a esta figura, la justicia resolvió que

> Los invitados a un evento social (en este caso, una boda) por quien ha contratado un servicio a tal efecto, conforman su grupo "familiar o social" y por ello, se encuentran amparados por el régimen tuitivo mencionado en calidad de consumidores indirectos del servicio que se ha contratado (art. 1 LDC).[18]

De igual modo, se calificó como consumidores fácticos a los menores que fueron intoxicados por consumir alimentos adquiridos por sus padres en un local de comidas rápidas,[19] en violación al deber de seguridad que los proveedores deben cumplir.

Por el contrario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) resolvió que una asociación de consumidores no podía representar a los consumidores directos e indirectos ya:

> Que la reseña efectuada demuestra que el universo de situaciones y supuestos que la actora pretende abarcar en su demanda resulta excesivamente vasto y heterogéneo y, además, presenta singularidades que impiden resolver la cuestión planteada, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso.[20]

En definitiva, estos consumidores o usuarios no son quienes adquirieron directamente el bien o servicio, pero al formar parte del

17. Barocelli, Sergio S., "Ámbito de aplicación…", *op. cit.*, p. 50.

18. CCC de Córdoba de 3°, sentencia N° 137, 06/11/2014, "Gómez María Esther c. Jockey Club", Ordinario. Daños y perjuicios. Otras formas de responsabilidad extracontractual. Recurso de apelación.

19. SCJBA, 1/5/2015, "G., A. C. contra 'Pasema S.A.' y otros. Daños y perjuicios".

20. CSJN, 10/02/2015, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros". Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/133/2015).

círculo final de este último se los equipara a él, pues lo utilizan o disfrutan como destinatario final.

En el ámbito de esta categoría se ubica el denominado "usuario", en dos sentidos: a) como "consumidor", ya sea directo o indirecto, pero de servicios, y de allí la característica del que se deriva su nombre, y que incluye los servicios bancarios, de turismo, etcétera, así como también a los servicios públicos; y b) quienes, sin haber contratado directamente, por formar parte del círculo familiar o social aparecen legitimados en similar carácter al consumidor directo, denominado por Hernández[21] como "beneficiario de la relación de consumo".

Para concluir, cabe destacar que el fundamento de la protección de este sujeto se encuentra en que el "elemento activante del principio protectorio" no es el acto de contratar sino el acto de consumir, en cuanto hecho jurídico.[22]

El "expuesto" a una relación de consumo o *bystander*

En base a una construcción jurisprudencial, que fue receptada por la Ley N° 26361, se incorporó la figura del consumidor "expuesto a una relación de consumo", que no es ni consumidor en sentido estricto ni material, pero se encuentra en una situación particular que lo conecta con una relación de consumo.

Otros sujetos que no siendo ni consumidores jurídicos ni materiales, igualmente resultan equiparados a ellos a fin de otorgarles una tutela especial.

De tal modo, esta subcategoría incluye a la persona que si bien no contrató ni usó un bien o servicio, y aún cuando no se encuentra dentro del círculo familiar o social del consumidor jurídico, de algún modo está expuesta a un daño que surge de una relación de consumo, por lo que, el derecho justifica y lo legitima a reclamar con fundamento en el derecho del consumidor.

21. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado…*, *op. cit.*, T. I, p. 418.

22. Lorenzetti, Ricardo L.; Schôtz; Gustavo J., (coords.) y AA. VV., *Defensa del consumidor, op. cit.*, p. 76.

La noción tiene origen en el derecho estadounidense, denominado *bystander* que en español sería "expectante", en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, entendida en estos términos:

> Un consumidor expuesto es alguien que no está directamente involucrado en una compra o uso de un producto (Blacks Law Dictionary, 2009). Los expuestos están afectados especialmente por productos por encontrarse cerca de la persona que lo compra o usa, y resultan dañados por el producto.[23]

La doctrina nacional[24] brinda una noción de sujeto expuesto como aquellos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufrían o estaban en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes o servicios para destino final de los consumidores o usuarios, comprendiendo tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado, como también a víctimas no contratantes de daños por defectos de productos o incumplimiento del deber de seguridad.

Garrido Cordobera y Barocelli[25] definieron al consumidor expuesto como:

> ... el tercero ajeno a la relación que sufra un daño como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, por causa de la acción de cualquiera de los proveedores, sus dependientes, las personas que se encontraren bajo su tutela o cuidado y los consumidores en la relación de consumo.

En el derecho comparado existen diversos antecedentes de regulación de esta figura, como por ejemplo: el Código de Defensa del

23. Hunter Jr., Richard J.; Shannon, John H.; Amoroso, Henry J., "Compensation for Bystander Injuries in Strict Products Liability: Why It is Important to Afford Bystanders with More Protection than Consumers or Users of Products", en *International Journal of Management Sciences*, vol. 7, Nº 6, 2016, pp. 302-311, noción traducida por la autora. Disponible en: http://www.rassweb.org/rss_weblogin/pages/ResearchPapers/Paper%203_1497549217.pdf, a donde se remite para ampliar el análisis de los casos jurisprudenciales y la doctrina al respecto, [fecha de consulta: 29/08/2019].

24. Barocelli, Sergio, "Ámbito de aplicación...", *op. cit.*, p. 49; Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado...*, *op. cit.*, T. I, p. 422.

25. Garrido Cordobera, Lidia; Barocelli, Sergio, "El sujeto expuesto a una relación de consumo", ponencia presentada en las XXII Jornadas, cit., p. 31.

Consumidor de Brasil, artículos 2, 17 y 19, que es el que tomó como modelo nuestro legislador, o la Directiva Nº 85/374 de la Comunidad Económica Europea, en materia de responsabilidad por productos defectuosos; cabe destacar que la denominación de "*bystander*" se adopta del derecho anglosajón.

En nuestro país, el concepto del consumidor expuesto fue construido a partir del caso "Mosca",[26] resuelto por la Corte Suprema de Justicia que luego se extendió a otras alternativas, como por ejemplo, en el caso de individuos que concurren a centros de compras,[27] locales bailables,[28] espectáculos deportivos, y que por razones de vinculación con el consumidor y/o usuario quedan "expuestos" a dicha relación, lo que ha sido ratificado en otros precedentes jurisprudenciales.[29] También se incluyen bajo esta figura las personas que concurren a grandes centros de compras, y que aun sin haber llegado a adquirir ningún

26. CSJN, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", 5/4/2007.

27. CNCiv., Sala C, "F., H. S. c/ Carrefour s.a. y otro s/ daños y perjuicios", 25/08/2010; CCC 8º de Córdoba, Hernández Andrés Roberto C/ Hipermercados Libertad S.A., 28/05/2009; CNCiv. Sala C, "Pasarelli, Marisa Paula c. Disco S.A.", 24/02/2011. Disponible en la *LL online* (referencia: AR/JUR/5190/2011), en la que se resolvió que: "La sociedad explotadora de un supermercado es responsable en los términos de la ley 24.240, por los daños sufridos por una clienta...".

28. CCC 6º de Córdoba, Llufriu, César Osvaldo C/ Ibáñez, Edvino Arcángel - Ordinario - Daños y Perj. - Accidentes De Tránsito - Recurso De Apelación - Expte N° 00865104/36, 10/02/2010; CNCiv. Sala D, "Pin, Silvana Carina c. Ferrant S.R.L", 11/12/2008, en donde se resolvió que: "el propietario de un local bailable debe responder por los daños padecidos por un cliente que fue agredido físicamente por otro dentro de su comercio, pues, dicha agresión por parte de un tercero no puede ser alegada como caso fortuito y con aptitud para exonerar de responsabilidad al titular de la discoteca por el incumplimiento de su obligación de seguridad dado que no es un tercero extraño, exterior o que quede fuera de la actividad o marco de control del empresario".

29. CNCiv., Sala L, "M., J. J. c/ Catedral Alta Patagonia S.A s/ daños y perjuicios", 20/04/2010, oportunidad en la que la Cámara resolvió: "la obligación de seguridad tiene como acreedor no solo a quien participa de un entretenimiento o juego (en locales o patios de juego de un centro comercial) sino también a cualquier persona meramente asistente o acompañante ("Osorio c. Alto Palermo" [Fallo en extenso: *elDial* - AA3E87], RCyS. 2007-1015). De allí que cualquiera que ingrese al ámbito territorial de la concesión está amparado por las normas a que se está haciendo referencia, como lo está quien pasea por un centro comercial, a pesar de que no compre o consuma cosas o servicios"; CNACiv. de la Capital Federal, Sala H, "Sánchez, Jesús Abel c/ Los Constituyentes S.A. de Transportes y otros s/ daños y perjuicios", 30/11/2011, en donde también se reconoció de manera expresa la figura del consumidor expuesto o *bystander*.

bien o servicio sufren algún tipo de daño como la caída en una escalera, un resbalón en el piso, o algún tipo de robo como puede ser incluso de su automotor,[30] o a quien sin haber solicitado servicios bancarios se ve dañado por un fraude a su persona.[31]

En relación con esta figura, con la reforma de la LDC de 2008 (mediante Ley N° 26361) expresamente la consagró en una última oración del artículo 1 que expresaba: "… Y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo", texto que fue eliminado de la ley por la sanción del CCCN que lo excluyó de dicho artículo en el año 2015.

En consecuencia, tanto el texto de la LDC como del CCCN solo adoptan en la definición de forma expresa dos de las tres alternativas de consumidor reseñadas en este apartado, ocasionándose un debate respecto a la eventual eliminación del consumidor expuesto como sujeto protegido por el derecho del consumidor, postura que no resulta acorde a la interpretación regulada en el CCCN (art. 1096), ni específicamente a la derivada del "diálogo de fuentes" que el propio CCCN impone a los operadores jurídicos.

De tal modo, creemos[32] que el consumidor expuesto o *bystander* está incluido en el artículo 1096 del CCC, que regula el ámbito de aplicación de las prácticas abusivas, al señalar: "…las normas de esta sección son aplicables a todas las 'personas expuestas' a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092".

30. C.Apel. Civ. y Com. de San Martín, Sala I, Samojluk, Alejandro Miguel c. COTO CICSA s/ daños y perjuicios, 16/07/2015. Disponible en la *LL online* (referencia: AR/JUR/30087/2015).

31. CFApel. de Córdoba, Sala A, Aguirre, Daniela del Valle c. Banco Cetelem Argentina S.A. s/ Ley de defensa del Consumidor, 23/06/2015. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/24353/2015).

32. En igual sentido, Barocelli sostuvo que el "expuesto" no ha sido "eliminado" sino "reubicado" en el art. 1096 del CCC, todo lo cual exige profundizar en el concepto de prácticas comerciales abusivas. Entiende que la noción de expuesto continúa comprendiendo tanto a los consumidores potenciales, como a las víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor, sea el daño originario por el incumplimiento del deber de seguridad o por un defecto del producto o servicio, especialmente fundamentado en la falta de información sobre riesgos y daños; en consiguiente, opina que el concepto no ha sufrido morigeración alguna, sino que han sido pulidas ciertas indefiniciones, ver: Barocelli, Sergio, "Ámbito de aplicación…", *op. cit.*, p. 51.

De tal modo, la noción de práctica abusiva del artículo 1096 del CCCN es amplia y comprensiva de supuestos de violación a la información, seguridad, la oferta, la publicidad, el trato digno y equitativo, el derecho a la información y a la salud del consumidor, etcétera.[33]

Por otro lado, cabe reseñar que la CSJN resolvió un caso de daños ocasionados a una persona en un espectáculo público; un festival organizado por la Comunidad Homosexual Argentina (en adelante CHA), apartándose del criterio sentado en el famoso caso "Mosca" al resolver que la plataforma fáctica variaba ya que en este caso:

> Los hechos que dan lugar al reclamo de la actora en el presente, en cambio, no sucedieron en el marco de un espectáculo deportivo sino en un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención del VIH-SIDA.

El Vocal Lorenzetti en su voto en disidencia esgrimió:

> No se trata de una relación de consumo porque el sujeto organizador no es un "proveedor", conforme lo definiera esta Corte. Tampoco se inserta en la categoría del art. 2 de la ley de defensa del consumidor y del actual art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación...;

Además, consideró que:

> Si se confirmara la sentencia del a qua, se reducirían los incentivos para la organización de eventos públicos y en espacios abiertos por parte de entidades sin fines de lucro, lo que también podría predicarse respecto del Estado.[34]

De tal modo, la CSJN consideró que no regía la obligación objetiva de seguridad porque el organizador no era proveedor, lo que imposibilitaba aplicar la Ley N° 24240, e indirectamente descartó la posibilidad de que el dañado fuera un *bystander* en el sentido que lo había considerado "Mosca" en el anterior precedente, lo que fue

33. Junyent Bas, Francisco; Garzino M. Constanza; Rodríguez Junyent, Santiago, *Cuestiones claves de derecho del consumidor. A la luz del Código Civil y Comercial*, Córdoba, Advocatus, 2017, pp. 46-47.

34. CSJN, "Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional - PFA - y otros s/ -daños y perjuicios. Recurso de hecho", 16/12/2017.

criticado por la doctrina nacional especializada en daños que lo consideró un "criterio regresivo".[35]

En definitiva, la figura del consumidor expuesto o *bystander* tiene expresa previsión en el derecho del consumidor argentino desde el año 2008 y sus límites fueron definiéndose por la ley, la jurisprudencia y la doctrina, sin que hoy se encuentren definitivamente fijados.

El consumidor hipervulnerable

En función del criterio subjetivo, al que hicimos alusión al comenzar a desarrollar las clasificaciones del consumidor, existe el consumidor hipervulnerable y el consumidor medio.

El primero de estos constituye una conceptualización que no surge de la ley, pero que mereció tratamiento doctrinario, jurisprudencial y legal: es la figura de la persona particularmente vulnerable.[36]

Al respecto, Hernández explicó[37] que la realidad revela que en ocasiones la debilidad del consumidor medio suele verse incrementada ante circunstancias particulares que, de modo temporal o permanente, aquejan intrínsecamente al individuo, como son los supuestos de enfermos, niños, ancianos, y personas con capacidades especiales, a resultas de lo cual, concurren en una misma persona y en idéntico contexto relacional, diferentes expresiones de debilidad, que demandan estándares especiales de tutela. Esta noción tiene expresa recepción en la jurisprudencia local, en diversos fallos.[38]

35. Pizarro, Ramón C., "El fallo "Arregui". Un retroceso en materia de responsabilidad civil", en *Revista La Ley*, Año LXXXII, N° 43, 05/03/2018, p. 7. El autor explicó que el caso debió resolverse en función de la ley vigente al momento del hecho: 2005, y que la noción de consumidor varió desde allí en adelante, en consecuencia, la decisión arribada podría resultar diferente en la actualidad, máxime con la sanción del CCCN que expresamente consagra la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas.

36. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado…*, *op. cit.*, T. I, p. 414.

37. Ibídem, con cita de: Cavanillas Mugica, Santiago, "La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos", en *Estudios sobre consumo*, Nº 18, 1990, pp. 44-54.

38. SCJ Mendoza, Bloise de Tucci, Cristina c. Supermercado Makro S.A., 02/07/2002, en *LL* Gran Cuyo, 2002-726; CSJN, E.R.E. c. Omint S.A. de Servicios, 03/01/2001, en *La Ley*, 2001-E, 18.

El autor citado entiende que este concepto también se infiere del CCCN que reconoce de modo trasversal la pluralidad de vulnerabilidades que pueden afectar a una persona humana, en clave con las exigencias impuestas por la propia Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos, artículos 1 y 2 del CCC.[39]

La calificación de un consumidor como "especialmente vulnerable" justifica una protección agravada, a fin de garantizarle el ejercicio de los mismos derechos que tiene y ejerce quien no lo es.

Por ello, se otorgan beneficios a ciertos grupos o personas a fin de restablecer la igualdad de oportunidades por cuestiones de raza, sexo, religión, edad, discapacidad, sociales, entre otras, y por ello, el derecho a un trato equitativo comprende, entonces, la prohibición de discriminación negativa y la promoción de discriminación positiva.[40]

La protección del consumidor hipervulnerable fue expresamente incluida en las *Directrices para la Protección del Consumidor* (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo 2016) que impone la especial protección de los "consumidores en situación vulnerable y de desventaja" al regular: los principios generales (5.b), el trato digno y equitativo (11.a), los procedimientos de solución de controversias y compensaciones (37), los programas de educación e información (42) y los servicios públicos (77).

Por otro lado, a fin de garantizar la protección de estos sujetos también resultan aplicables a este las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.[41]

---

39. Barocelli, Sergio, "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables", en Barocelli, Sergio, *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*, Buenos Aires, UBA, pp. 27-28; Frustragli, Sandra A.; Hernández, Carlos A., "La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales". Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/3979/2017). Para un interesante análisis de la vulnerabilidad y los derechos humanos ver: Andorno, Roberto A., "Is vulnerability the foundation of human rights?"; Masferrer, Aniceto; García Sánchez, Emilio, (eds.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights*, Dordrecht, Springer, 2016, vol. 55, pp. 257-272.

40. Sahián, José H., "El Principio Antidiscriminatorio en la Relación de Consumo", en *Suplemento Jurisprudencia Argentina, La Ley*, Bs. As, 2019. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/2635/2019).

41. "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", dictadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, celebrada desde el 4 a 6 de marzo de 2008. En la "Sección 2ª.- Beneficiarios de las Reglas" se brindó

Concretamente en Argentina, actualmente ni la LDC ni el CCCN regulan expresamente al consumidor hipervulnerable. Sin embargo, sí rigen algunas normas concretas, por ejemplo en materia de educación para el consumo el artículo 60 de la LDC,[42] en materia financiera la Comunicación "A" 5460 del Banco Central de la República Argentina,[43] y por último cabe destacar la Resolución Nº 139 del Ministerio de Desarrollo Productivo Secretaría de Comercio Interior[44] (28/5/2020). Por último, la noción se incorporó en el ámbito del Mercosur mediante Resolución Nº 36/19[45] del Grupo Mercado Común, que en el artículo 1.6 dispuso que:

> ... el sistema de protección del consumidor protege especialmente a grupos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada derivada de circuns-

un concepto de "personas en situación de vulnerabilidad" en los siguientes términos: "(3) Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (4) Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico". Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf [fecha de consulta: 07/10/2019].

42. Al regular los planes educativos expresamente consagra: "... garantizando la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas".

43. La normativa dedica todo el apartado 2.2. a los casos especiales dentro de los derechos de los usuarios del sistema financiero, por ejemplo: acceso a los locales a personas con movilidad restringida, acceso a cajeros automáticos a personas con dificultad o discapacidad visual, etc. Disponible en: http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A5460.pdf [fecha de consulta: 07/10/2019].

44. Disponible en: https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/229875/20200528 [fecha de consulta: 06/07/2020].

45. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/36-internacional-defensa-consumidor-principios-fundamentales-rmr2019000036-2019-07-15/123456789-0abc-de6-3000-09102rserced?q=%28organismo%3AGMC%29%20OR%20%28organismo%3AGMC%29&o=14&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%5B5%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n&t=3044 [fecha de consulta: 07/07/2020].

> tancias especiales, en particular niñas, niños y adolescentes, adultos/mayores, personas con problemas de salud, o con discapacidad, entre otras.

Ahora bien, la Resolución N° 139/2020 merece especial atención pues define y determina quiénes son los "consumidores hipervulnerables". El artículo 1 de la Resolución dispone:

> Establécese que a los fines de lo previsto en el artículo 1º de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables, a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores

Además, admite dicha calificación respecto a determinadas personas jurídicas: "Asimismo, podrán ser considerados consumidores hipervulnerables las personas jurídicas sin fines de lucro que orienten sus objetos sociales a los colectivos comprendidos en el presente artículo".

Por su parte, en el artículo 2 fija diversas causas de hipervulnerabilidad entre las que se destacan: derechos de niños, niñas y adolescentes, personas pertenecientes al colectivo LGBT+; mayores de 70 años, personas con discapacidad; migrantes o turistas; pertenecientes a comunidades de pueblos originarios y ruralidad; residentes en barrios populares conforme Ley N° 27453; situaciones de vulnerabilidad socio-económica acreditada (ser jubilado o pensionado con remuneración menor a dos salarios mínimos vitales y móviles, ser monotributista con ingreso inferior a igual parámetro, entre otros).

Respecto a esta norma, Wajntraub concluyó que

> La normativa que se incorpora al derecho del consumidor importa un avance importante en el reconocimiento formal de una categoría de sujetos que requiere un tratamiento distinto del que recibe el consumidor en el marco del régimen protectorio, toda vez que se trata de colectivos en los que la asimetría estructural típica de las relaciones de consumo se encuentra profundizada, ya sea por circunstancias permanentes o transitorias.[46]

46. Wajntraub, Javier H., "Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa", en *Suplemento La Ley: Consumidores hipervulnerables*, 16/06/2020, p. 4.

Desde otro punto de vista, el consumidor hipervulnerable posee protección en función de la interpretación de las normas y principios especiales de la materia de manera integral y de conformidad al "diálogo de fuentes" que impone el CCCN, con especial referencia a los derechos humanos (art. 75.22 CA, art. 1 y 2 del CCCN), y a los principios protectorio (art. 42 CA y art. 1094 del CCCN) y de interpretación más favorable al consumidor (arts. 3, 25 y 37 de la LDC, arts. 7, 1094 y 1095 del CCCN).

La doctrina[47] y la jurisprudencia[48] también se refieren expresamente a esta categoría de consumidor en general bajo la denominación de "consumidor hipervulnerable", "subconsumidor" o "consumidor especialmente vulnerable".

En la temática, existe consenso doctrinario respecto a que el principio protectorio se acentúa en las situaciones en que existe una vulnerabilidad agravada que la que se verifica en el promedio de los casos.[49]

47. Recientemente se publicaron dos libros que específicamente tratan la temática del consumidor hipervulnerable en distintas facetas: Barocelli Sergio S. (dir.) y AA. VV., *Consumidores hipervulnerables*, Buenos Aires, El Derecho, 2018; y subconsumidor en Arias, María P.; Urrutia, Liliana A., (coords.) y AA. VV., *Protección jurídica de los subconsumidores*, Rosario, Juris, 2017, lo que denota la relevancia actual de la temática.
Sin perjuicio de lo cual, con anterioridad, la doctrina también se había ocupado de la figura: AlterinI, Atilio, "El consumidor en la sociedad postmoderna", en *La Ley*, 1996-E. p. 818; Barocelli, Sergio, "Consumidores hipervulnerables, hacia la acentuación del principio protectorio", en Diario *La Ley*, Año XXXII, N° 57, 23/03/2018; Sahián, José H., "El Principio Antidiscriminatorio…", *op. cit.*; Lorenzetti, Ricardo L.; Schôtz; Gustavo J., (coords.) y AA. VV., *Defensa del consumidor, op. cit.*, p. 78; Chamatropulos, Demetrio, *Estatuto del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, p. 139; Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en: Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado…, op. cit.*, T. I, pp. 408-410; Tambussi, Carlos E., "Los derechos del consumidor como derechos humanos", en Gordillo Agustín A.; Loianno, Adelina; Flax, Gregorio, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 6a ed., 2007.

48. SCJ Mendoza, "Bloise de Tucci, Cristina c. Supermercado Makro S.A.", 2/7/2002, en *LL* Gran Cuyo, 2002-726; CSJN, "E.R.E. c. Omint S.A. de Servicios", 03/01/2001, en *La Ley*, 2001-E, 18, entre otros que se reseñarán en las próximas notas.

49. Lorenzetti, Ricardo L.; Schôtz; Gustavo J., (coords.) y AA. VV., *Defensa del consumidor, op. cit.*, p. 78; Wajntrau, Javier H., "Análisis exegético de la ley", en Mosset Iturraspe, Jorge; Wajntrau, Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 40; Barocelli, Sergio, "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables", en Barocelli, Sergio (dir.) *Consumidores hipervulnerables, op. cit,* p. 29; Frustragli, Sandra A., "Subconsumidores o "consumidores especialmente vulnerables: hacia la acentuación del principio protectorio", en

Por otro lado, procede aclarar que las circunstancias particulares que afectan intrínsecamente al individuo pueden ser temporales o permanentes, con lo cual pueden concurrir en una misma persona diferentes expresiones de debilidad.[50]

La jurisprudencia también utilizó la figura en resguardo de personas que se encontraban en particulares situaciones de vulnerabilidad por razones distintas a la propia del mercado por su condición de consumidores o usuarios.

Ejemplificativamente, en el caso "Bloise de Tucci c. Makro" se valoró especialmente la edad avanzada de la actora a fin de determinar que la información sobre las puertas automáticas (carteles que señalaban "entrada" y "salida") brindada por el supermercado no resultaba suficiente para resguardar su seguridad y la del resto de los consumidores. En igual sentido, se tuvo en cuenta la edad avanzada del consumidor ante un robo de su automotor en un supermercado,[51] o en oportunidad de la ejecución de un pagaré de consumo contra una jubilada,[52] y a fin de determinar los intereses y capacidad de pago de una mujer anciana.[53]

Arias, María P.; Urrutia, Liliana A., (coords.) y AA. VV., *Protección jurídica de los subconsumidores, op. cit.*, pp. 39-52. En igual sentido se expresó la doctrina colectiva en el Punto 2 y 3 de las Conclusiones de la Comisión N° 1 del "XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, II Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor", celebrado en 2018, en Bahía Blanca en las que se participó en calidad de ponente sobre el consumidor hipervulnerable.

50. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado..., op. cit.*, T. I, p. 414; Barocelli, Sergio, "Hacia la construcción de la categoría de consumidores hipervulnerables", en Barocelli, Sergio, *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino*, Buenos Aires, UBA, p. 26.

51. CNCom., Sala C, 18/3/2016, "Luzuriaga, Julián Enrique c. COTO C.I.C.S.A. s/ ordinario". Disponible en *LL online* Argentina.

52. CCC de Córdoba de 5° Nominación, 9/5/2019, "Comercial Salsipuedes S.A. c/ Casanova, Miriam Nelly -Presentación múltiple. Ejecutivos particulares.- Expte. N° 6533143", Sentencia N° 48, enviada por la Cámara vía correo electrónico.

53. CNCom, Sala C, 27/5/2019, "Fello, Elena Yolanda c/ Banco Piano S.A. s/ Sumarísimo". Disponible en: https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/085/646/000085646.pdf [fecha de consulta: 05/10/2019].

También se reconoció esta especial tutela a los menores,[54] enfermos,[55] personas con capacidades especiales o discapacitados,[56] entre otros.

Por último, cabe señalar que los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor[57] expresamente prevén la noción en el artículo 3 que señala:

> Consumidores hipervulnerables. El principio de protección del consumidor se acentúa frente a colectivos sociales con hipervulnerabilidad. Son consumidores hipervulnerables aquellas personas humanas que, además de su vulnerabilidad estructural en el mercado, se encuentran también en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, salud, o por otras circunstancias sociales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores. En tales supuestos, y en el marco de la relación de consumo, la educación, la salud, la información, el trato equitativo y digno y la seguridad deben ser especialmente garantizados".

54. CNCiv., Sala L, 13/6/2007, "Osorio, Marcela B. c, Alto Palermo S.A.", *Diario jurídico La Ley*, Buenos Aires, 17/01/2008; CNCiv., Sala H, 2/6/2014, "G.R., J.H. y otros, s/daños y perjuicios. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/44769/2014).

55. CSJN, 28/8/2007, "C. P. de N., C. M. A. y otros v. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas". Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/70039319), en el caso se ordenó a la entidad de medicina prepaga cubrir los gastos requeridos en juicio a favor del menor discapacitado. De igual modo se protegió a los fumadores: CNCiv., Sala C, 09/09/2019, "Q., M. A. c. Nobleza Piccardo S.A. y otros s/ Daños y perjuicios". Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/27633/2019), causa en la que se afirmó que: "los fumadores, como categoría social genérica, fue catalogada por el Dr. Lorenzetti (CSJN, "Nobleza Piccardo SAICyF c. Santa Fe, Provincia s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 27/10/2015) como "un grupo especialmente vulnerable, en tanto –para muchos de ellos– el hábito de fumar se ha transformado en una adicción".

56. El *leading case* en materia de trato digno y equitativo en el que se aplicó la sanción del daño punitivo en Argentina lo constituye el resuelto por la SCJBA ante la falta de rampa de acceso al local comercial de una empresa telefónica que obligó a que la actora fuera atendida en la vereda: SCBA, 06/11/2012, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina SA s/ reclamo de actos de particulares".

57. "Proyecto de Código de Defensa del Consumidor", presentado ante la Cámara de Diputados de la Nación por: Cornejo, Mestre, Lena, Cacace y otros en 2020, Expte. Nº 3143-D-2020. Disponible en: https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf. Estado parlamentario. Disponible en: https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dsecretaria/s_t_parlamentario/2021/index.html; y el proyecto de "Código de defensa de las y los consumidores", ante igual Cámara y año por Schwindt, Godoy, Allende y otros, Expediente 5156-D-2020. Disponible en: https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5156-D-2020.pdf, trámite parlamentario. Disponible en: https://www.diputados.gov.ar/secparl/dsecretaria/s_t_parlamentario/2021/index.html, [fecha de consulta: 12/01/2022].

Por su parte, los arts. 5 de los proyectos que consagra los principios del derecho del consumidor, en el punto 5 o 6 (según cada proyecto) incluyen expresamente el de "protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad" y aclaran que: "El sistema de protección del consumidor tutela particularmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad acentuada".

En conclusión, el consumidor hipervulnerable tiene vigencia expresa en la Resolución N° 139/20, en los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor, y conforme el diálogo de fuentes con el que debe aplicarse el derecho del consumidor actualmente vigente, que posibilita la tutela diferenciada de este grupo de sujetos como una categoría especial.

El consumidor medio

El consumidor medio, típico o regular importa un estereotipo o estándar del género, que presentaría las características comunes y esperables del promedio de estos sujetos. Se asimila a las nociones del "buen padre de familia", el "buen hombre de negocios" o el "estándar de profesional médico"[58] como criterios abstractos, objetivos y dinámicos a fin de evaluar o comparar la conducta de un sujeto en particular.

La noción tuvo origen en diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,[59] trasladándose luego a la doctrina y legislaciones específicas en aquel continente y otros.

58. Se recurre a esta figura a fin de analizar si el médico cumplió con sus deberes conforme a las reglas del arte de curar, incluidos el deber de información y el consentimiento informado, en juicios de mala praxis. Sobre el tema ver: Calvo Costa, Carlos A., *La culpabilidad en la actual responsabilidad civil médica. Apreciación y prueba.* Disponible en *LL online*, (referencia: AR/DOC/3463/2016 [fecha de consulta: 18/09/2019].

59. TJUE, Sala Quinta, "Gut Springenheide y Tusky", Asunto C-210/96, 16/07/1998; TJCE 04/04/ 2000, asunto C-465/98, caso Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln eV c. Adolf Darbo; STJCE (Sala 5ª) 13/01/2000, asunto C-220/98, caso Estée Lauder c. Lancaster; STJCE (Pleno) 08/04/2003, asunto C-44/01, caso Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH y Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer; STJCE (Sala 4ª) 07/07/2005, asunto T-385/03, caso Miles Handelsgesellschaft International mbH c. OAMI y Biker Miles Motorrad Handels- und Vertriebsgesellschaft mbH, citados por Cámara Lapuente, Sergio, "El concepto legal de "consumidor" en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, Nº 1, marzo 2011, pp. 108-109. También se extrapoló la noción en materia de medicamentos y su publicidad, a fin de determinar si se había cumplido con el deber

En el derecho argentino ni la LDC ni el CCCN prevé la noción del consumidor medio, y si bien existen referencias aisladas en la doctrina y jurisprudencia, no se presenta un estudio profundo al respecto.

La doctrina especializada[60] refiere al consumidor medio describiendo la figura, o bien en función de la noción prevista en el derecho europeo, o en función de su contraposición a la del consumidor hipervulnerable.

El consumidor medio sería aquel a quien se proyecta el "principio protectorio" y se aplica todo el ordenamiento tuitivo de defensa del consumidor.[61]

Barocelli[62] opinó que no adhiere a la caracterización del consumidor vulnerable en oposición al consumidor medio o racional por distintas razones: 1) el concepto de consumidor se construye sobre la base de la vulnerabilidad derivada de la asimetría estructural respecto al proveedor, es decir, que se trata de una vulnerabilidad en abstracto; 2) *"el concepto de consumidor medio parece una versión 2.0" del buen padre de familia, que 'desnaturaliza' al concepto de consumidor, requiriéndole la prueba de la vulnerabilidad in concreto"*; 3) *"la presunción homogeneizadora del consumidor medio pretende invisibilizar las diferencias, particularidades y situaciones de muchas personas bajo una idea totalizante, propia del Derecho Decimonónico, perjudicando especialmente a las más vulnerables [...] obligándolas a demostrar esa situación en todos los casos y dejar muchas veces en el camino a otros, según el ojo del juzgador"*.

En materia jurisprudencial, se localizan referencias aisladas a la noción, pero sin desarrollar su contenido, sino aplicándolo directamente.

---

de información en el: Asunto C316/09, MSD Sharp & Dohme GmbH contra Merckle GmbH, ECLI:EU:C:2010:712, del 24/11/2010.

60. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado..., op. cit.*, T. I, pp. 408-412; Frustragli, Sandra, "Subconsumidores especialmente vulnerables...", *op. cit.*, pp.42-44; Barocelli, Sergio S. "Hacia la construcción de la categoría...", *op. cit.*, pp., 20-21; Sahián, José H., *Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos*, Bs. As., La Ley, 2017, pp. 104-105; Frustagli, Sandra A.; Hernández, Carlos A., "El concepto de consumidor...", *op. cit*, p. 1; otros autores mencionan la figura al analizar temas determinados como el deber de información y la publicidad: Chamatropulos, Demetrio., *Estatuto del Consumidor, op. cit.*; o al tema de las prácticas abusivas o desleales: Krieger, Walter, "La responsabilidad derivada de las prácticas abusivas e ilícitas en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", en *Suplemento Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, Buenos Aires, La Ley, 27/03/2019, p. 327 y ss. Disponible en *LL online*: (referencia: AR/DOC/617/2019).

61. Frustragli, Sandra, "Subconsumidores especialmente vulnerables...", *op. cit*, p. 41.

62. Barocelli, Sergio, "Hacia la construcción de la categoría...", *op. cit.*, p 21.

A modo de ejemplo, en un caso en el que se analizó el deber de seguridad de un establecimiento comercial destinado a la diversión de menores, se referenció al consumidor medio en los siguientes términos:

> Cabe preguntarse, solo a mayor abundamiento, si para el sentido común de un consumidor medio es lo mismo ir a u organizar un evento en un local de Sacoa que da a la calle que ir a Sacoa dentro de un centro comercial como Alto Avellaneda. La respuesta evidentemente es negativa. Y esta negativa se basa, entre otros elementos, en el factor confianza, factor económico trascendente cuando se trata de relaciones de consumo.[63]

En otro ámbito, se refirió al consumidor medio en materia de marcas y su eventual conocimiento por el público, en el voto en minoría del Dr. Carreras, quien consideró que

> … "Rabbit" aparece careciendo de suficiente energía diferenciadora por tratarse de productos de igual naturaleza e incluidos en la misma clase; además de ser una palabra extranjera, cuyo significado no se acreditó, y no es dable que sea conocida por el público consumidor medio, y mucho menos por niños (a quienes está dirigida).[64]

Por otro lado, ante la eventual percepción de defectos en la reparación de un vehículo se consideró que

> … las fallas detectadas –que no habrían sido resueltas pese a la intervención del servicio técnico en reiteradas oportunidades– no resultaban manifiestas y/o evidentes y –por tanto– no podían ser divisadas por la reclamante (consumidor medio) al retirar el rodado, sino recién con su uso; exactamente lo que aconteció en el caso, en el que la señora Guida, luego de retirar la unidad del servicio técnico…[65]

Por otro lado, se analizó el eventual cumplimiento del deber de información, aclarándose que

> … el proveedor concentra frente al consumidor un poder que deriva del conocimiento específico en su área de actividad comercial, considerándoselo

63. CNCiv., Sala L, 13/6/2007, "O. M. B. c/ Alto Palermo S.A. s/ daños y perjuicios", en Microjuris: MJ-JU-M-12389-AR.

64. CNFedCivyCom., Sala I, 17/08/2000, "Conagra International Inc. c. La Delicia Felipe Fort S.A.". Disponible en: *LL online* (referencia: AR/JUR/2879/2000).

65. CNFedCont.Adm., Sala II, 15/12/2016, "Volkswagen Argentina S.A. c. D.N.C.I. s/ recurso directo de organismo externo". Disponible en: *LL online* (referencia: AR/JUR/97567/2016).

"experto"; a diferencia de su contraparte, novato en la materia, que se informa a través del mercado (se presume el desconocimiento del consumidor medio).[66]

También se apuntó al conocimiento de un "consumidor promedio"[67] al considerarse por el tribunal la información que este debería haber manejado en la relación de consumo bancaria.

En síntesis, en nuestro derecho si bien existen referencias a la noción de consumidor medio en casos puntuales, su contenido y características no se encuentran detenidamente estudiados a fin de determinar la conveniencia práctica de una eventual recepción normativa, que desde ya entendemos riesgosa por la unificación de las calidades que podría imponerse a todo consumidor, en perjuicio de su protección.

Una especial referencia a la persona jurídica como consumidor

A nivel doctrinario,[68] aun actualmente, se debate la eventual justificación de la calificación de consumidor a una persona jurídica.

66. CCC de Salta, sala III, 11/04/2019, "Acosta, Martín Enrique c. Horacio Pussetto SA; Volkswagen SA de ahorro para fines determinados s/ acciones Ley de Defensa del Consumidor", en *Diario La Ley*, 02/09/2019. Disponible en: *LL online* (referencia: AR/JUR/8778/2019).

67. TSJ de Córdoba, Sala Civ. y Com., "Décima, Anahí c/ Jorge Horacio Bonacorsi s.a. Y otro – abreviado – daños y perjuicios – otras formas de responsabilidad extracontractual – tram. Oral" (Expte. N° 7158887), N° 170, 18/12/2023.

68. Lorenzetti, Ricardo L., "La relación de consumo. Ámbito de aplicación del estatuto del consumidor", en: Lorenzetti, Ricardo L.; Schôtz; Gustavo J., (coords.) y AA. VV., *Defensa del consumidor, op. cit*, pp. 73, 78 y ss.; Mosset Iturraspe, Jorge; Wajntraub, Javier, *Ley de defensa del consumidor..., op. cit.*, pp. 38-39; Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en: Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos, *Tratado..., op. cit.*, T. I, p. 413 y ss.; Chamatropulos, Demetrio, *op. cit.*, p. 91 y ss.; Frustragli, Sandra A.; Hernández Carlos A., *El concepto de consumidor..., op. cit*, p. 259 y ss.; Tinti, Guillermo P. ; Calderón, Maximiliano R., *Derecho del Consumidor: Ley 24.240*, Córdoba, Alveroni, 4º Edición, 2017, p. 28; Barocelli, Sergio; Pacevicius, Iván V., "El ámbito de aplicación del derecho del consumidor ante el nuevo Código Civil y Comercial", en Barocelli, Sergio, (coord.) *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el derecho del consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios*), Buenos Aires, UBA, Facultad de Derecho, 2016, p. 65 y ss.; Frustragli, Sandra A., "La categoría de consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor", en Santarelli, Fulvio G.; Chamatropulos, Demetrio, (comps.) y AA. VV., *Comentarios al anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: homenaje a Rubén S. Stiglitz*, Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 27 y ss.;

Asimismo, jurisprudencialmente[69] cabe indicar que existen posturas contradictorias al respecto.

Pese a lo expuesto, la LDC desde su versión originaria en 1993 hasta la última reforma por la sanción del CCCN (art. 1 de la primera y 1092 del segundo), receptó expresamente a la persona jurídica como consumidora, de modo genérico y con igual requisito que la humana: el destino final del bien o servicio adquirido o utilizado, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Vale destacar que este criterio inclusivo es el adoptado por la mayoría de las legislaciones de la región.[70]

La persona jurídica es definida en el artículo 141 del CCCN en los siguientes términos: "Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación", clasificándose en públicas o privadas, sin que el derecho del consumidor distinga en este sentido cuáles son las incluidas, debiendo entenderse que lo son ambas si se cumple con los demás requisitos legales de la figura.

Chamatropulos, Demetrio A.; Nager, María A.; "La empresa como consumidora". Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/394/2012); Junyent Bas, Francisco; Garzino María C.; Rodríguez Junyent, Santiago, *Cuestiones claves de derecho del consumidor, op. cit.*, p. 48 y ss.

69. La CSJN no tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, sino que solo existen antecedentes de tribunales Nacionales o Provinciales: a modo de ejemplo pueden citarse: CNCom., sala A, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyon S.A. y otro", 21/11/2000; CNCom., Sala B, "Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA", D.J., 2004-2, 559; CNCom., Sala B, "Rosalino Cándido Medina González c. Peugeot Citröen Argentina S.A. y otro", 29/12/2005; CNCom., Sala D, "De Pascale, I. c. Lardo, D. R. y otros", 22/06/2006; CCiv. Y Com de San Isidro, Sala 1, "Sociedad Escolar Alemana de Villa Ballester c. Ditada, Nicolás M. y otro", 23/10/2008; CNCom., Sala C, "Tacco Calpini SA c. Renault Argentina SA y otro", 06/03/2009; CNCom., Sala F, "Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12.726 c. Rodi Jorge y otro, s/ejecución prendaria", 07/06/2011; CCiv. y Com. de Azul (Buenos Aires) – Sala 1, "Romero, Carlos Alfredo c/ Fiat Auto argentina S.A. y Otro s/ incumplimiento de contrato-daños y perjuicios", 04/09/2014; CCiv. y Com. de San Martín (Buenos Aires), "Compañia de Maxikioscos S.R.L. c/ Forcam S.A. Y Otros S/Daños y Perj. Incump. Contractual (Exc. Estado), 14/07/2015; CNCom., Sala A, "Pereira, Jorge Alberto c. Bapro Mandatos y Negocios SA s/ organismos externos", 17/05/2018; CNCom., Sala F, "Cortinas Argentinas S.A. c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario", 10/04/18.

70. Con mayores o menores requisitos, admiten que la persona jurídica sea consumidor: Brasil: Ley N° 8078, art. 2; Uruguay: Ley N° 17250, art. 2; Chile: Ley N° 19496, arts. 1 y 2; Paraguay: Ley N° 1334, art. 4; Perú: Ley N° 29571, art. IV; México: Ley Federal de Protección del consumidor, art. 2, entre otros.

De todos modos, el mayor cuestionamiento reside en la posibilidad de calificar como consumidoras a las sociedades, por su propio objeto comercial, así como a las fundaciones, asociaciones y cooperativas.

En relación con el tema existen diversas posturas, respecto a las cuales no nos extenderemos en esta oportunidad por exceder el espacio encomendado en esta obra, pero remitimos a otros trabajos para su ampliación.[71]

Por nuestra parte, compartimos la postura que afirma que si los bienes o servicios no se relacionan directamente con el objeto, a cuyo fin habrá que analizar si la operación cae fuera del ámbito de la actividad profesional específica de la persona, lo que puede determinarse según el "... objeto de la actividad económica junto a otras circunstancias relevantes del caso (*v. gr.* naturaleza de la relación de consumo, grado de vulnerabilidad, situación monopólica del proveedor, etc.)".[72]

De tal modo, nos enrolamos en la "postura *maximalista"*, que incluye al consumidor intermediario, es decir, la persona jurídica o empresario en función del tipo de acto que realizan; solo interesa el destinatario fáctico que retira el producto del mercado.[73]

Esta postura es asumida en el ámbito del Mercosur por la Resolución N° 34/2011 del Grupo Mercado Común, que al definir al consumidor aclaró expresamente que

> ... no se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el

71. Junyent Bas, Francisco; Garzino, María C.; Rodríguez Junyent, Santiago, *Cuestiones claves de derecho del consumidor, op. cit.,* p. 48 y ss.; Garzino, María C., *Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor,* IJ editores, 2021. Disponible en: https://ijeditores.com/index.php?option=publicacion&idpublicacion=953.

72. Frustragli, S., *La categoría de consumidor en el Anteproyecto..., op. cit.,* p. 27; Frustragli, Sandra A.; Hernández, Carlos A., *El concepto de consumidor..., op. cit.,* p. 3.
También avalan el criterio de la no incorporación de manera directa a un proceso comercial: Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario..., op. cit.,* p. 59; Álvarez Larrondo, Federico M., "El empresario consumidor", en *Diario La Ley*, 21/08/2014, p. 4; Parmigiani, María L., "Un debate sin consenso: la necesidad de trazar límites interpretativos en la calificación jurídica de consumidor. Análisis particular de la figura del empresario", en *Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa,* Año V, N° 2, Buenos Aires, La Ley, abril 2014, p. 124 y ss.

73. Lima Márques, Claudia, "Campo do aplicação do CDC", en: Benjamin, Antonio H.; Lima Márques, Claudia; Roscoe Bessa, Leonardo, *Manual de direito do consumidor,* Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 3° Edición, 2010, pp. 84-88.

> fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros...[74]

pese a lo cual el artículo 2 admite que los estados miembro puedan definirlo de modo más restrictivo.

Por su parte, la jurisprudencia también adoptó este criterio en diversos casos. Por ejemplo, se concedió calidad de consumidora a una S.A. que adquirió un vehículo a fin del traslado de sus miembros y empleados;[75] pero se le denegó tal calidad a una S.R.L. que adquirió bienes para incorporarlos a un proceso de producción.[76]

Por otro lado, en función de otros aspectos, además del destino final directo, se calificó como consumidora a una sociedad que adquirió un vehículo que al asegurarse fue para el consumo final de la empresa y no para incorporarlo al proceso productivo, con los siguientes argumentos:

> ... deberá identificarse como consumidor a aquel sujeto que recibe el bien o el servicio y que se posiciona frente a su cocontratante en una situación que encierra dos aspectos centrales: 1º) debilidad negocial; y 2º) relativa desigualdad respecto de la información concerniente al producto o servicio objeto de la contratación. Esta última asimetría importa que el producto o servicio no pertenece a la esfera de la competencia profesional de quien lo recibe o utiliza, e implica que la parte "débil" en la contratación carece de la posibilidad de solventar tal déficit informativo con sus propios recursos –en virtud de la estructura técnica y económica con la que se presenta y se desenvuelve en el mercado–. Como puede verse, la norma prevista en el art. 1 LDC incluye a las personas jurídicas, por lo cual si el bien fue adquirido para consumo final, se encuentra alcanzado por las previsiones de la misma.[77]

74. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/204904/norma.htm [fecha de consulta: 24/01/2020].

75. CNCom., Sala A, "Artemis Construcciones S.A. c. Diyon S.A. y otro", 21/11/2000.

76. CNCom., Sala B, "Cocaba SRL c. Aserradero Comar SCA", D.J., 2004-2, 559; CNCom., Sala D, "De Pascale, I. c. Lardo, D. R. y otros", 22/06/2006; CNCom., Sala F, "Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12.726 c. Rodi Jorge y otro, s/ejecución prendaria", 07/06/2011 (préstamo para adquirir máquina agrícola).

77. CNCom., Sala F, "Cortinas Argentinas S.A. c/ Provincia Seguros S.A. s/ ordinario", 10/04/2018.

En definitiva, hace años en un trabajo en coautoría adoptamos esta postura,[78] argumentando que además del criterio del destino final, en virtud del valor de uso y no un valor de cambio, es decir, no incorporación directa del bien o servicio; destacando que debía analizarse si existía: a) debilidad estructural: en términos de profesionalidad o idoneidad técnica y b) la relación de dimensionamiento empresario entre proveedor y adquirente o usuario, que permita predicar el desequilibrio que justifica la tutela del derecho del consumidor.

Finalmente, creemos que la vulnerabilidad de la persona frente al proveedor constituye otro criterio que puede ser considerado por sí solo, o conjuntamente con alguno de los anteriores (de ser ello compatible) para definir la calificación del sujeto.

Artículo 2. Proveedor*

Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se 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.

(Artículo sustituido por art. 2 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1092, 1093 del CCCN.*

78. Junyent Bas, Francisco; Garzino María C.; Rodríguez Junyent, Santiago, *Cuestiones claves de derecho del consumidor, op. cit.*, p. 48 y ss.

* Comentario sobre el artículo 2 por Débora T. Marhaba Mezzabotta y Nicolás Pérez Felicioni.

Previo a la sanción de la Ley Nº 24240, los vínculos destinados a reglar los derechos de dos o más personas, fueran de consumo o no, se analizaban en mayor medida conforme las reglas de los llamados contratos paritarios. Es decir, se establecía una ficción a través de la cual se consideraba que todas las personas negociaban un acuerdo con efectos jurídicos en un pie de igualdad, sin importar en calidad de qué se acercaban (acreedor o deudor). Si recordamos la definición de contrato del código velezano que disponía "Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos"[79] podemos hacernos una idea de lo señalado. Además, en aquel entonces no existía una clasificación de los contratos más allá de consensuales, reales, bilaterales y demás categorías que hemos estudiado.

De otro lado, la violación del deber de no dañar a otro se analizaba, en un inicio, bajo el prisma de los factores subjetivos de la responsabilidad civil para luego también, pasar a ser examinados bajo los objetivos. En otras palabras, los incumplimientos contractuales o los daños injustos derivados de vínculos que hoy encuadran en relaciones de consumo eran analizados conforme las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, respectivamente, sin vincularse con una ley especial de defensa del consumidor.

A pesar de lo expuesto, tanto en materia de responsabilidad contractual o extracontractual, con buen criterio podemos indicar que el Código de Vélez contenía principios y reglas que atenuaban de algún modo la diferencia estructural entre las personas al momento en que la "reglamentación de sus derechos" o la producción de un daño cobraban virtualidad. Por ejemplo, el principio de buena fe, el instituto del ejercicio abusivo de un derecho o las cláusulas que se consideraban "leoninas" en virtud de la doctrina desarrollada del instituto mencionado fueron creaciones que ayudaron a nivelar vínculos gravemente diferenciados.[80]

79. Art. 1137, CC (Ley Nº 340).

80. Arias Cau, Esteban, "Ley n° 5631 de la provincia de Jujuy. De lo formal a lo sustancial", en *La Ley NOA*, marzo, 2010, cita *online* [referencia: TR LALEY AR/DOC/442/2010]; Barocelli, Sebastián, "La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el código civil y comercial", en *RCCyC*, La Ley, mayo de 2016, cita *online* [referencia: TR LALEY AR/DOC/900/2016]. La expresión "cláusula leonina" tiene su origen en una fábula de Esopo, llamada "Fábula del león, la vaca, la cabra y la oveja": Una vaca, una cabra y una oveja habían hecho compañía con un león, y andando por

Se ha señalado como antecedente de la Ley Nº 24240 las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho del año 1986, donde los juristas convocados en dicha oportunidad recomendaron que el Estado tome medidas efectivas para la protección de los consumidores y usuarios.[81]

Así, luego de algunos años, en septiembre del año 1993 se sancionó la Ley Nº 24240, que fue reglamentada por el Decreto N° 1798/94.

Desde la entrada en vigencia de la Ley de Consumo encontramos que el legislador intentó controlar las relaciones estructuralmente desequilibradas entre las partes. Ya en el año 1993 la LDC legisló acerca de la relación de consumo entre el consumidor y el proveedor lo que trajo significativos cambios en el ordenamiento jurídico argentino. Desde un inicio, esta Ley aportó: un sistema de responsabilidad por daños, importantes deberes en cabeza del proveedor, derechos consagrados a favor del consumidor (información, seguridad, trato digno y equitativo); como así también reglas sobre contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento del proveedor y cláusulas abusivas.

Las disposiciones de la LDC se vieron ampliamente reforzadas por el reconocimiento constitucional explícito de los derechos de los consumidores y usuarios en el artículo 42 de la CN y en el 46 de la CABA. Claro está que la contracara de los derechos de los consumidores y usuarios son los deberes impuestos a los proveedores, públicos o privados, en el marco de la relación de consumo (que abarca, por supuesto, el contrato de consumo). Se dispone que, en la relación de consumo, el consumidor tiene derecho a una información veraz, a la protección de su salud, de sus intereses económicos; que, entre otras cuestiones, se traducen en deberes del proveedor y que han sido tratadas en esta ley comentada, comentarios a los que por honor a la brevedad nos remitimos.[82]

---

las sierras, pillaron un ciervo. Partiéndolo en cuatro partes, y queriendo cada uno tomar la suya, dijo el león: La primera parte es mía, pues me toca como león; la segunda me pertenece, porque soy más fuerte que ustedes; la tercera me la tomo, porque trabajé más que todos; y quien tocare la cuarta, me tendrá por su enemigo: de modo que tomó todo el ciervo para sí.

81. Campos, Pedro Ariel, "La ley de defensa del consumidor y sus implicancias actuales", en *Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, vol. 1, Nº 1, La Pampa, Ed. UNLPampa, p. 102.

82. Ver comentarios a los arts. 1 y 3 de esta ley efectuados por las Dras. María Constanza Garzino y Sandra Frustagli, respectivamente.

En el año 2015 con la entrada en vigencia del CCCN reformado, encontramos que en este código de fondo existen artículos dedicados a los contratos de consumo, reglas especiales para los que son bancarios, disposiciones de derecho internacional privado vinculadas a eventuales reclamos por parte de consumidores. Estas disposiciones se decidieron incluir para reforzar el régimen tuitivo del consumidor.

En lo que más nos interesa para este trabajo, queremos indicar que el CCCN propone como una de las clasificaciones posibles de los contratos la de paritarios, de adhesión y de consumo (que pueden ser de adhesión o no). Esta última clasificación recoge la doctrina y jurisprudencia contemporánea sobre el punto de partida en el cual se encuentran las personas –ahora "partes"– para ponerse de acuerdo y celebrar un convenio común para reglar sus derechos. De esta manera, en aquel cuerpo normativo civil y comercial se reconoce, a través de esa clasificación, que hay relaciones entre partes que no nacen en un pie de igualdad. Una de ellas, son las llamadas relaciones de consumo, en la que una de sus especies es el contrato de consumo, hoy también regulado.

Es interesante recorrer cuáles fueron los hitos de la creación de lo que hoy se llama régimen jurídico del consumidor, que se conforma con la Constitución Nacional, de la CABA, provinciales, leyes nacionales y locales, resoluciones y disposiciones de diferentes organismos del Estado ya que, de su lectura y estudio, puede abordarse el concepto de proveedor.

Concepto de proveedor

En su redacción original, el artículo 2 de la Ley Nº 24240/93 disponía:

> Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta 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. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas.
>
> 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. 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.

Si comparamos esta redacción primigenia con la que contamos hoy en día, tanto en la LDC como en el CCCN, observamos que muchas de sus partes fueron modificadas. Se comenzó con una versión restrictiva del concepto de proveedor distinta de la que rige actualmente, muy amplia y con límites imprecisos.

De otro lado, el Decreto reglamentario N° 1798/94 de la Ley Nº 24240/93 dispone, en lo referido al proveedor, que "Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica". Como puede leerse, la reglamentación también utilizó, al igual que la posterior reforma del artículo 2 LDC, un concepto por demás amplio, ya que se podría discutir hasta el infinito si un bien o servicio se relaciona de manera genérica o específica con los procesos de producción, transformación, comercialización, entre otros.

De esta manera, tanto la redacción originaria de la LDC, como su reglamentación, trajeron aparejados diferentes debates sobre los contornos que delimitan el concepto de proveedor.[83] Es que si este último se define por oposición al consumidor, proveedor es aquel que ofrece bienes o servicios que resultan de procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros de manera genérica o específica; resultando, a falta de definición en la norma, imprecisa la determinación de qué implica cada actividad.

Luego, con la reforma a la Ley Nº 24240 efectuada por la Ley Nº 26361 del año 2008, se derogó de su artículo 2 la exclusión de los contratos realizados entre consumidores, cuyo objeto sean cosas usadas; y el segundo párrafo que hacía alusión a quienes no eran considerados consumidores. En tal sentido, se observan dos cuestiones relevantes para las transacciones que se catalogan como relaciones de consumo en la actualidad: a) La primera es que, en caso que una persona huma-

83. Esta situación de amplitud de definiciones también abarca el concepto de consumidor. Resulta interesante para esbozar los contornos de las definiciones de los arts. 1 y 2 de la Ley Nº 24240 releer el fallo: SC Mendoza, Sala I, "Sellanes, Elian c/ Frávega SACI e I", 12/10/2006.

na o jurídica venda a otra una cosa usada, podría verse abarcada en el concepto de proveedor si se acredita una relación de consumo y de la evaluación surge que el vendedor actuó con fin de lucro. En otras palabras, si hoy una persona humana o jurídica de manera profesional, aun ocasionalmente, realiza una operación de comercialización de un bien o servicio usado con otro consumidor, podría quedar abarcada por esta ley en tanto se configure una relación de consumo en los términos del artículo 3; b) La segunda es que está claro que no serán consumidores quienes efectúen alguna de las actividades enumeradas en el segundo párrafo del artículo 2 de la LDC, toda vez que eso define al proveedor. En tal sentido, el concepto de proveedor se distingue del de consumidor en tanto el primero no es el destinatario final del producto o servicio, ya que lo integra en su cadena productiva o empresarial. En cambio, la característica radical de nuestro ordenamiento es la de disponer que es consumidor el "destinatario final" del producto o servicio, quien agota el uso o no lo requiere para una tarea profesional. Un ejemplo que engloba ambas reformas al artículo 2 de la LDC originario se trata de los contratos celebrados entre personas humanas o jurídicas a través de plataformas de comercio electrónico. Es decir, si una persona decide vender su automóvil por una plataforma digital de comercio electrónico, sin ser esa su actividad profesional principal, tendrá las mismas obligaciones que otra persona humana o jurídica que hace de su profesión, giro comercial u oficio vender automóviles si lo hace con un fin de lucro. Además, si bien es cierto que hoy en día la garantía legal para las cosas usadas y nuevas tiene diferentes plazos, lo cierto es que las personas humanas o jurídicas que aun ocasionalmente comercialicen con otra persona, en tanto destinatario final de ese bien o servicio, serán englobados dentro del concepto de proveedor y consumidor, respectivamente, en caso que se configure una relación de consumo en los términos del artículo 3 LDC.

En la misma línea de lo que podríamos llamar "nueva casuística digital", cabe realizar algunas apreciaciones que, por cuestiones de extensión y finalidad de este trabajo, solo retomaremos parcialmente más adelante. Nos referimos al carácter de la parte que actúa como intermediaria en la comercialización electrónica. Esta cuestión, desde el punto de vista de la figura del proveedor, ha sido abordada en dos

fallos que nos parecen interesantes –aunque no configuren, a nuestro entender, la postura mayoritaria a nivel jurisprudencial–.

En primer lugar, en el caso "Claps",[84] la Cámara Civil entendió que en un caso de compra-venta de entradas en la plataforma de Mercado Libre, esta última –por la cesión del espacio publicitario y la percepción de comisiones de venta– "resulta comprendida en los términos del artículo 2 de la Ley 24.240" como parte de una cadena comercial y, por lo tanto, pasible de resultar solidariamente responsable por los perjuicios ocasionados en la realización de un negocio complejo. Es decir, se consideró proveedor tanto al vendedor de las entradas robadas (sin detallar si su actividad era habitual u ocasional o si se dedicaba a la reventa de entradas profesionalmente) como a la plataforma de comercio electrónico.

En otro fallo –también relacionado a una compra-venta electrónica– "Mercado Libre SRL

c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/ Rec. Apel. c/ decisiones autoridad adm. o pers. jurídica pub. no estatal (civil)",[85] la justicia comercial de Córdoba rechazó las expresiones de agravios de la empresa por aplicación de lo dicho en el caso "Claps". Además, rechazó el planteo respecto de la pretendida equiparación de la plataforma de comercio electrónico a la figura de intermediario –según el precedente sentado por la CSJN en "Belén Rodríguez"[86]– por no tratarse, este último, de un caso en el que haya existido un incumplimiento de las normas en una relación de consumo.

Si bien los casos citados no están exentos de polémicas, es sabido que el concepto de proveedor definido en la LDC no fue tratado de manera tan amplia ya que, culturalmente en Argentina, el foco del desarrollo doctrinario y jurisprudencial estuvo puesto con mucho mayor énfasis en el concepto de consumidor, sobre el cual se produjeron amplios debates. Asimismo, el concepto de consumidor ha tenido un ensanchamiento más extenso, derivándose subcategorías como los llamados consumidores hipervulnerables y los consumidores mixtos.

84. CNACiv., Sala K, "Claps, Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre SA s/ Daños y perjuicios", 05/10/2012.

85. TSJ pcia. de Córdoba, "Mercado libre SRL c/ Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial s/ Recurso de apelación c/ decisiones de persona jur. Púb. no estatal – recurso directo", Expte. N° 6765134, 19/05/2020.

86. CSJN, "R., M.B. c/ Google Inc. s/ Daños y perjuicios", 28/10/2014.

Sin embargo, con las contemporáneas modalidades de ofrecimiento y comercialización de bienes y servicios en los entornos digitales, resurgió el debate sobre quiénes son y pueden ser proveedores según nuestro ordenamiento jurídico.[87]

Al respecto, se ha indicado que

> El surgimiento y posterior desarrollo del Derecho del Consumidor ha estado signado por la centralidad de la noción de consumidor, no obstante el concepto de proveedor aparece unido indisolublemente a aquélla, constituyendo –por oposición– su contrapunto necesario. [...] Se trata de nociones interdependientes, recíprocamente referenciadas una a otra; así, la figura del consumidor se perfila, explica y adquiere significación cuando un individuo se sitúa delante de un profesional del mercado (proveedor).[88]

Tal como se señala, el concepto de proveedor deviene necesariamente ligado al de consumidor ya que se definen por oposición y, a su vez, porque ambos constituyen los llamados "dos polos" de la relación de consumo.

En la actualidad, la Ley N° 24240 en su artículo 2 define al proveedor como:

> ... la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

Por su parte, el CCCN en su artículo 1093 define al proveedor dentro de la definición de contrato de consumo. Así, dispone que el proveedor es "... una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o [...] una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada" y que el objetivo del consumidor o usuario es la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios ofrecidos por el aquel para su uso privado, familiar o social.

En este sentido, el proveedor es el polo pasivo de la relación de consumo, que acreditado que fuera dicho vínculo con el consumidor

87. Este punto lo abordaremos más adelante, con especial atención a los llamados usuarios profesionales en la Comunidad Europea.

88. Hernández, Carlos, "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, 2015, T. I, p. 231.

conforme el artículo 3 de la LDC y 1092 del CCCN, posee una cantidad de deberes que le impone el régimen tuitivo de su contraparte. Así, el concepto de proveedor a nuestro entender se desprende de dos circunstancias relevantes:

a. La primera, es que se define en contraposición al concepto de consumidor y usuario siempre y cuando se acredite una relación de consumo. Como señalamos, según nuestro ordenamiento jurídico existen dos polos opuestos que se vinculan si es acreditada dicha vinculación. Por un lado, el consumidor y por otro el proveedor. La definición de este último tiene su fundamento en detallar y establecer jurídicamente quienes se encuentran en el lado contrario de la parte débil en las relaciones de consumo que se compone por los consumidores y usuarios. En tal sentido, lo que se pretende con las reglas que conforman el régimen tuitivo de orden público de los consumidores es equilibrar la relación estructuralmente desequilibrada entre ambos sujetos. El proveedor tiene una posición ventajosa en relación al consumidor, toda vez que posee la información, cualidades, especificaciones sobre el producto o servicio que ofrece, conoce las pautas de uso, las define, diseña y fabrica el bien o servicio. También posee en la mayoría de los casos condiciones económicas más favorables que el consumidor.
b. La segunda, es que en nuestro país el concepto de proveedor se desprende de una enumeración que realiza la ley, paradójicamente muy amplia e imprecisa (pero no suficiente en determinados casos) en la que se hace referencia a todo el sector oferente de productos y/o servicios en la medida en que, en principio, se haga de forma profesional y en el marco de una relación de consumo. Cabe aclarar que coincidimos con la doctrina que postula que la enumeración del artículo 2 de la LDC es meramente enunciativa o ejemplificativa, más allá de las críticas que se le puedan realizar por su amplitud.[89]

89. CACC de Azul, Sala II, "Rossi Laura Viviana c/ Whirlpool Arg. SA s/ Ds. y perjs. incump. contractual", 11/06/2013.

Autorizada doctrina para definir el concepto de proveedor, siguiendo la clara división entre el ámbito contractual y extracontractual de la responsabilidad civil legislada en el código velezano, ha señalado que "la relación de consumo puede tener su fuente en un hecho jurídico, o en un acto jurídico unilateral o bilateral, es decir: un hecho dañoso, contactos precontractuales o contratos"[90] y por ello, hay diferentes definiciones de los conceptos de proveedor y consumidor. En tal sentido se señaló que a) en los contratos, el polo pasivo es el proveedor conforme lo establecido en el artículo 2 de la LDC, b) en la responsabilidad por daños legislada en el artículo 40 LDC, "el polo pasivo es el autor del daño, y este término jurídico significa que es el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio",[91] c) en las tratativas precontractuales el polo pasivo es el oferente, publicista o el proveedor en los términos del artículo 2.

Si bien en los hechos este tipo de distinciones no siempre han sido tenidas en cuenta, toda vez que de la lectura de las sentencias judiciales o de artículos de doctrina rara vez se las hace (por ej. con las contingencias derivadas del art. 40 y el art. 10 bis de la LDC), lo cierto es que resulta relevante entender estas diferencias, aún hoy con la unificación de los ámbitos contractual y extracontractuales de la responsabilidad civil.[92]

Asimismo, el concepto de proveedor descansa también en ciertas características innatas: a. La primera de ellas es que se define en tanto exista un acto de consumo y sea un sujeto que ofrece un bien o servicio a personas indeterminadas. A su vez, puede ser una persona humana o jurídica lo que no trajo demasiadas complejidades en comparación con la discusión acerca de si una empresa podía ser considerada como consumidora o usuaria.[93] Cabe resaltar que la redacción del artículo

90. Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 108.

91. Ídem.

92. Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra, "Comentario al art. 40", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Ricardo (dirs.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y Anotada*, La Ley, 2009.

93. Fallo "Sellanes", ya citado: "No obstante la ausencia de una norma general, la mayoría de las directivas comunitarias europeas limitan la noción de consumidor a la persona física. En este aspecto, la fuente es más limitada que el derecho argentino. Esta limitación, es decir, la exclusión de la persona jurídica del ámbito de protección especial, ha sido declarada constitucional por los tribunales locales de los países que

1093 del CCCN amplió aún más el concepto de proveedor, en tanto incluyó a todas las formas empresariales productoras de bienes o prestadora de servicios

> … pública o privada - captando correctamente la realidad económica y social, en cuanto aprehende incluso a las contrataciones entre consumidores y organizaciones empresariales –carentes de personalidad jurídica– y emergentes de las distintas formas de contratos asociativos previstos en los arts. 1442 a 1478, como por ejemplo las uniones transitorias de empresas.[94]

b. Asimismo, a diferencia de la definición que efectúa la ley respecto del consumidor, el proveedor es un concepto que atraviesa tanto el campo del derecho privado como público, toda vez que tal figura puede ser de naturaleza pública o privada.[95] En otras palabras, el Estado en sus diferentes niveles puede ser catalogado como proveedor, pero no como consumidor.
c. Otras características relevantes, no exentas de polémicas, es la legislada profesionalidad y habitualidad de las actividades que lleva adelante el proveedor, la posibilidad que sea nacional o extranjero y la onerosidad o gratuidad del servicio, cuestiones que abordaremos más adelante.

Actividades del proveedor enumeradas en la Ley Nº 24240

Tal como se señala, los proveedores como sujetos profesionales en la relación de consumo "deben realizar alguna de las siguientes actividades: producción, montaje, creación seguida de ejecución, construc-

han transpuesto la directiva con ese límite; así, por ej., la Corte Constitucional Italiana ha dicho que es manifiestamente inadmisible, por defecto de motivación, la cuestión planteada en torno al art. 1469 bis en la parte que define al consumidor incluyendo solo a la persona física". Quaglia, Marcelo C., "La persona jurídica como consumidor. Una propuesta de criterios ante las soluciones que brinda la normativa vigente", en *LL online*, 09/10/2019, [referencia: TR LALEY AR/DOC/3104/2019].

94. Hernández, Carlos, *Relación de consumo*, *op. cit.*, p. 231.

95. Wajntraub, Javier, *Régimen jurídico del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 27.

ción, transformación, importación, distribución y comercialización de productos y servicios".[96]

La producción se refiere a la elaboración de productos de cualquier índole, pudiendo ser materiales o inmateriales, siempre que sean susceptibles de formar parte de una relación de consumo. Claro está que, conforme las reglas generales imperantes en nuestro ordenamiento jurídico, debe tratarse de un bien o servicio lícito. La producción puede englobar el llamado proceso productivo en su totalidad o alguna de las actividades como el ensamblaje, construcción, fabricación, creación y transformación. Asimismo, cabe reiterar aquí que la enumeración efectuada por el artículo 2 de la LDC, conforme la doctrina mayoritaria a la que adherimos, es ejemplificativa.

La comercialización engloba una serie de actividades como la comercialización en sí misma y la distribución. Lorenzetti señala que "Se incluye por tanto a todos los contratos que tienen una finalidad económica de distribución de bienes con fines de comercializarlos: concesión, agencia, distribución, suministro, franquicia, consignación".[97]

A su vez, señala el autor que la distribución puede coincidir con quién comercializa o no, por ejemplo, en el contrato de transporte que no se incluye en la comercialización pero si en la distribución.

La ley también señala como proveedor al importador, quien se encuentra sometido a las leyes nacionales y debe cumplirlas incluyéndola, por supuesto.[98]

En cuanto a los servicios, la cuestión conceptual podría equipararse con lo que sucede en relación a lo que veníamos señalando respecto al proveedor, en el sentido de que es un término que se presta a equívocos, o cuanto menos a imprecisiones. De todos modos, en este caso, el motivo se puede encontrar en su raigambre economicista. Así es que, en lo que se refiere al sector de servicios, se englobarían –por la negativa– "las actividades que no producen bienes", entre las que se encuentran,

> … la distribución, el transporte y las comunicaciones, las instituciones financieras y los servicios a las empresas y los servicios sociales y personales. Aunque todos estos servicios son muy diferentes unos a otros,

96. Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, *op. cit.*, p. 111.

97. Ibídem, p. 112.

98. Fallo "Rossi", ya citado.

> pueden hacerse una distinción entre los servicios públicos, los mercantiles o destinados a la venta y los no mercantiles, los servicios destinados a los productores o a las economías domésticas, etc.[99]

Hecha esta aclaración, el servicio es definido por la doctrina jurídica del consumidor como

> … todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto. El conocimiento parcelado, la desintegración productiva, la informática favorecen la especialización en un área del conocimiento; el que presta un servicio aporta un *know how* y lo hace a un menor costo que el que tendría quien lo recibe si lo hace por sus propios medios. Esto dibuja una brecha tecnológica, aunque no económica, entre el prestador del servicio y el usuario.[100]

Los proveedores de servicios pueden ser públicos o privados. Si bien existieron ramas del Derecho que se opusieron a la aplicación de la LDC en sus ámbitos, lo cierto es que hoy nadie duda de su transversalidad. En diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha aplicado la Ley Nº 24240 a servicios públicos como el gas, el transporte de pasajeros, servicios financieros o de salud brindados por entidades estatales para el consumo.[101] Es decir que antes este tipo de casos se resolvían por aplicación de leyes propias del llamado derecho administrativo en mayor medida y con mayor fuerza. Luego, comenzó a elaborarse jurisprudencia donde los límites entre el ámbito público de la relación Estado-consumidor no eran tan claras e infranqueables para las leyes que se adjudicaban propiamente al Derecho privado.

La profesionalidad del proveedor

En este punto, queremos resaltar una discusión que volvió a tener protagonismo con la entrada en vigencia del CCCN en el año 2015.

Como observamos, la LDC dispone en su artículo 2 que el proveedor desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades vin-

99. González, Miguel; del Río Gómez, Clemente y Domínguez, José, "Los servicios: concepto, clasificación y problemas de medición". Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1317365 [fecha de consulta: 09/02/2024].

100. Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, *op. cit.*, p. 113.

101. CSJN, Fallos 337:790 y 339:1077.

culadas con la oferta de productos y servicios. En cambio, la definición brindada por el CCCN dispone que el proveedor es toda persona física o jurídica que actúe de forma profesional u ocasionalmente.

En una definición observamos que no hay alternancia, en cambio en la otra sí. En apretada síntesis, la cuestión gira en torno a la connotación de "profesionalidad" junto con la de "habitualidad".

Se ha indicado que

> El proveedor es definido en base a la oferta profesional, que puede ser habitual u ocasional. La ley argentina incluye a quienes la ejercen aun de manera ocasional. Ello no significa que se prescinda de la profesionalidad, sino que el profesional puede actuar de una manera permanente o bien ocasional o discontinua.[102]

También se ha sostenido que

> La doctrina entiende que para el régimen tuitivo consumidor el carácter profesional está dado por el conocimiento del negocio, "un grado de saber u oficio" que configura la superioridad sobre la otra parte, a la hora de la negociación. La posición del proveedor es técnica, operativa y administrativamente superior a la del consumidor, planteándose una relación de las llamadas "experto-profano".[103]

Desde una perspectiva comercial, la jurisprudencia ha sostenido que

> El profesional es el experto en determinada materia; el no profesional es el profano en dicha materia; el profesional ha ideado, diseñado y puesto en funcionamiento el proceso de fabricación y distribución de los productos que inserta en el mercado; el no profesional no tiene por qué conocer tales procesos; por lo tanto, la utilización no profesional de los productos, también califica a quien los utiliza como consumidor y tal como se demostró en la causa, cuyo sentencia comentamos, las empresas actoras utilizaron los materiales adquiridos a las demandadas en departamento destinados a la venta, es decir, de manera profesional.[104]

Así, se ha sostenido que la redacción del artículo 1093 del CCCN es confusa ya que no puede ser alternativo el hecho de exigir la

102. Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, *op. cit.*, p. 111.

103. Tambussi Carlos, *Ley de Defensa del Consumidor,* Hammurabi, 2019, 2ª ed., p. 63.

104. Brun, Carlos y Brun, Emiliano, "La relación de consumo, el destino final y la falta de profesionalidad del consumidor", en *La Ley*, 10, 27/09/2021 [referencia: TR LALEY AR/DOC/2747/2021].

profesionalidad del proveedor.[105] Así, a los fines de interpretar estas disparidades, se pueden ofrecer dos posibles soluciones:

a. La primera es que la LDC se encuentra plenamente vigente, razón por la cual sobre la base de su artículo 3, la situación se interpretará a favor del consumidor como principio cardinal del régimen tuitivo "resultando esta la que determina que será proveedor quien se desempeñe en el mercado profesionalmente, aunque lo haga de manera ocasional".[106]
b. Por otro lado, hay quienes interpretan que el hecho de la existencia de la palabra "ocasionalmente" de algún modo extiende el concepto de proveedor, olvidando de algún modo la profesionalidad requerida, toda vez que pueden quedar englobados dentro de la relación de consumo los contratos conocidos como de "consumidor a consumidor". Allí, uno de ellos se convierte en el polo pasivo, es decir proveedor, tal como sucede en los ejemplos brindados respecto a los casos de comercio electrónico o en el del automóvil. Esto es sumamente relevante debido a que la legislación argentina en la materia ha quedado por detrás de otros países, toda vez que no es lo mismo si un consumidor vende su automóvil que usaba para su vida cotidiana que si lo hace una concesionaria de autos que posee una estructura profesional para ello. Sin embargo, las consecuencias en la práctica son las mismas.

Coincidimos con la postura que se inclina por sostener que no es posible prescindir de la profesionalidad del proveedor, cuestión que si bien trae aparejadas ciertas polémicas, es la que se desprende de la ley.

Ahora bien, a pesar de ello, es tentador sostener que es algo dificultoso definir en sentido estricto y sin margen de dudas a qué se refiere la ley con "profesionalidad". Por un lado, se ha sostenido que "... la nota característica del proveedor es la profesionalidad y que implica, que una persona reviste esta condición cuando ejercer una actividad con relevante capacidad y aplicación para obrar óptimos resultados".[107]

105. Wajntraub, Javier, *Régimen jurídico del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 28.

106. Ídem.

107. Arias Cau, Esteban Javier, "La responsabilidad por daños en el derecho del consumidor: el daño directo", en *Revista Argentina de Derecho Civil*, N° 1, IJ Editores, 25/04/2018.

De otro lado, se ha indicado que hay que cuestionarse qué es lo que hace que un acto del mercado se defina como profesional. Santarelli[108] explica que la doctrina ha rescatado como notas de la profesionalidad del proveedor la habitualidad, la necesidad de contar con la habilitación necesaria para la profesión, la presunción de onerosidad y el conocimiento técnico, científico del proveedor sobre su producto o servicio. Sin embargo, indica con buen criterio que esto no convierte en sí a una persona humana o jurídica en proveedor, sino que son notas características dado que el texto de la ley no requiere para adquirir el status de proveedor que se trate de una estructura empresarial, ni de un conocimiento específico sobre el producto o servicio que se ofrece ya que el ejercicio puede ser "ocasional". Tampoco el fin de lucro toda vez que la ley engloba las actividades gratuitas y onerosas. El autor en definitiva sostiene que todas estas características podrán ser tenidas en cuenta en caso de probar y determinar la calidad de proveedor de una parte. Así, coincidimos con el autor citado en que la legislación nacional podría incluir excesos intolerables en este sentido.

Entendemos que la profesionalidad se vincula con la habitualidad y la experticia del proveedor, esta última fundada también en la confianza que inspira al consumidor en contratar con uno y no con otro.

La habitualidad,

> … es un elemento esencial del concepto mismo de proveedor y destaca también en el concepto de comerciante. El proveedor, en el giro que desarrolla, realiza reiteradas operaciones de la misma naturaleza, de forma más o menos masiva y de manera sostenida en el tiempo, mientras que el consumidor normalmente realizará esas operaciones de manera ocasional. Esta habitualidad permite al proveedor adquirir nuevos conocimientos y aumentar su experticia, no solo desde un punto de vista técnico, sino debido a lo que le aporta la experiencia explotando su giro.[109]

En segundo lugar, la experiencia del proveedor se vincula con la mejor posición que tiene frente al consumidor, más allá que todos los

108. Santarelli, Fulvio, "Comentario al artículo 2", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Ricardo, *Ley de defensa del consumidor. Comentada y Anotada*, *op. cit.*, p. 44.

109. Gatica Rodríguez, María Paz y Morales Ortiz, María Elisa, "El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho del consumo: un comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 15 de marzo de 2019 (Rol No 484-2018)", en *Revista de derecho*, Coquimbo, vol. 29, 2022.

proveedores no son iguales. En tal sentido, es el proveedor quien se encuentra con el deber de informar al consumidor, asegurar que no sufrirá daños en su persona o bienes, en garantizar un trato digno y equitativo, en responder por los daños causados injustamente en la relación de consumo y, asimismo, en cumplir con la ley. Es el proveedor quien posee los conocimientos sobre los productos que ofrece a consumidores indeterminados, por lo que la experiencia es formadora de confianza en las personas. No es lo mismo la expectativa que tiene un consumidor en contratar con un proveedor establecido hace más de cincuenta años en el mercado que con una PyME que comienza sus primeros pasos en el mercado, más allá que las obligaciones y penalidades que establece la LDC son las mismas para ambos.

Es dable remarcar que no es tarea fácil determinar ambas características, que dependen en definitiva de los avatares de un proceso judicial o administrativo. En otras épocas existía un parámetro de comportamiento conocido como "el buen hombre de negocios", que trata aparejado un análisis de la conducta del infractor con base en los factores de atribución subjetivos de la responsabilidad civil. Es decir, si un comerciante o empresario actuaba de forma diligente, de buena fe y no se probaba su culpa o dolo en un incumplimiento, lo cierto es que las soluciones eran muy distintas a las que ahora se brindan. Lo que trajo la LDC fue el establecimiento de una responsabilidad objetiva en cabeza del proveedor, donde se pone énfasis en la obligación de seguridad, el riesgo que su actividad trae aparejado en su giro comercial por lo que la experiencia se traduce en la capacidad de poner en circulación un producto o servicio seguro, óptimo y que cumpla con las características enunciadas y por otro en la estructura que posea para hacer frente a todo tipo de reclamos en materia de derecho de los consumidores y usuarios.

Cabe traer a colación en este punto un interesante pero a veces olvidado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se abordó específicamente el concepto de proveedor en los términos del artículo 2 de la Ley Nº 24240.

En el caso "Arregui",[110] la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en apretada síntesis,

110. CSJN, Fallos 340:1940.

condenó a la Comunidad Homosexual Argentina (en adelante CHA) al pago de una indemnización por los daños sufridos por el actor, Diego Arregui el 16 de enero de 2005, cuando se encontraba en un evento organizado por dicha asociación realizado en la Costanera Sur de la CABA. La Cámara fundó su sentencia en el hecho que las lesiones sufridas por el actor fueron provocadas por un grupo de personas durante el desarrollo del evento organizado por la CHA, llamado "Stop SIDA". Además, citó una resolución mediante la cual el Gobierno de la CABA había autorizado la realización del evento y donde se establecía que la CHA estaba a cargo de la seguridad de los asistentes. Frente a esta decisión la CHA presentó un recurso extraordinario federal, que fue denegado y por lo tanto presentó una queja ante al CSJN que fue admitida.

Llegado el caso al análisis de la CSJN, en primer lugar se sostuvo que de la autorización otorgada por el Gobierno de la CABA no surgía que la CHA debía hacerse responsable de la seguridad de los asistentes, sino de los espacios donde se realizaba el evento. Además, y lo que más nos interesa aquí, es que la CSJN señaló que al caso de Arregui no le era aplicable la doctrina que surgía del fallo "Mosca"[111] por los siguientes argumentos: a) Que los hechos que dieron lugar al fallo "Mosca" se trataban de daños producidos en el contexto de un evento deportivo pago, donde también la ley especial de espectáculos deportivos disponía una responsabilidad objetiva. En cambio, en el marco los hechos de Arregui no sucedieron en el marco de "un espectáculo deportivo, sino en un recital gratuito celebrado en un espacio abierto y público, con autorización del gobierno local y cuyo objeto era difundir una determinada consigna vinculada con la prevención del VIH-SIDA".[112] Del voto del Dr. Maqueda, surge que además, el hecho de imputar responsabilidad civil a una asociación como la CHA "por su sola condición de organizadora de una actividad a realizarse en un espacio público, podría comprometer el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de reunión consagrados en el artículo 14 de la Constitución Nacional".[113]

111. CSJN, M. 802.XXXV. originario, "Mosca, Hugo Orlando c/ Buenos Aires Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ Daños y perjuicios", 06/03/2007.

112. CSJN, Fallos 340:1940, consid. 7.

113. Ibídem, voto del Dr. Maqueda, consid. 8.

Por su parte, el Dr. Lorenzetti consideró que en el caso la CHA no encuadraba dentro del concepto de proveedor en los términos del artículo 2 de la LDC, por lo que el caso era bien distinto al del fallo "Mosca",

> En primer lugar, en el caso no se trata de una relación de consumo porque el sujeto organizador no es un "proveedor", conforme lo definiera esta Corte. Tampoco se inserta en la categoría del art. 2 de la ley de defensa del consumidor y del actual art. 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación".[114]

Agregó que de confirmarse la sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal se reducirían los incentivos para que las organizaciones sin fines de lucro realicen actividades en espacios públicos y abiertos. Sin embargo, aclara que sin perjuicio que en el caso no se aplique la Ley N° 24240, lo cierto es que existe una obligación de seguridad en cabeza de cualquier organizador sea con finalidad de lucro o altruista, pero que ella no se traduce únicamente en una imputación de responsabilidad objetiva. De este modo, conforme los hechos del caso, analizó la obligación de seguridad de CHA conforme los factores subjetivos de la responsabilidad civil y de ello concluyó que

> En la especie, todo indica que no se ha probado la culpa de la accionada (como ser fallas en las instalaciones, daño a la integridad física por falta de asistencia médica, etc.) pero, en cambio, sí se acreditó que el evento lesivo fue provocado por terceros que, a juzgar por las circunstancias de tiempo, persona y lugar, ese hecho reuniría las características del caso fortuito (art. 514 del Código Civil derogado)".

Proveedores nacionales y extranjeros en los entornos digitales[115]

Según dispone la Ley Nº 24240 el proveedor puede ser nacional o extranjero. Esto no ha traído problemas en cuestiones de jurisdicción y competencia cuando el proveedor es de algún modo ubicable en el terri-

114. Ibídem, voto del Dr. Lorenzetti, consid. 5.

115. Este apartado, con algunas modificaciones, es parte del libro *Plataformas digitales, influencers y relaciones de consumo*, Ed. Jusbaires, en prensa.

torio nacional. Sin embargo, con las modalidades de contratación digitales, surgieron algunas cuestiones problemáticas respecto a los reclamos de los consumidores y usuarios en contra de proveedores foráneos y también respecto de las diferencias en las condenas a estos últimos comparadas con las aplicadas a los nacionales o radicados en nuestro país en caso de incumplimiento de la obligación o violación a la LDC.

Autorizada doctrina ha señalado que

> El comercio electrónico constituye tanto un nuevo soporte para la actividad comercial cuanto un nuevo mercado en el que dicha actividad humana se desenvuelve. Como nuevo soporte de una de las actividades más antiguas de la humanidad –el intercambio de bienes o servicios–, la electrónica y sus instrumentos vienen sustituyendo, cada día de una manera más generalizada, a la voz y el papel, clásicos medios de apoyo para la emisión y recepción de voluntades negociales y sus efectos jurídicos y empresariales. En tanto nuevo ámbito –virtual y no material– de ejercicio de la actividad mercantil, el comercio electrónico, y su amplia difusión práctica, ha generado un nuevo lugar o locus de encuentro de ofertas y aceptaciones de voluntades negociales, inexistente y desconocido hasta hace poco tiempo.[116]

Es sabido que hoy en día muchas de las relaciones de consumo se dan en el entorno digital. Generalmente, el consumidor mediante una serie de pasos contrata a través de plataformas digitales ya sea con esta misma o con terceros proveedores que utilizan dichos portales para comercializar sus productos o servicios. Los pasos a seguir para concretar una operación se encuentran definidos en los términos y condiciones que imponen las plataformas intermediarias.

Así, como hemos sostenido, a raíz de la comercialización en línea, hay una enorme disparidad de condiciones no solo entre los consumidores,[117] entendidos como la parte más débil y sujetos de tutela de nuestro derecho, sino también entre los proveedores que comercializan en *Internet* y quienes realizan su actividad comercial en el

116. Molina Quiroga, Eduardo, "Comercio electrónico y consumidores", en Tambussi Carlos, *Relación de consumo 1*, Hammurabi, 1ª ed., 2018, p. 86.

117. Trivissono, Julieta, "Comercio electrónico en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor: Información, responsabilidad, confianza y otras cuestiones", 2019. Disponible en *LL online* [referencia: AR/DOC/1398/2019].

mundo de "carne y hueso". Asimismo, esa distinción se agudiza entre los nacionales y los extranjeros.

Se señala como una preocupación, la inquietud sobre qué leyes serán aplicables en lo que refiere al comercio electrónico como parte del *e-business*

> … a aquella transacción efectuada por un consumidor vía *Internet*, especialmente cuando el proveedor y el consumidor se encuentran en países diferentes. Mientras que en el pasado la mayor parte de las transacciones "negocio-a-consumidor" (*bussines to consumer*– B2C–) tenían lugar entre personas con domicilios en el mismo país, en la actualidad, *Internet* ha hecho posible que las transacciones transfronterizas se den con mayor frecuencia. Los consumidores abrigan la esperanza de que al realizar contrataciones vía Internet, les serán aplicables las mismas normas que rigen las operaciones realizadas en los comercios locales. En este caso, la expectativa del comprador es que la normativa en materia de protección al consumidor vigente en su lugar de residencia, le proteja cuando realice una compra por *Internet*, aun tratándose de una transacción transfronteriza. Desde el punto de vista del consumidor, se puede sostener que este no confiará en el comercio electrónico, a menos que se le ofrezca la misma protección que tiene "en casa".[118]

En este punto, queremos traer a colación un caso que, si bien hoy es casi aislado, no escapa a los avatares que pueden producirse en los entornos digitales respecto de los proveedores foráneos y los nacionales o radicados en nuestro territorio. En un caso jurisprudencial,[119] se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Booking.com Argentina SRL, que no admitió su conexión ni injerencia en una operación de consumo. La Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, autoridad de aplicación de la LDC, había impuesto una multa a Booking.com SRL Argentina por violación a la LDC e incumplimiento contractual a raíz de la denuncia de un consumidor en sede administrativa. Ante esta sanción, la empresa interpuso un recurso directo sobre la base del artículo 45 de la normativa citada. Llegado el caso a la Cámara Federal, los jueces de la Sala IV, hicieron lugar a la

118. Molina Quiroga, Eduardo, "Comercio electrónico y consumidores", *op. cit.*, p. 90.

119. CCAF, Sala IV, "Booking.com Argentina SRL c/ DNDC s/ Defensa del consumidor - Ley 24240 - Art. 45", 01/10/19.

excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por la empresa y dejaron sin efecto la multa aplicada.

Para fundar su decisión, citaron parte de los términos y condiciones que surgían de la propia página *web* de Booking.com, empresa diferente a Booking.com Argentina SRL:

> Sobre Booking.com y las empresas filiales. Booking.com B.V. presta el servicio de reserva de propiedades *online*. Se trata de una sociedad privada de responsabilidad limitada constituida según la legislación de los Países Bajos y con sede social en Herengracht, número 597, 1017CE, Ámsterdam, Países Bajos [...] cuenta con varios grupos de empresas afiliadas (las "empresas filiales") en todo el mundo. Estas empresas filiales proporcionan únicamente un apoyo interno a y en beneficio de Booking.com. [...] Las empresas filiales no cuentan con ninguna página *web* (y de ninguna manera controlan, gestionan, mantienen ni son propietarias de la página *web*). Las empresas filiales no tienen poder ni autoridad para prestar el servicio, representar a Booking.com o firmar un contrato en su nombre. [...] Las empresas filiales no operan y no están autorizadas para actuar como ningún tipo de agente de proceso o servicio de Booking.com. Booking.com no acepta ni asume ningún otro domicilio en ningún lugar, ubicación u oficina (tampoco en la oficina de sus empresas filiales), que no sea su domicilio social de Ámsterdam.[120]

A partir de esta cláusula, el Tribunal dedujo que la empresa sancionada por la autoridad de aplicación nacional no era la titular ni gestionaba la aludida página *web* Booking.com, que pertenecía y era administrada por Booking.com BV, con sede en Ámsterdam, Países Bajos. De otro lado, se sostuvo que se encontraba acreditado que Booking.com Argentina SRL no era una sucursal, ni un representante en el país de Booking.com BV, sino que tenía personalidad jurídica diferenciada de acuerdo con la legislación argentina. Por ello, se interpretó que la sanción impuesta a Booking.com Argentina SRL por la reserva de alojamiento en línea que habría emitido su socia Booking.com BV a través de su sitio *web* www.booking.com, no se ajustaba a derecho; pues lo contrario significaría admitir una sanción a una persona a la cual no le era jurídicamente imputable. En efecto, los jueces entendieron que la empresa sancionada, al no administrar el sitio *web* ni haber

120. Booking, Términos y condiciones. Disponible en: https://www.booking.com/content/terms.es-ar.html [fecha de consulta: 10/02/2024].

emitido "la oferta" o "el anuncio publicitario", no había tenido la posibilidad real y efectiva de ajustar su conducta a los mandatos de la ley.

De lo relatado, pueden extraerse algunas cuestiones para reflexionar. Si bien en otro caso, radicado ante el fuero comercial nacional, se decidió condenar a Booking Argentina SRL, con domicilio en CABA, autores especializados remarcan con buen tino las complejidades propias del derecho internacional privado ante un reclamo de consumo.[121] Lo cierto es que la Argentina no posee reglas de *forum actoris* (que sería en esencia beneficiosa para el consumidor) más allá del abanico de posibilidades que ofrece el artículo 2654 del CCCN. Por eso sostenemos que la aplicación de normas del mundo de carne y hueso, fundadas en la idea de soberanía y territorialidad, llevadas al contexto digital y a las operaciones efectuadas a través de *Internet*, puede resultar inadecuada. Esto es así, entre otras razones, porque *Internet* no reconoce fronteras.

De otro lado, la digitalidad produce una seria desigualdad no solo entre los consumidores que deciden adquirir sus productos en línea y los que lo hacen en el "mundo real", sino también entre los proveedores que realizan sus transacciones en el mundo lejos del teclado y los que exclusivamente lo hacen en plataformas digitales. En el entorno digital la interjurisdiccionalidad y las construcciones doctrinarias que identifican a los proveedores como meros intermediarios habilitan una verdadera desprotección hacia los consumidores o usuarios en caso de incumplimiento.

Además, los proveedores nacionales tradicionales –no digitales– que utilizan o no plataformas para la comercializar sus productos o servicios (y que fueron pasibles de resoluciones condenatorias por parte de la Administración Central y el Poder Judicial) deben adaptar sus conductas a normativas precisas y gravosas, cuyas penalidades son ampliamente conocidas. En cambio, respecto de las *start-ups* o nuevos modelos de negocios, la aplicabilidad de tales leyes es más difusa; generalmente por cuestiones de jurisdicción, ley aplicable, falta de tipicidad, etcétera.

De este modo es posible plantear que *Internet*, además de excluir, genera un importante trato desigual no solo respecto de los consumi-

121. Brodsky, Jonathan, "Controversias derivadas de contratos internacionales de consumo. ¿Cuándo son competentes los jueces argentinos?". Disponible en *LL online* [referencia: AR/DOC/3072/2017].

dores, sino también de los proveedores. El entorno digital en múltiples ocasiones habilita nuevas formas de operación comercial que perjudican a quienes tradicionalmente han empleado mano de obra local, cumplen con las regulaciones de salud y seguridad laboral y poseen una férrea normativa respecto a los contratos de trabajo y a las cargas impositivas y la seguridad social frente al Estado.

La exclusión de los profesionales liberales

El artículo 2 de la LDC dispone en su segundo párrafo que

> 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.

Se observa que el legislador excluyó del concepto de proveedor a las profesiones liberales, no así la publicidad que lleven adelante de sus servicios. Esto no sucede en legislaciones extranjeras, como por ejemplo en Brasil, donde dichos profesionales se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Código de Defensa del Consumidor.

Entendemos que la postura adoptada por el legislador argentino se fundamenta, en esencia, en dos cuestiones. La primera, es que las actividades de los profesionales liberales se encuentran reguladas expresamente en el CCyCN ya que se trata de una locación de servicios, en su mayoría obligaciones de medios y no de resultados como impone el espíritu de la LDC. De otro lado, ya que dichos profesionales se encuentran sujetos a normativas de ejercicio de la profesión y diversos códigos de ética, cuyo organismo de control son los colegios profesionales.

La exclusión del ámbito de aplicación de los profesionales liberales en la LDC fue intensamente criticada por la doctrina; sin embargo, no ha sido modificada en el transcurso de los años.[122]

122. Mosset Iturraspe, Jorge; Wajntraub, Javier, *Ley de defensa del consumidor*, *op. cit.*, p. 51.

Sin embargo, cabe resaltar que la publicidad que hagan de sus productos o servicios sí se encuentra abarcada por la LDC. En tal sentido, vemos como las regulaciones nacionales exigen a los profesionales de salud que si desean hacer publicidad más allá de sus nombres, horarios de atención, dirección, deben pedir una autorización especial. Sin embargo, es muy común ver en diferentes redes sociales como los médicos, nutricionistas, entre otros profesionales del arte de curar hacen publicidad de sus servicios constantemente sin control alguno.

De otro lado, otra excepción es la referida actuación de un profesional liberal como comerciante. Por ejemplo, se ha sancionado a un veterinario en tanto proveedor en los términos del artículo 2 de la LDC, toda vez que no actuó como profesional liberal sino que el vínculo que lo unía con los demandantes era la venta de un perro.[123]

De tal modo, las circunstancias que podrán catalogar a un profesional matriculado como proveedor, dependerán de la prueba a producirse en el proceso.

Usuarios profesionales: el proveedor frente a otro proveedor

En este punto queremos detenernos en una cuestión más que interesante que se vincula con el concepto de proveedor y que no ha sido desarrollado de manera amplia en nuestro país.

Referido a los usuarios de plataformas digitales que las utilizan para comercializar, promocionar, vender, entre otras actividades, sus productos y servicios, resulta interesante traer a colación lo dispuesto en el Reglamento de la Unión Europea N° 1150/19 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.[124] Esta normativa es producto del reconocimiento del proceso de digitalización de los últimos años, que además, ha sido crucial para

123. CNACAF, Sala II, "Poggi, J. c/ Sec. de Comercio", 06/05/99, *JA*, 2000-III-381, citado en Tambussi Carlos, Ley de Defensa del Consumidor, *op. cit.*, p. 67.

124. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=ES [fecha de consulta: 10/02/2024].

afrontar el aislamiento provocado por la pandemia del Covid-19. La doctrina española ha señalado al respecto que

> Menos de dos décadas han sido necesarias para que los servicios digitales –y más concretamente a partir de la consolidación de las plataformas en línea– se conviertan en la piedra angular de la economía y contribuyan, sin precedente alguno, al profundo cambio social de estos últimos tiempos.[125]

Lo que se quiere puntualizar en este breve apartado es que los vínculos entre los consumidores y proveedores no son los únicos que presentan un desequilibrio estructural entre las partes. Hoy en día, también se da este escenario en las relaciones entre las grandes empresas tecnológicas y proveedores que las utilizan para ofrecer sus productos y servicios a la comunidad en general. La propia normativa comentada reconoce que las relaciones entre los diferentes actores del "ecosistema digital" no son equilibradas.

En otras palabras, por un lado tenemos pocas empresas tecnológicas que controlan los espacios de intercambio que se dan en *Internet* e imponen sus términos y condiciones (cláusulas contractuales) y por otro, existe un sinfín de usuarios que pueden ser encuadrados dentro de las categorías jurídicas de consumidor y proveedor según la legislación local, que adhieren a dichos términos y no pueden modificarlos.

Algunos autores sostienen que la relación entre las grandes tecnológicas con los proveedores que las utilizan es una relación de dominio y dependencia. Nadie desconoce la existencia y el continuo crecimiento exponencial del comercio electrónico y cómo mejora la oferta de productos para los consumidores y la competencia entre empresas por lo que la presencia "en línea" es una condición necesaria de la mayoría de los negocios y proveedores que se encuentran atados a condiciones que les imponen empresas gigantes y con las cuales no tienen un trato personalizado, sino que corren la misma suerte que los consumidores ya sea para comunicarse o para resolver un conflicto. Se ha indicado que

> Los usuarios profesionales y los usuarios de páginas *web* corporativas, incluyendo las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, tienen una situación de dependencia cada vez mayor en relación con los

125. Castelló Pastor José Juan, "Mediación en los conflictos derivados de los servicios digitales en la Unión Europea", en Barona Vilar, Silvia (ed.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pp. 357-380.

> servicios de intermediación en línea para poder llegar a los consumidores. Estos servicios de intermediación en línea han sabido ver, desde un principio, las infinitas posibilidades que se abrían con la puesta en marcha del mercado online y han comenzado a ofrecer sus servicios como intermediarios, bien directamente con el consumidor final o, indirectamente, a través de motores de búsqueda, a todo tipo de empresas y profesionales, convirtiéndose de esta forma en un factor clave e, irremediablemente hoy en día, indispensable para poder acceder a este nuevo modelo de negocio. [...] En este contexto, el papel crucial y decisivo que adquieren los proveedores de servicios en línea, incluyendo también los proveedores de motores de búsqueda, como intermediarios para el éxito y visibilidad de las empresas en este nuevo ecosistema de negocios, tiene como consecuencia inmediata, un mayor poder de negociación en sus relaciones comerciales con dichas empresas, lo que le permite imponer sus condiciones a éstas, en algunos casos, abusando de su posición dominante, ocasionando mediante sus decisiones unilaterales y prácticas desleales un importante perjuicio económico a las empresas que se relacionan con aquellas. Todo ello, además, se ve agravado, porque nos movemos en un mercado donde existe un alto grado de concentración, con un escaso número de plataformas y, en donde las condiciones para entrar como un nuevo participante son especialmente gravosas. Esta idea de posible abuso de esta posición de superioridad se puede corroborar con las conclusiones del estudio dirigido por la Comisión Europea y publicado en junio de 2017, con el título "Business to Business Relations in the Online Platform Environment", donde un 46% de los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea señalaban que habían tenido problemas en sus relaciones con las plataformas y un 21% de los mismos, además, declaraba que los tenía muy a menudo. A ello puede añadirse, además que, aunque un 26% de los conflictos que surgían, al final se resolvían con muchas dificultades, un 32% de los conflictos que se habían planteado quedaban sin resolver.[126]

Si bien en el Reglamento de la Unión Europea N° 1150/19 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea se excluyen determinadas actividades en su artículo 3, desde el año 2019 brinda un concepto que es muy interesante: el

126. Enrique Fernández Masiá, "Servicios de intermediación en línea en Europa: diseño de un sistema específico de solución de controversias", en *Revista Boliviana de Derecho*, N° 32, julio 2021, pp. 560-585.

"usuario profesional". A este último se lo define como todo particular que actúa en el marco de una actividad comercial o profesional o toda persona jurídica que ofrece bienes o servicios a los consumidores a través de servicios de intermediación en línea con fines relativos a su comercio, negocio, oficio o profesión. También podemos hablar de ellos como produsuarios que, sin dejar de ser proveedores para el consumidor final en los términos de los artículos 1 y 2 de la LDC, son a la vez usuarios de las plataformas digitales que pueden cambiar las reglas del juego cuando lo consideren sin dejarles opción, lo que muchas veces afecta sus negocios.

Es tentador sostener que el fundamento que da origen a esta normativa se asimila en determinadas características al del nacimiento de las legislaciones de defensa de los consumidores ya que los

> … servicios digitales son canales de flujo de información continua muy atractivos para las empresas que deseen expandir su negocio en la red, aunque la falta de simetría en las relaciones comerciales entre los operadores económicos y los prestadores de los servicios de intermediación puede socavar la confianza de los primeros en el entorno digital. Así es, los operadores económicos se encuentran generalmente con una capacidad limitada de negociación, de modo que los proveedores de servicios de intermediación en línea pueden actuar unilateralmente de una forma que puede resultar ciertamente injusta y perjudicar no solo a los intereses legítimos de estos usuarios profesionales, sino también indirectamente a los intereses de los consumidores de la Unión Europea. Por ello mismo, conocedor de esta situación, el legislador de la Unión considera necesaria una particular protección para los usuarios profesionales en sus relaciones comerciales con los gigantes tecnológicos porque –dada su posición de superioridad– pueden llegar a imponer sus condiciones para mostrar los bienes, productos o servicios de los usuarios profesionales.[127]

Asimismo, se ha indicado que

> Las prácticas irregulares de las plataformas en línea afectan de igual manera, o de manera muy parecida, a los usuarios de la plataforma que son profesionales o empresarios y deciden aprovechar la estructura y la organización de una plataforma para contactar con los consumidores y reali-

127. Castelló Pastor, José Juan, "Mediación en los conflictos derivados de los servicios digitales en la Unión Europea", *op. cit.*, pp. 357-380.

> zar también con más facilidad el contrato de venta de bienes o servicios. De este modo, las empresas y los profesionales, para actuar con eficiencia comercial, dependen cada vez más de los servicios de las plataformas en línea, que, a su vez, han ido adquiriendo una situación de superioridad comercial. Una cosa conduce a la otra. Se podría decir que las plataformas controlan unilateralmente el contrato de prestación de servicios en línea, lo que les permite comportarse de una manera que puede ser injusta y perjudicial para los intereses legítimos de los profesionales o empresarios. En particular, las plataformas en línea aprovechan la situación de superioridad para imponer unilateralmente condiciones generales de la contratación que son contrarias a la buena fe en las relaciones contractuales –cláusulas abusivas– o realizan prácticas que se desvían de las buenas conductas comerciales porque no son transparentes, induciendo a error o engaño a los profesionales o empresarios. Son frecuentes, en la práctica, las cláusulas del contrato de condiciones generales que permiten que la plataforma decida unilateralmente la terminación o suspensión de los servicios de intermediación en línea o la modificación de las condiciones de la contratación, incluso la subida del precio.[128]

Según la normativa europea comentada, este usuario profesional tiene derecho frente al intermediario a que las condiciones generales pactadas para la utilización de los servicios en línea sean redactadas de manera sencilla y comprensible y que estén a disposición en todo momento, incluso en la etapa precontractual. Agregan que los intermediarios en línea deberán notificar a los usuarios profesionales sobre cualquier cambio en las condiciones o cláusulas del contrato del servicio contratado y que las autoridades estatales elaborarán códigos de conducta para los intermediarios. Además, en el Reglamento N° 1150/19 se establecen canales de resolución alternativas de conflictos como la mediación extrajudicial y la autorregulación que le imponen a las empresas tecnológicas de poseer canales y mecanismos internos para reclamos de los usuarios profesionales a través de formularios para poder resolver de una forma ágil los inconvenientes. Estas inicia-

128. Jiménez Horwitz, Margarita, "Las responsabilidades de las plataformas en línea en el ámbito del derecho de los contratos: desde la protección de los consumidores hasta la protección de los profesionales y empresarios", en *Centro de Estudios de Consumo*, 13/01/2020. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Las_responsabilidades_de_las_plataformas_en_linea_en_el_ambito_del_derecho_de_los_contratos.pdf [fecha de consulta: 10/02/2024].

tivas buscan poder dar una respuesta rápida a los usuarios profesionales toda vez que tiene en cuenta el impacto que puede provocar una decisión unilateral de la empresa proveedora de servicios digitales en el desarrollo de una actividad comercial de un tercero, como por ejemplo dar de baja una cuenta o una tienda virtual.

Observamos que con el correr del tiempo no solo el consumidor en términos estrictos puede catalogarse como un sujeto vulnerable frente a determinados sujetos, como las compañías tecnológicas, sino que los proveedores en los términos del artículo 2 de la LDC también. Por ello, en la UE se ha instado a legislar o dictar recomendaciones sobre las medidas de transparencia que los intermediarios en línea deben tener con otras empresas proveedoras para fomentar mecanismos de resolución alternativos más ágiles, ya que a una compañía que utilice los servicios de intermediarios en línea también le son aplicables e impuestos términos y condiciones que deben aceptar ya que de lo contrario quedan afuera de un espacio con importante trascendencia en la actualidad. En palabras de la propia UE:

> Los servicios de intermediación en línea son factores esenciales para el emprendimiento y los nuevos modelos de negocio, el comercio y la innovación que, a su vez, también pueden potenciar el bienestar de los consumidores y cada vez se emplean más tanto en el sector privado como en el público. Facilitan el acceso a nuevos mercados y oportunidades comerciales de modo que permiten a las empresas aprovechar las ventajas del mercado interior. Permiten a los consumidores de la Unión obtener provecho de dichas ventajas, en concreto al ampliar la gama de bienes y servicios y al contribuir a la oferta de precios competitivos en línea, pero también plantean desafíos a los que hay que hacer frente si se quiere garantizar la seguridad jurídica.[129]

De hecho, estas exigencias hacia las grandes compañías intermediarias se han visto reforzada con la Ley de Servicios Digitales de la UE, donde se intenta que las empresas tecnológicas "importantes" cumplan determinadas reglas sobre transparencia en la publicidad, mecanismos de moderación de contenidos, entre otras.[130]

129. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=ES [fecha de consulta: 10/02/2024].

130 Molina Quiroga, Eduardo, "Nuevo reglamento europeo sobre plataformas digitales", en *Revista Pensar Jusbaires*, Nº 33, Buenos Aires, Editorial Jusbaires, 2023, pp. 6-19.

En el ámbito nacional es sabido que la mayoría de los esfuerzos estuvieron dedicados a analizar el vínculo entre la plataforma digital (de comercio electrónico o motor de búsqueda) y el consumidor en los términos del artículo 1 de la LDC. El proveedor que se encuentra vinculado a la plataforma y ofrece el producto o servicio, si bien es demandado en algunos casos, no siempre se llega a una solución favorable por cuestiones de anonimato o jurisdicción.

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia hoy se inclina a considerar a la plataforma digital, sea red social, motor de búsqueda o de comercio electrónico, entre otras, como un "intermediario" que no tiene injerencia en las operaciones que realicen sus usuarios en ellas, sean consumidores o proveedores conforme los términos de la Ley Nº 24240. En este sentido, en diversas sentencias se ha optado por no considerar a la plataforma digital como proveedor en los términos del artículo 2 de la LDC, sino que el proveedor es el usuario de la plataforma que la utiliza para comercializar productos y servicios con otros usuarios finales (consumidores).[131] Así, en apretada síntesis, se analiza el accionar de la plataforma conforme el factor subjetivo de la responsabilidad civil toda vez que no se encuadra dentro del régimen de protección al consumidor, ni tampoco existe un "deber de vigilancia" de las grandes tecnológicas sobre los contenidos que se alojan en sus espacios. Sin embargo, si la plataforma es anoticiada de un contenido ilegal y no lo da de baja o si es manifiestamente ilegal, se analizará su actitud confirme los factores subjetivos de la responsabilidad civil. Si bien esta postura no es ajena a polémicas y debates jurídicos, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria la adopta.

Artículo 3. Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia*

Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de

131. CNAC, Sala D, "Kosten, Esteban c/ Mercado Libre SRL s/ Ordinario", 22/08/2018.

* Comentario sobre el artículo 3 por Sandra A. Frustagli.

Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

(Artículo sustituido por art. 3 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1092, 1093, 1094, 1095 del CCCN.*

El texto actual del artículo 3 de la Ley de Defensa del Consumidor tiene su origen en la reforma de la Ley Nº 26361, del año 2008. La redacción primigenia se centraba en el tópico relativo a la integración normativa del microsistema de defensa del consumidor, y consagraba la vigencia del principio proconsumidor como pauta de interpretación e integración normativas.[132]

A la luz de la teoría general del derecho, esa decisión legislativa daba cuenta de la necesidad de establecer criterios ordenadores del relacionamiento intrasistémico entre la nueva ley y el resto del conjunto normativo frente a un régimen cuyo ámbito de aplicación atrapa relaciones jurídicas vinculadas a actividades económicas de muy distinta naturaleza, y consecuentemente converge con una pluralidad de leyes y disciplinas jurídicas diversas, debido a la amplitud de horizontes materiales, personales y espaciales que exhibe la realidad captada por sus normas.

La incorporación de la cláusula constitucional de protección al consumidor (art. 42 CN), en el año 1994, constituyó un punto de inflexión que impulsó el desenvolvimiento del Derecho del Consumidor en el país; en esa evolución las modificaciones al texto que se comenta resultan producto de ese influjo, y persiguieron armonizar el régimen legal con los criterios rectores de la Constitución Nacional. Esto implicaba, entre otras cuestiones, expandir los alcances del sistema tuitivo

132. El texto original del artículo 3 de la Ley Nº 24240 disponía: "Interpretación. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de defensa de la competencia y de lealtad comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor".

y reafirmar su aplicación preferente frente a la convergencia normativa con otras regulaciones sectoriales. En lo que sigue se analizan las temáticas reseñadas.

La relación de consumo y su centralidad en la delimitación del sistema protectorio

En el derecho nacional, la noción de relación de consumo resulta esencial en la demarcación del ámbito de aplicación objetivo del régimen protectorio especial, tanto en el plano constitucional como legal.

Ese rol estructurante se encuentra explicitado en el artículo 42 de la Constitución Nacional, sede normativa de la carta de derechos fundamentales de los consumidores y usuarios, los cuales se reconocen precisamente en el marco de la relación de consumo.

En el plano legal, la recepción del concepto se concreta con la Ley Nº 26361, en 2008, al modificarse la redacción del artículo 3 de la Ley de Defensa del Consumidor.

La compresión cabal de la importancia y función desempeñada por la noción aquí analizada exige recordar que, en su origen, la Ley Nº 24240 se orientó primordialmente a proteger al consumidor en su rol contratante. Enfoque restrictivo que obstaculizaba el logro de una tutela efectiva e integral de los derechos de los consumidores, tanto en su faz individual cuanto colectiva.

A partir de 1994, el fuerte contraste con la apertura ínsita en el mandato constitucional resultó determinante para que la doctrina y jurisprudencia comenzaran a superar las limitaciones del texto legal por vía de una interpretación ajustada a los parámetros más elevados de la Ley Fundamental. La hermenéutica aperturista, con eje en la relación de consumo, posibilitó la expansión paulatina del ámbito de aplicación del régimen tuitivo a toda situación donde la vulnerabilidad del consumidor se verifique, independientemente de la existencia, o no, de una vinculación de naturaleza contractual.

En la doctrina, Farina fue uno de los primeros autores en postular un entendimiento amplio de la noción de relación de consumo al explicar que esta atrapa a "todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la

actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios".[133]

Con similar orientación Lorenzetti se pronuncia por una concepción amplia del instituto, comprensiva de todas las situaciones en que el sujeto es protegido, sea antes de contratar, o como contratante, si es víctima de un acto ilícito o resulta afectado por una práctica de mercado.[134] Sobre el particular, sostenemos desde hace tiempo que la relación de consumo podía identificarse por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, exista o no vínculo contractual.[135] En definitiva, las líneas de pensamiento mencionadas coinciden en reconocer la diversidad de situaciones fácticas emanadas de prácticas de mercado que evidencian la multiplicidad de fuentes de la relación de consumo: hechos jurídicos, lícitos o ilícitos, actos jurídicos, sean estos unilaterales o de naturaleza contractual;[136] situaciones todas que exigen ser analizadas a la luz del principio de realidad económica,[137] a fin de no menguar la protección.

La interpretación de los alcances del ámbito de aplicación de Ley Nº 24240 en clave constitucional cobró fuerza y se afianzó a partir de su recepción en diversos precedentes jurisprudenciales.

Como ejemplo, merece destacarse en materia de responsabilidad de las empresas concesionarias de rutas por accidentes ocasionados por animales sueltos, un voto señero de la Dra. Higthon de Nolasco donde se puntualiza que

133. Farina, Juan M.; "Relación de consumo (A propósito del art. 42 de la Constitución Nacional)", JA 1995-I, p. 886.

134. Lorenzetti, Ricardo; *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 74.

135. Frustagli, Sandra A. y Hernández, Carlos A., "Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo", en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, T. VI, p. 439 y ss. Disponible en *LL online* (TR LALEY AR/DOC/2244/2005). También se pronuncia en ese sentido Barocelli, Sebastián, *Teoría General de las Relaciones de Consumo*, Buenos Aires, versión ebook, IJ Editores, capítulo II, apartado 9, 2021.

136. Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, *op. cit.*, p. 115; Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos, "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", *JA*, 2008-II, p. 1214 y ss. (TR LALEY 0003/013844)

137. Chamatropulos, Demetrio A., *Estatuto del Consumidor Comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed. actualizada, 2019, T. I, p. 257.

> la relación entre el concesionario de una ruta y quien transita por ella previo pago de un peaje es un usuario involucrado en una típica relación de consumo. El propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo" para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios...

Se sigue en el caso la caracterización antes mencionada que esbozara Farina.[138]

También es ilustrativo de lo dicho, el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Mosca", con aportes significativos y precisos respecto de la exigibilidad del derecho a la seguridad reconocido en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Sobre el particular, sostuvo que debe ser garantizado en

> ... el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales.[139]

En resumen, lo cierto es que el artículo 3, en su redacción actual, redefine el ámbito de aplicación de la Ley Nº 24240 de modo coherente con las exigencias constitucionales que dirigen la tutela a la relación de consumo,[140] elemento que se define como "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario". La tipificación legal destaca el ligamen interpersonal ínsito en la idea de relación jurídica, determi-

138. CNCiv., "Greco, Gabriel c. Camino del Atlántico S. A. y otro", sala F, 13/03/2000, (LA LEY, 2001-B), p. 511.

139. CSJN, Fallos: 330:563, Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros, 06/03/2007.

140. Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos, "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", *op. cit.*, p. 1214.

nado en este caso por el singular carácter de los sujetos entre los que se establece: consumidor y proveedor. Categorías estas que también adquieren centralidad en la aplicación del sistema tuitivo, y retroalimentan el concepto de "relación de consumo", conforme surge de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa del Consumidor y también de los artículos 1092 y 1093 del Código Civil y Comercial.

En idénticos términos que la norma comentada, el Código Civil y Comercial estructura el alcance de la tutela con eje en la relación de consumo (art. 1092). Con la metodología adoptada –incorporar al sistema de derecho privado los elementos que conforman el núcleo de la protección al consumidor (dentro del Título III del Libro Tercero, dedicado a reglar el contrato de consumo como categoría negocial)–, se le ha conferido a la noción de relación de consumo una relevante centralidad dentro del sistema, puesto que reafirma la aplicación del régimen protectorio –ahora de modo indubitable– a todo el universo de situaciones fácticas que enlazan a consumidores y proveedores. La significación práctica se advierte porque la irradiación del principio protectorio sobre los regímenes legales especiales –cuando concurren en su aplicación con el microsistema de defensa del consumidor– es dispuesta ahora desde el sistema, reforzando la solución que ya disponía la Ley Nº 24240 desde su racionalidad interna (art. 3, tercer párr.).[141]

Asimismo, tanto en la definición legal del artículo comentado, como en la que proporciona el Código Civil y Comercial se asume de modo implícito que el concepto de relación de consumo contiene al contrato, pero a su vez lo trasciende o exorbita, puesto que en definitiva ese negocio es una de las fuentes posible del vínculo, pero en modo alguno la única.[142] La relación género-especie queda plasmada con

141. Compiani, María Fabiana; "La prescripción en el contrato de seguro", en *LA LEY* 2016-A, 1217; Sobrino, Waldo, "Prescripción de cinco años en seguros. ¿Se aplica la Constitución Nacional, los tratados internacionales y el Código Civil y Comercial?", en *LA LEY* 2023-C, 314. Esa proyección ha sido y es fuente de tensiones de variada intensidad en diversos sectores como ser servicios públicos domiciliarios, transporte aéreo, servicios financieros, entre otros. Actualmente aún se expresa de manera acentuada en materia de contrato de seguro, cuando este califica como relación de consumo; sobre esta última controversia.

142. Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra; "Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor". Disponible en *LL online* (AR/DOC/9581/2012).

claridad en el sistema del Código, puesto que inicia por tipificar a la relación de consumo para luego reconocer al contrato de consumo como una categoría negocial propia de la realidad en la que se desenvuelve la contratación contemporánea, admitiéndose en el plano normativo el fraccionamiento de la categoría única de contrato.[143] Además, cabe destacar el acierto de la metodología del Código desde que el contrato de consumo constituye en la práctica la fuente preponderante de relaciones de esta naturaleza.

En la praxis, la verificación de una auténtica relación de consumo a fin de invocar la aplicación del régimen tuitivo constituye un elemento que debe ser ponderado con cautela. Algunos precedentes de nuestro máximo tribunal se pronuncian con rigor sobre el particular. En efecto, se afirma en una sentencia de la CSJN que

> Si bien el art. 42 de la Constitución Nacional reconoce a los usuarios y consumidores de bienes y servicios el derecho a la protección de la salud, la seguridad y los intereses económicos, protección que fue receptada en la ley 24.240, ello no importa un reconocimiento en abstracto que prescinda del contexto en el que dichos derechos se encuentran inmersos; por el contrario, dicho reconocimiento se encuentra siempre circunscripto a una relación de consumo; es decir, que la referencia constitucional y legal que se ha admitido respecto de la relación de consumo acota los alcances de la protección, pues la ubica "dentro" de la relación específica entre proveedor y consumidor-usuario y no "fuera" de ella.[144]

El caso llegó a la Corte por vía del recurso extraordinario interpuesto por la asociación de consumidores demandante, quien había planteado una acción colectiva en contra del Banco de la Provincia de Neuquén a fin de que dejara de cobrar una comisión por el diligenciamiento de oficios judiciales y restituyera a los usuarios afectados las sumas pagadas por tal concepto. El tribunal local entendió que en el caso no había relación de consumo en los términos de la Ley Nº 24240 por lo cual rechazó la acción e impuso las costas a la actora vencida.

143. Ídem; Hernández, Carlos A.; "Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor,* Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I, p. 383 y ss.

144. CSJN, Fallos: 344:3095, "A.C.U.D.E.N. c/ Banco Provincia del Neuquén s/ daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual", 28/10/21.

La correcta identificación de la existencia de una relación de consumo resulta relevante en la práctica para concretar la intervención obligatoria del Ministerio Público como fiscal de la ley, en razón del interés público involucrado en las causas donde los derechos de los consumidores resultan afectados o amenazados, debido al orden público que impera en la materia, que en caso de omitirse acarrea la nulidad de todo lo actuado;[145] también para asignar a la causa el trámite procesal más abreviado (conf. art. 53).

Finalmente, en línea evolutiva, cabe mencionar que el Anteproyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor de 2018,[146] donde se propone una resistematización de la disciplina, tipifica a la relación de consumo conservando la amplitud de las normas vigentes (art. 1), aunque completa la propuesta regulativa con la enunciación de las fuentes, al disponer que su origen puede hallarse en "un hecho o acto jurídico, unilateral o bilateral, una práctica o una técnica de marketing". Se agrega en el párrafo final, que, puede resultar de la "tipificación legal, de la voluntad individual o inferirse a través de la interpretación judicial", redacción que pretende dar margen a la actuación del principio de primacía de la realidad.[147]

145. Cam. II Apel Civ. y Com., de La Plata, "Fideicomiso de Recuperación Crediticia Ley 12726 c. Yanovelli, Ricardo Luis y otro/a s/ Ejecución hipotecaria", 12/10/2023 Disponible en *LL online* (AR/JUR/139552/2023). Al respecto se sostuvo que "Ni bien fue iniciada la ejecución hipotecaria, la jueza de grado debió haber realizado el "test de consumo" consistente en determinar –en principio y como presunción que admite prueba en contrario– la configuración de una relación de este tipo en razón de la presencia de elementos serios y justificados derivados de los hechos expuestos y la documentación adjuntada y proceder en forma inmediata a la aplicación de las disposiciones procesales pertinentes, entre las cuales se encuentra, la intervención obligatoria del Ministerio Público Fiscal".

146. El texto fue redactado por la Comisión Reformadora integrada por los Dres. Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, María Eugenia D'Archivio, Carlos A. Hernández, María Belén Japaze, Leonardo Lepíscopo, Federico Ossola, Sebastián Picasso, Gonzalo Sozzo, Carlos Tambussi, Roberto Vázquez Ferreyra y Javier Wajntraub; por encargo de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor del entonces Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, en articulación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa "Justicia 2020".

147. Tambussi, Carlos; "La relación de consumo en el Derecho argentino", en *Lex*, N° 27- AÑO XIX- 2021-I, p. 189.

El microsistema de defensa del consumidor

El Derecho del Consumidor surge como una disciplina jurídica a partir de la identificación de especificidades sociológicas, normológicas y axiológicas que le confieren autonomía material, y revelan la especial exigencia de justicia que la inspira, esto es resguardar la vulnerabilidad del consumidor como persona, tanto en su dimensión individual como colectiva.

El régimen legal delineado en la Ley Nº 24240, sustento normativo de la disciplina, tiene carácter de microsistema jurídico,[148] esto acarrea consecuencias prácticas que se vinculan con la existencia de reglas específicas de funcionamiento interno y de relacionamiento con el sistema general,[149] que serán analizadas a continuación, en el contexto de lo establecido en el artículo en comentario.

La integración normativa del microsistema de protección al consumidor y el diálogo de fuentes como metodología de composición de antinomias

Aceptado el perfil microsistémico del régimen de defensa del consumidor, resulta necesario establecer en base a qué pautas funciona su relacionamiento con el sistema de derecho privado y con otros microsistemas que resulten de aplicación convergente a las relaciones de consumo.

Sobre el particular, el artículo 3 de la Ley de Defensa del Consumidor suministra directrices concretas cuyo propósito es fortalecer la

148. Sobre la cuestión señala Ricardo Lorenzetti que "El Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección del consumidor, que gira dentro del sistema de Derecho privado", con carácter autónomo y hasta derogatorio de las normas generales, en *Consumidores*, *op. cit.*, p. 47. También se ha sostenido que los microsistemas jurídicos constituyen "conjuntos de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular, para sectores aún más determinados", en contraposición a los sistemas jurídicos "como un todo ordenado e interrelacionado, para la realización de un determinado objeto: la justicia". Nicolau, Noemí; "La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho privado", en *Trabajos del Centro*, Nº 2, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, UNR, Rosario, p. 80.

149. Sozzo, Gonzalo, "El diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor argentino", en *Revista de Derecho de Daños*, T. 2016-1, p. 245.

unidad y el adecuado funcionamiento del régimen protectorio. Pautas que en la actualidad funcionan en articulación con el artículo 1094 del Código Civil y Comercial, pues esta disposición también reconoce el pluralismo legal que impera en la materia y adopta criterios de relacionamiento que con el microsistema

En ese sentido, se observa que la norma contempla cuestiones diversas, que corresponde sean debidamente consideradas por los operadores jurídicos.

Por un lado, el último párrafo del artículo 3 consagra la centralidad del régimen protectorio para regir las relaciones de consumo, cualquiera sea su especie concreta. Afirma el texto referido que "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica";[150] tal directriz –derivada del principio pro-consumidor– debe entenderse como reconocimiento del carácter general de la Ley Nº 24240 dado por la materia regulada (las relaciones de consumo). La prescripción tiene como última *ratio* evitar que la aplicación efectiva del régimen protectorio resulte desplazada por leyes especiales sectoriales que responden a racionalidades ajenas a la tutela del consumidor.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 3, haciéndose eco del carácter microsistémico de la Ley Nº 24240, reconoce que el régimen protectorio no se agota en ese cuerpo legal, sino que requiere de su integración con otras normas generales (*v. gr.:* Código Civil y Comercial, Códigos procesales) o especiales (*v. gr.* Ley de Seguros, Ley de Medicina Prepaga, Ley de Espectáculos Deportivos, marcos regulatorios de

150. Una excepción controversial, de dudosa constitucionalidad, surge del artículo 63 de la Ley Nº 24240, y refiere al transporte aéreo de pasajeros, al que se aplican las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, solo supletoriamente, la Ley de Defensa del Consumidor.
Menor intensidad tiene la excepción del art. 25, segundo párrafo, puesto que contempla la aplicación concurrente del régimen especial y del estatuto protectorio, siendo el principio favor consumidor la pauta que orienta del diálogo de fuentes, al disponer que "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor".

los servicios públicos, Ley de Prenda con Registro, tarjetas de crédito, etc.) aplicables a las relaciones de consumo.

Dentro del enunciado de leyes que conforman el régimen protectorio, resulta acertada la inclusión de las normas de defensa de la competencia y de lealtad comercial, cuyos institutos contribuyen a tutelar indirectamente al consumidor por vía de garantizar la transparencia del mercado y de vedar y sancionar conductas y prácticas anticompetitivas lesivas también de los intereses económicos de consumidores y usuarios,[151] en especial cuando se aprecian en su dimensión colectiva.[152]

La descripción de la composición del régimen de consumo es incompleta puesto que no contempla el rol jerárquico y fundacional que ocupa el artículo 42 de la Constitución Nacional en cuanto norma fundamental que contiene los principios liminares que orientan, cohesionan y le dan una racionalidad propia al Derecho del Consumidor.[153] La omisión legal no ha sido en modo alguno obstáculo a la plena operatividad de tales principios, ni ha impedido reconocer que la integración normativa se formula precisamente desde el eje del principio protectorio consagrado en la Constitución. En la actualidad, la profunda conexión del microsistema protectorio con nuestra Ley Fundamental cobra virtualidad en el contexto del sistema de fuentes adoptado por el Código Civil y Comercial en sus artículos 1 y 2, que dan cuenta del fenómeno de la constitucionalización del Derecho privado, y por extensión del Derecho del Consumidor.

Frente al complejo entramado de fuentes que exhibe el Derecho del Consumidor, las normas generales o especiales que concurren en aplicación a la solución de un caso concreto deben coordinarse por vía de la metodología del diálogo de fuentes para construir la respuesta jurídica del mismo, que maximice la protección del consumidor.[154] Es decir, los principios constitucionales, en especial el principio protectorio, con su fuerte contenido axiológico, actúan como el criterio que guía esa tarea dialógica de coordinación entre normas, dejándose de lado las reglas clásicas, solución de antinomias normativas que se ba-

151. Chamatropulos, Demetrio A., *op. cit.*, p. 273 y ss.

152. Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, *op. cit.*, p. 56 y ss.

153. Sozzo, Gonzalo, *op. cit.*, p. 267.

154. Ibídem, p. 246.

saban en pautas jerárquicas, temporales o de especialidad,[155] pues resultan satisfactorias para dar respuesta a la compleja realidad material en la cual se desenvuelve el derecho.[156]

La metodología del diálogo de fuentes aparece expresamente plasmada en el artículo 28 del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor de 2018, texto que muestra el enclave convencional y constitucional de la defensa del consumidor al disponer que:

> Diálogo de las fuentes. Los casos relativos a la protección del consumidor se rigen por el sistema de protección del consumidor, que se integra con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de los que la Argentina es parte, en particular las Declaraciones y Convenciones relativas a Derechos Humanos, esta ley, el Código Civil y Comercial y las leyes especiales que regulan aspectos particulares de las relaciones de consumo. Se integra también con la ley de lealtad comercial, y con la ley de defensa de la competencia. La doctrina y la jurisprudencia son una fuente material secundaria. Los jueces deben integrar el derecho aplicable al caso con las diferentes fuentes del sistema, armónizándolas con el fin de maximizar los derechos humanos y fundamentales en juego y de acuerdo a los principios que lo rigen.

155. Ante el conflicto de normas, los criterios tradicionales si se trata de normas de distinto rango otorgan primacía a la de rango superior (jerarquía formal); si el concurso se da entre normas de un mismo rango se recurre a la pauta temporal dando prevalencia a la norma posterior sobre la anterior, aunque este supuesto actúa en complementación con la pauta que toma en el carácter general o especial de la ley, para otorgar preeminencia a la última por sobre la primera. Larenz, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho,* (trad. Rodríguez Marinero), Barcelona, ed. Ariel, 1994, p. 260 y ss. Todos los parámetros han respondido, dentro de una concepción positivista del Derecho, al propósito de garantizar la estructura piramidal del ordenamiento jurídico.

156. La complejidad de las materias y valores implicados ha llevado a la doctrina a proponer parámetros más flexibles para superar antinomias. Eric Jayme introdujo la idea del diálogo de las fuentes, en "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne"*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de l'Haye,* T. 251, 1995; que goza de amplio predicamento en nuestra doctrina desde la sanción del Código Civil y Comercial. Por su parte, Ciuro Caldani, Miguel Angel, refiere a la elección de la norma por los encargados del funcionamiento, en *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado,* FIJ, Rosario, p. 32; otros autores postulan atender a la jerarquía material de normas como pauta de resolución de conflictos normativos, como criterios posibles para superar los problemas planteados por la diversidad de fuentes, Puig, Pascal; "Hiérarchie des normes: du sistème au principe", en *RTDCiv.*, Nº 4, 2001, p. 785 y ss.

El principio proconsumidor como expresión de la racionalidad del microsistema protectorio

Los principios generales encuentran en el Derecho del Consumidor un amplio despliegue e irradian en la construcción de la mayor parte de sus herramientas tuitivas. Es evidente que el orden público, la buena fe, el abuso del derecho, la protección de la confianza, entre otros, se proyectan con singular intensidad en diversos institutos que conforman el núcleo de la disciplina: irrenunciabilidad anticipada de los derechos, deber de información, integración publicitaria, régimen de prácticas y de cláusulas abusivas, por citar solo algunos ejemplos.

Sin perjuicio de esto, como rama jurídica autónoma el Derecho del Consumidor exhibe principios informadores propios. La directriz liminar, fundante de la disciplina es el principio de protección al consumidor también denominado "principio favor consumidor" o "principio proconsumidor".

Se encuentra implícito en el artículo 42 de la CN, y se lo explicita en el artículo 3 de la Ley N° 24240. Por su parte, el primer párrafo del artículo 1094 del Código Civil y Comercial lo incorpora de modo más directo al disponer que "las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable". Aunque la vigencia de un principio general no depende de su reconocimiento normativo, resulta indiscutible que su ingreso a la sede normativa del sistema de derecho privado –es decir, el Código Civil y Comercial– tiene importantes consecuencias prácticas para ordenar el modo de relacionamiento entre las normas del sistema, las del microsistema protectorio y las emergentes de otras leyes que resulten aplicables a las relaciones de consumo según las particularidades del caso, conforme se explicó en el apartado precedente.

Al respecto, se destaca la función integradora del principio protectorio, en tanto el artículo 1094 lo hace actuar como pauta rectora del diálogo de fuentes cuando exista pluralidad de normas que concurren a regular una concreta relación de consumo, ordenándose dar prevalencia a la aplicación de aquella que sea más beneficiosa a los intereses del consumidor, conforme se analizó en punto anterior. Debe mencionarse que esa preeminencia de la norma más favorable, en caso de

conflictos suscitados por concurrencia de normas en el ámbito de las relaciones de consumo, conduce a descartar la aplicación de las soluciones que en materia de prelación normativa surgen de los artículos 963 y 1709 del Código Civil y Comercial, pues dichas soluciones resultan ajenas a la racionalidad del principio protectorio; además esa lectura permite evitar la disminución de los estándares tuitivos por vía de soluciones consagradas en normas especiales.[157]

El principio protectorio rige la hermenéutica de las normas aplicables a las relaciones de consumo, siendo por tanto una regla de interpretación obligatoria que el operador jurídico ha de aplicar cuando deba desentrañar el sentido de la norma jurídica. Esta prescripción está expresada en dos tramos de la redacción del artículo 1094; en su comienzo –transcripto *ut supra*–, y luego, en el segundo párrafo, cuando lo hace actuar como pauta de hermenéutica última "en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales"; supuesto en cual se ordena hacer prevalecer la "más favorable al consumidor". De modo tal que si una norma admite diversas interpretaciones el intérprete debe asignarle aquel sentido que, en el caso concreto, resulte el más favorable a los intereses del consumidor; si alguna duda subsiste ha de resolverse del modo más beneficioso a aquel. Las reglas de interpretación del contrato de consumo contenidas en el artículo 1095 del Código Civil y Comercial derivan del mismo principio.[158]

La función interpretativa se expresa asimismo al interior del microsistema para el supuesto de conflictos hermenéuticos entre los principios de la propia ley. Así parece colegirse del artículo 3 cuando establece que "en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor".[159]

El principio se proyecta en materia de aplicación de la ley en el tiempo toda vez que la norma supletoria más favorable al consumidor puede

157. Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra; "Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones del sistema sobre el régimen estatutario de reparación de daños al consumidor", *op. cit.*

158. Frustagli, Sandra; "El contrato de consumo", en Nicolau, Noemí y Hernández, Carlos (dirs.), Frustagli, Sandra (coord.), *Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 482.

159. Junyent Bas, Francisco; Garzino, María Constanza y Rodríguez Junyent, Santiago, *Cuestiones claves del Derecho del Consumidor a la luz del Código Civil y Comercial*, Córdoba, Advocatus, 2016, p. 22.

ser aplicada a las relaciones jurídicas en curso de ejecución, en caso de sucesión de leyes en el tiempo, solución que tiene expresa previsión legal en el tercer párrafo del artículo 7 del Código Civil y Comercial.[160] De igual modo, sus despliegues se muestran en reglas de Derecho Internacional Privado, como queda expresado en los artículos 2654 y 2655 del mismo cuerpo legal y en diversas normas a nivel de Mercosur.[161]

160. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 59 y ss. Garrido Cordobera, Lidia, "La aplicación del artículo 7º del Código Civil y Comercial y el principio *pro-consumidor*", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, T. 2015-1, p. 387 y ss.

161. Chamatrópulos, Demetrio A., *Estatuto del Consumidor Comentado*, T. I, *op. cit.*, p. 290 y ss.

CAPÍTULO II
Información al consumidor y protección de su salud

Artículo 4. Información*

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

(Artículo sustituido por art. 1 de la Ley N° 27250, BO 14/06/2016. Conforme pedido formal recibido por Nota de la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

***Concordancias:** artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100, 1106, 1107, 1111 del CCCN).*

Este comentario se funda en "La importancia del deber de información en el moderno derecho de consumo y sus implicancias legales en materia de consentimiento, seguridad, la salud, la contratación y el comercio electrónico y la protección de datos personales".

La protección al deber de información encuentra su raíz en el artículo 42 de nuestra Constitución Nacional, la que expresa sabiamente:

> Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.
> Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma

* Comentario sobre el artículo 4 por Johanna C. Faliero.

> de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.
> La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

El derecho de acceso de los consumidores y usuarios a una información adecuada y veraz encuentra su reconocimiento en el artículo precedente y sus consecuencias se expanden en lo relativo a todos y cada uno de los restantes derechos reconocidos en la relación de consumo, pues por ejemplo, no es posible hablar de seguridad y educación en consumo si no se tiene información adecuada.

No obstante todo ello, hay un vocablo que caracteriza ese deber de información que requiere ser desencriptado para su correcta comprensión, lo que no es menos conflictivo en términos de reflexividad jurídica, pues la palabra "adecuada" que caracteriza a la información es compleja por donde se la observe.

Qué entendemos por información adecuada nos guiará finalmente en el cumplimiento de ese deber *ius*-fundamental, pero la gran pregunta aquí redunda en cómo se lleva adelante esa "adecuación", porque la misma siempre es realizada de forma sesgada por la parte más fuerte de la relación: el proveedor.

El deber y derecho de información se encuentra reconocido en la Ley de Defensa del Consumidor desde su origen, cuya redacción original prescribía:

> Artículo 4. Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos.

En su Decreto Reglamentario, al respecto de este artículo se enuncia que

> Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia

> a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.[1]

El artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor fue reformado por medio de la Ley N° 26361 y durante su vigencia este decía:

> Artículo 4. Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

La actual redacción del artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor objeto de este comentario y transcripto al inicio establece, en otras palabras, que el deber de información en la relación de consumo es un derecho del consumidor y un deber y una obligación legal y constitucional del proveedor, que se cumple por medio del suministro de forma simultánea o previa a su consentimiento de información cierta, clara, detallada, suficiente, veraz, completa y adecuada para las capacidades de comprensión del consumidor o usuario.

Asimismo, cabe agregar que

> La información es una obligación que denota dos funciones: asegurar un consentimiento pleno para la asunción del vínculo, y prevenir o evitar la producción de daños a la persona o bienes del contratante durante la ejecución de la prestación o con posterioridad a ella. En cuanto se estructura la función preventiva o impeditiva de daños, la obligación de información se configura como una obligación de resultado cuyo contenido es la revelación de los hechos o datos con entidad productora de menoscabos. […] La obligación de informar no es una sola, ya que adquiere características distintivas y particulares según el caso que se trate.[2]

El cumplimiento del deber de información es requisito y condición elemental y sustancial de validez del consentimiento informado de los consumidores y usuarios.

1. Decreto Reglamentario N° 1798/1994, sancionado el 13/10/1994 y publicado en el BO N° 27998 del 18/10/1994.

2. Ferreyra, María Inés, "La obligación de información", *en RCyS*, 2014, vol. I, p. 17.

El deber de información también se encuentra respectivamente reconocido en nuestro Código Civil y Comercial, el que ha regulado los contratos de consumo y el que enuncia en su artículo 1100:

> Información. El proveedor está obligado a suministrar información al, consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

Por todo lo cual, podemos observar el amplio reconocimiento que tiene este deber en el ecosistema regulatorio consumeril, sin perjuicio de lo cual esta sobreabundancia normativa no ha sido a la fecha lo suficientemente persuasiva para evitar la perpetuación de las malas y abusivas prácticas que despliegan los proveedores en sus cumplimientos.

Ejemplo de ello lo representa el ecosistema digital, en el que en materia de *e-commerce* se depende de forma exclusiva del ejercicio correcto de ese deber de información, el que por el contrario a lo esperado no se cumple de forma completa provocando una inconmensurable conflictividad y litigiosidad innecesaria con consumidores y usuarios afectados masivamente por estas prácticas abusivas evitables.

El deber de información y su relación con otros deberes consumeriles: consentimiento y seguridad

En la relación de consumo el deber de información compone

> … el deber constitucional y legal de conducta impuesto a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes y servicios tendiente a despejar la incertidumbre del consumidor o usuario y a que obtenga una precisión lo más real posible sobre sus derechos y las obligaciones que asumirá. Debiendo ser cierta, objetiva, veraz, detallada, eficaz, suficiente y adecuada. Derecho constitucional y legal del consumidor o usuario que le posibilita una decisión selectiva fundada en un marco de mayor libertad.[3]

3. Ghersi, Carlos A., *Diccionario de Términos Jurídicos más Usuales*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2009.

El consumidor detenta en la relación de consumo con su proveedor, una desigualdad genética, funcional, informativa y estructural, respecto de su contraparte negocial, el proveedor.

Para reequilibrar esta asimetría, en lo particular informativa, contamos con el deber de información, que caracteriza a la información como cierta, clara y detallada. El deber de información es, en su esencia, la herramienta más adecuada para propender razonablemente a un equilibrio artificial entre partes naturalmente desiguales.

Claramente y como se hubiera señalado, el cumplimiento del deber de información es requisito elemental a la formación del consentimiento en el consumidor o usuario.

El consentimiento, entendido como aquel acto voluntario realizado con discernimiento, intención y libertad, no posee en la relación de consumo la misma significancia que adquiere en una relación contractual entre sujetos en situación de igualdad. Sin su cumplimiento adecuado, el consentimiento del mismo no es informado y por ende es pasible de revisión.

Este mal llamado consentimiento es en realidad un asentimiento, puesto que jamás el consumidor puede adquirir o sostener una situación de paridad e igualdad de comprensión con su proveedor. Todo consumidor se limita a efectuar una asunción de riesgos, sea cual fuere el bien o servicio que adquiere, que hayan sido debidamente informados por el proveedor con anterioridad. También en los casos en los que nos referimos al asentimiento de los consumidores y usuarios se espera que dicho asentimiento sea informado.

Información y consentimiento están indisolublemente unidos como deberes consumeriles y procesos dinámicos complementarios que no se agotan con su cumplimiento meramente ritual o formal, pues para que exista un consentimiento válido resta verificar que el cumplimiento de ese deber de información haya sido efectivo, es decir, que la información no fuera meramente brindada/provista/ofrecida, sino que realmente haya sido comprendida por el receptor de dicha información. Información sin comprensión no cumple su finalidad en el consumidor o usuario, por lo que también es elemental la verificación de este punto en cada situación en particular, pues se puede cumplir formalmente sin que la información tenga efectividad

en el consumidor o usuario, por ende, que la misma sea estéril a los fines para los cuales se concibe este deber constitucional.

Por otra parte, el deber y derecho de información encuentra otra íntima relación con el cumplimiento del deber de seguridad, otro capital deber consumeril que hace a la protección de la indemnidad psicofísica y económica del consumidor o usuario.

El deber de seguridad, se funda en el deber de buena fe –artículo 9 y 961 del Código Civil y Comercial vigente y artículo 1198 de nuestro Código Civil histórico–, y se encuentra regulado en el artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor, el que dice:

> Protección al Consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

Por otra parte, complementa este artículo, el artículo 6 de la misma norma, el que establece:

> Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.
> En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

Reglamentan estos artículos el Decreto N° 1798/1994 del siguiente modo:

> Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes.

El deber de información: cuestiones puntuales

El deber de información en la salud con los pacientes como consumidores y usuarios

Dando por cierta la analogía en el rol del paciente con el del consumidor, en cuanto ambos detentan una desigualdad genética, funcional y estructural, respecto de su contraparte negocial, a saber, el médico o proveedor en su caso, no podemos introducirnos en la complejidad regulatoria sin antes comprender el significado liminar de este deber, el cual vemos receptado en nuestra Ley de Derechos del Consumidor, que caracteriza a la información como "cierta, clara y detallada" en su artículo 4.

En los orígenes históricos de la relación médico-paciente, "la obligación de informar, de explicar, no integraba la *lex artis*".[4] Este enfoque y paradigma evolucionó con el paso del tiempo y fundó un nuevo modelo, en el cual los dos sujetos antes mencionados (paciente-médico), establecen una relación jurídica que tiene basamento estructural en la autonomía de la voluntad del paciente.

La Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, sancionada en el año 2009, le reconoce al paciente, entre otros, el derecho esencial en la relación médico paciente a la autonomía de la voluntad,[5] y a la información sanitaria.[6]

Esta misma norma entiende por información sanitaria, en su artículo 3:

> … aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

El Decreto N° 1089/2012, reglamentario de la Ley N° 26529 y su modificatoria, establece en cuanto al derecho esencial de la autonomía de

4. Girotti, Gloria, "El Consentimiento Informado en la Ley 26529", en DJ20/04/2011, 97- ADLALXXI-B, La Ley.

5. Ley N° 26529, art. 2. Derechos del paciente.

6. Ley N° 26529, art. 2. Derechos del paciente… […] f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información.

la voluntad, entre otras cosas, que el paciente es soberano para aceptar o rechazar los tratamientos o procedimientos propuestos a su persona, para lo cual tiene derecho a contar con la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, y que tanto el diagnóstico como el ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberán quedar explicitados en la historia clínica, con firma del médico tratante, y del paciente, salvo excepciones.[7]

También establece, en lo concerniente al derecho a la información sanitaria, que el profesional de la salud deberá proveerla al paciente en la medida en que el paciente lo autorice o solicite expresamente, debiendo ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión.[8] Al mismo tiempo que incluye, dentro de los alcances de la definición de información sanitaria, a las alternativas terapéuticas y sus riesgos y a las medidas de prevención, los beneficios y perjuicios, con los alcances previstos en el art. 5, inciso e) de la Ley N° 26529.

Por otra parte, abundan otras leyes específicas que mencionan al deber de información en lo relativo a situaciones específicas, como son sintéticamente la Ley Nacional de SIDA, la Ley de Trasplantes, la Ley de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares, en lo que respecta a operaciones mutilantes, la ley que establece el Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgica, entre otras.

Asimismo, la Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires[9] reconoce como derecho de todas las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención, el acceso a su historia clínica y a recibir información completa y comprensible sobre su proceso de salud y a la recepción de la información por escrito al ser dado de alta o a su egreso (artículo 4) y el deber de informar a las personas sus derechos y obligaciones que pesa sobre los servicios de atención de salud (artículo 7).

Cabe recalcar, volviendo a citar el paralelismo entre paciente-consumidor, que este mal llamado consentimiento, es en realidad un

7. Decreto N° 1089/2012, art. 2, inc. e) Autonomía de la Voluntad.

8. Decreto N° 1089/2012, art. 2, inc.f) Información Sanitaria.

9. Ley N° 153, sancionada el 25/02/1999, publicada en el BOCBA N° 703 del 28/05/1999.

asentimiento, puesto que jamás el paciente podrá adquirir o sostener una situación de paridad e igualdad de comprensión con el médico.

El paciente, en su rol, se limita a efectuar una asunción de riesgos de la práctica médica, sea cual fuere esta, a la que se va a someter, que hayan sido debidamente informados por el profesional con anterioridad.

A su vez, y atento a las características intrínsecas de la relación médico-paciente, este ficto consentimiento no se agota en un único acto, sino que se cumplimenta en varias etapas, se elonga en el tiempo, conforma un proceso de interacción intersubjetiva de carácter dinámico y resulta, desde ya, revocable a instancia del paciente, en cualquier instancia de la relación.

Tal como sostiene la doctrina:

> … la persona cuando se transforma en paciente psicológicamente deja de estar en plenitud de conciencia y jurídicamente es un sujeto semiinimputable (art. 821 CC) al menos transitoriamente y está en el denominado grupo de vulnerables sociales, culturales y jurídicos, de allí que su decisión no es de con sentimiento sino de asentimiento.[10]

La Ley N° 26529 define al consentimiento informado en su artículo 5,[11] caracterizando a la información como clara, precisa y adecuada, establece su obligatoriedad[12] e instrumentación[13] –estableciendo como principio su oralidad– entre muchísimos otros aspectos.

---

10. Ghersi, Carlos A., "El consentimiento informado y el médico en la muerte digna", en *Suplemento Especial, Identidad de género - Muerte digna*, 28/05/2012, p. 100. (LL 2012-C, 1094).

11. Ley N° 26529, art. 5. Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, […]; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos […] en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, […] en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, […] cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio […]; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

12. Ley N° 26529, art. 6.

13. Ley N° 26529, art. 7. Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación;

El Decreto N° 1089/2012 reglamenta los artículos 5,[14] 6[15] y en lo respectivo al artículo 7 invierte el principio general de la Ley N° 26529, estableciendo como regla el requisito de escritura en todos los casos observados.[16]

Si bien resulta contradictorio y debatible, puesto que un decreto no debiera modificar el texto de la norma que reglamenta, atribuyéndose funciones propias que le exceden, lo certero es que resulta ser un avance hacia la resolución de las problemáticas que acarreaba en materia probatoria dicho principio de verbalidad, cuando una controversia se suscitara sobre en algún caso concreto: "Esta obligación de instrumentación y registración sin duda otorga a la relación médico/establecimiento y paciente seguridad jurídica." [17]

La caracterización del deber de información, genera obligaciones innecesarias en cabeza del profesional, riesgos jurídicos con los que no debiera cargar, porque el proceso de caracterización exigido por ley, excede su ciencia, y por ende, resulta naturalmente inidóneo como sujeto profesional para alcanzar el producto informativo que la norma le demanda.

A su vez, la caracterización de un deber tan esencial, constriñe la autonomía de la voluntad del paciente, decidiendo por este, qué atributos debe tener esa información sanitaria, los cuales difieren de aquellos que realmente necesita y solicita, sin consultarle a este, a través de los medios científicos disponibles, que espera de la información sanitaria y que debe contener la misma.

---

b) Intervención quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación […]; e) Revocación; f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5 deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

14. Decreto N° 1089/2012, art. 5. Definición. Entiéndese como parte del consentimiento informado al proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que refiere el artículo 5 de la Ley Nº 26529 modificada por la Ley Nº 26742, a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o investigación científica o paliativo, el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para la ejecución o no del procedimiento…

15. Decreto N° 1089/2012, art. 6.

16. Decreto N° 1089/2012, art. 7.

17. Ghersi, Carlos A., "Nueva reglamentación de la Ley de Derechos del Paciente", en *La Ley* 31/07/2012, p. 1.

De este modo el derecho se aleja nuevamente del segmento de realidad que procura regular, de las necesidades del cúmulo de sujetos que pretende tutelar, y de las verdades científicas de otras disciplinas a las que accede liminarmente tan solo por uso lingüístico.

La caracterización legal de la información sanitaria, sustrato del deber de información, derecho a la información y consentimiento informado, acorta la virtualidad de una entidad que científicamente es objetiva y medible, perfectible en el proceso comunicacional por medio de la aplicación de las diferentes teorías que han estudiado el proceso de interacción informativa.

En la relación médico-paciente la información en juego tiene el más alto nivel de complejidad, por lo tanto el estudio pragmático de la misma bajo la mirada de la propia disciplina pragmática se hace imprescindible.

En el encuentro médico-paciente, la información brindada por el profesional es registrada y decodificada por el paciente, quien le extrae una determinada relevancia y a la cual le asigna un sentido o significado. Como en todo acto comunicacional, la información transmitida provoca una alteración en el receptor.

Luego de haber recurrido a los diferentes esquemas comunicacionales que se fueron elaborando, en lo que respecta a la relación médico-paciente se elevan con fundamental importancia los conceptos a ella aplicables, denominados rumores y retroalimentación.

La información sanitaria se ve contaminada por rumores o ruido, que el paciente debiera depurar. No obstante, ello no resulta simple, ya que el paciente adolece del método que le permita retrotraer el mensaje a su estado original.

Por todo lo cual, la problemática a resolver se encuentra en el modo en el que se pueda convertir el ruido en una distorsión descifrable, que le permita al paciente acceder a una información sanitaria con el menor grado de incerteza posible.

La retroalimentación no debe ser extraña en la relación médico-paciente, ya que el dinamismo del proceso comunicacional entre las partes, requiere de ese mecanismo para la clarificación progresiva de conceptos en la medida que el paciente lo requiera.

Si el médico no repregunta, ni interactúa con el paciente, ni le brinda siquiera en un primer instante una información total, no ahorra costos de información, ya que esa información existe y se encuentra

a su disposición y nada le costaría retransmitirla, sino costos propios del giro empresarial, a saber, mayor fluidez y cantidad de pacientes atendidos en el mismo espacio de tiempo, en desmedro de su calidad de atención, y con un incremento en la latencia de los riesgos legales que esto implica.

En auxilio del deber de información total, que debiera gozar el paciente, se debe buscar la respuesta procedimental en la ciencia de la terminología, la que ha estudiado extensamente los motivos que sustenta la necesidad de definiciones, al igual que la tipología de las mismas y su correlato con la utilidad que le infiere a cada sujeto según su calidad.

De allí se arriba a la definición de tipo enciclopédico, como la más adecuada para el sujeto no especialista, e insustituible para este en términos de calidad, puesto que es la única que le brinda la mayor información y precisión, al igual que exactitud y rigor científico, por medio de la utilización de una mezcla entre términos científicos y vulgares, método de síntesis y sinonimia.

La adecuación informativa que se pretende por ley no debiera partir desde la apreciación de estos caracteres desde el punto de vista del profesional médico. Debiera en cambio, ser un proceso comandado por el paciente, quien determine la medida de la necesariedad, suficiencia, adecuación y calidad informativa, partiendo desde la premisa del mayor entendimiento posible, brindándole definiciones de tipo enciclopédico, y asegurándole un proceso cooperativo y progresivo, de síntesis y sinonimia, de tipo personalizado.

El paciente tiene derecho a acceder a la totalidad de su realidad sanitaria, en el grado máximo de precisión científica que comprenda, sin recortes adaptativos unilateralmente determinados por terceros conforme su propio sistema referencial y visión limitada de la realidad del paciente que poseen por su percepción sesgada, que no resultan otra cosa que apreciaciones subjetivas discriminatorias.

Al igual que la crítica citada a las máximas conversacionales de Grice, los caracteres que la ley le imprime al deber de información, no son más que generalizaciones sociológicas y prescripciones morales o proscripciones sobre qué decir o comunicar.

El deber y derecho a la información sanitaria debiera ser libre de estas ataduras, para permitirle al paciente un verdadero ejercicio de

su autonomía más que una enunciación dogmática y nominal de su derecho a ejercerla.

A su vez, en el proceso comunicacional, y en la relación médico-paciente, cobra relevancia vital el conocimiento recíproco y previo entre las partes. No obstante, este conocimiento recíproco y previo solo conforma una apreciación subjetiva del otro, por lo cual no puede constituirse en parámetro objetivo de adaptación informativa. Es decir, no puede este conocimiento ser la medida de la necesidad, suficiencia, claridad y adecuación de la información sanitaria, ya que no es más que una percepción. En cambio, resulta de mucha utilidad en términos de solidaridad, cooperación y empatía en cada relación médico-paciente.

Si bien para algunos el consentimiento informado dista de ser una realidad, y solo sirve a sus fines como herramienta de gestión de riesgos, esta crítica no debe empañar los esfuerzos que se deben invertir en su perfeccionamiento ni soslayar su relevancia para el paciente ni el objetivo moral que persigue.

El entender que la técnica legal no persigue objetivo moral alguno es tan simplista como entender que la definición enciclopédica solo serviría a la gestión de riesgos.

Tanto la medicina y las ciencias jurídicas, no solo en nuestro país sino en todas partes del mundo, en estos últimos aspectos se han alejado de la realidad y continúan elaborando generalizaciones sin procurarles sustento científico, habiendo una notoria disponibilidad de medios.

Si se comprueba que la gran mayoría de los pacientes, expresan que luego de brindada información sanitaria y expresado su consentimiento informado, hubiesen gustado de una mayor cantidad de información, se probaría que el camino procedimental a seguir en esta materia es el de la información total, y no el ya gastado y recorrido camino de la caracterización o adjetivación del deber de información.

El deber de información en la contratación y el comercio electrónico

El Código Civil y Comercial establece precisiones en materia de cumplimiento del deber de información referido a las modalidades especiales de contratación que utilicen medios electrónicos, a cuyo

respecto el artículo 1107 prescribe un deber de información agravado en esta tipología contractual:

> Información sobre los medios electrónicos. Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos.

Esto es así, pues el consumidor o usuario bien puede conocer las características del producto o servicio que adquiere, pero puede claramente desconocer todo lo relativo al dominio del nuevo medio en el que ese producto o servicio se desenvuelve.

El medio electrónico de por sí requiere conocimientos para su uso, ya que el mismo no es natural o intuitivo o instintivamente adquirido; por más orgánico que sea un producto o servicio en el mundo digital, esa característica tiene que ver con la facilidad de adquisición de competencias para su uso o goce, lo que no necesariamente se relaciona o condice con su seguridad e información.

Un ejemplo de ello es que dispositivos, plataformas y programas pueden ser utilizados intuitivamente a muy tempranas edades, sin perjuicio de que ello se realice con total inconciencia y desconocimiento de los riesgos y peligros a los que se exponen sus consumidores o usuarios.

Usabilidad no implica información, educación en el uso, como así tampoco uso seguro. Y todo ello se agrava más profundamente, toda vez que el ecosistema digital naturalmente no es neutro ni seguro.

Solo el cumplimiento exhaustivo del deber de información por parte del proveedor permite al consumidor / usuario ejercer su autonomía de la voluntad, consentimiento / asentimiento, así como autodeterminación informativa en lo que respecta al tratamiento de sus datos.

El deber de información con los consumidores y usuarios titulares de los datos

Otro gran capítulo moderno del deber de información es el cumplimiento del mismo respecto de los consumidores y usuarios cuando estos detentan de forma simultánea la calidad de titulares de los datos

frente a los proveedores responsables de tratamiento de sus datos, ya que el cumplimiento correcto del deber de información es el antecedente necesario y elemental para que el titular del dato pueda ejercer adecuadamente su derecho a la autodeterminación informativa o autogobierno de sus datos en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

En lo que respecta al consentimiento teórico brindado por el consumidor respecto de la disposición de los datos que a él se refiere, solo puede ser ejercido de manera correcta si se le ha provisto al consumidor la información suficiente al respecto de cómo, dónde, cuándo, etc., se van a procesar, conservar, y disponer de sus datos, una vez provistos, en qué bases de datos, quiénes son sus propietarios y en qué condiciones se almacenan.

Solo a través de una información completa y no genérica, puede el consumidor ejercer plenamente su autodeterminación informativa; ya que de otro modo se la estaría vulnerando.

El consumidor tiene derecho a recibir la información relativa al procesamiento de sus datos, que sea necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla acabada y claramente. Y a su vez, tiene derecho a ser informado de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia, lo cual en lo referente al procesamiento de datos reviste de importancia cardinal, ya que esta actividad es compleja desde el punto de vista técnico-profesional.

El usuario a la hora de brindar sus datos debe entender acabadamente lo que se le está informando, por lo cual es fundamental detectar con anticipación cuál es la extensión de esa comprensión, cuál es su capacidad de comunicación y razonamiento sobre las alternativas posibles y si tiene valores para poder juzgar.

En el caso del procesamiento de datos personales de los usuarios y consumidores, el consentimiento de estos últimos extiende su eficacia hasta aquellos actos u operaciones que fueron adecuadamente informadas al usuario, deber de información que no cede en ningún supuesto.

Solo la información cierta, acabada, detallada y precisa respecto de las operaciones a realizar sobre los datos del usuario y quiénes concretamente van a efectuarlas y en qué condiciones, permite afirmar que el proveedor ha evidenciado diligencia a la hora de informar, y solamente allí el consentimiento del usuario es válido.

Las autorizaciones formularias de tipo genérico que suelen utilizarse en el campo virtual y analógico (soporte papel o electrónico), en el que el usuario consiente la realización de cualquier tipo de actividad sobre sus datos, hasta la cesión de los mismos, las que no particularizan la extensión, condiciones y características de sus operaciones como así tampoco la identificación unívoca de sus responsables, son de carácter ineficaz.

Solo el cumplimiento exhaustivo del deber de información por parte del proveedor permite al usuario ejercer la autodeterminación informativa que merece sobre la disposición de sus datos.

La Ley N° 25326 de Protección de Datos Personales, en su artículo 5 regulaba el consentimiento del titular para el procesamiento de sus datos, el que debe ser libre, expreso e informado, escrito o expresado por medio equiparable. Establecía que se podrá prescindir del mismo cuando los datos se obtengan de bases de datos de acceso público irrestricto, se recaben para el ejercicio de funciones del Estado o en virtud de una obligación legal, se trate de listados limitados a ciertos datos enumerados, deriven de una relación contractual, profesional o científica y sean necesarios para su cumplimiento, o se trate de las operaciones que realicen entidades financieras e informaciones recabados conforme a la Ley de Entidades Financieras.

La Ley de Protección de Datos Personales, como requisito imprescindible para la licitud del procesamiento de datos requería del consentimiento del titular de los datos; su sistema tuitivo se encuentra basado en el consentimiento del titular, consentimiento de características estáticas conforme al estado de la ciencia del tratamiento informatizado de datos para el cual fue estructurado.

El documento "Ley de Protección de Datos Personales en Argentina. Sugerencias y aportes recibidos en el proceso de reflexión sobre la necesidad de su reforma. Agosto-Diciembre 2016"[18] abordó el tema del consentimiento resaltando la necesidad de flexibilizar el concepto de consentimiento que receptaba la Ley N° 25326, ya que se consideró mayoritariamente que la continua realización de transacciones que implican el tratamiento de datos personales cuando una persona

18. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento_aportes_reforma_ley25326_0.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

utiliza servicios y productos en Internet, no permite esperar de modo realista que las personas deban recibir y procesar solicitudes de consentimiento para cada interacción que conlleve el uso de sus datos. Se estableció mayoritariamente en este documento que la ley debiese permitir un consentimiento transparente pero implícito, sujeto al contexto en el cual un servicio sea utilizado, y restringir el requisito de consentimiento a situaciones específicas, donde por ejemplo se traten datos sensibles. Finalmente se sugirió en este documento seguir de referencia modelos normativos que reconocen la necesariedad del consentimiento dependiendo del contexto de procesamiento, descartando su modalidad escrita como indispensable para todo caso, e incluir como excepción al consentimiento la posibilidad de procesar datos conforme a intereses legítimos de las personas, siempre y cuando dichos intereses no se sobrepongan a la protección de los derechos individuales del titular.

El Anteproyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales de 2017[19] efectuaba el tratamiento respectivo al consentimiento en su artículo 12, revocación en su artículo 13, y excepciones en su artículo 14.

En el artículo 12 el Anteproyecto de Reforma de 2017 receptaba claramente la novedosa concepción de un consentimiento flexible atendiendo a las necesidades de utilización del dato, dejando al descubierto la protección estricta de los datos del titular, ya que admite la obtención tácita del consentimiento dependiendo de las circunstancias de obtención, la tipología del dato y las expectativas razonables de su titular. Admitía la modalidad tácita cuando surge de modo manifiesto del contexto del tratamiento y la conducta del titular resulta suficiente para presumir su autorización, mientras que los datos requeridos sean adecuados para la finalidad de obtención y se haya puesto a disposición la información necesaria de su tratamiento.

Claramente, la admisibilidad de consentimientos tácitos resultaba un retroceso inmenso en materia de protección de datos personales, máxime cuando se ha luchado en prácticamente todos los regímenes jurídicos que hacen uso de consentimientos informados de la erradi-

19. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_de_ley_-_version_original.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

cación de la validez de los consentimientos presumidos tácitamente. Ejemplos de ello han sido los regímenes de defensa del consumidor y el usuario y los de protección de los derechos de los pacientes, en los cuales los consentimientos tácitos son de interpretación estricta, restrictiva y admisible en supuestos taxativamente descriptos por la norma que atienden claramente a situaciones de máxima excepcionalidad. A su vez, la puesta a disposición de la información solo cumple el aspecto formal y estático del deber de información, puesto que lo relevante en los regímenes protectorios no es solo que la información se encuentre disponible, sino que efectivamente llegue a su receptor y sea comprendida por el mismo. En otro de los regímenes en los que se procura proteger a una parte vulnerable, en el caso los titulares de los datos, permitir que nuevamente se consideren válidos consentimientos obtenidos tácitamente bajo parámetros jurídicos indefinidos y subjetivos, tales como las circunstancias del caso y expectativas razonables, y donde la información atiende solamente a la disponibilidad informativa y no a su verdadera transmisión y confirmación de recepción y comprensión, deja absolutamente desprotegido al titular del dato. El sistema que proponía no vislumbraba una verdadera evolución del instrumento consentimiento informado, sino una genuina y ostensible involución y un menoscabo desproporcionado respecto del deber de información.

En vez de contemplar al consentimiento como un proceso dinámico, e incorporar al mismo parámetros objetivos de procedimentalización, buenas prácticas y nutrirlo de información para que el asentimiento del titular de los datos pueda ser atendido como un consentimiento, se realizaba lo contrario y se contraía un instituto que ha probado ser una de las mejores herramientas institucionales de prevención jurídica de riesgos, mientras que se desarma las características intrínsecas de un evolucionado deber de información.

El Anteproyecto de 2017 desoyendo los novedosos e inexplorados peligros que entroncan las nuevas modalidades de procesamiento de datos y utilizaciones, posó sobre estas últimas una visión ingenua y despreocupada sobre su potencial dañosidad, y permitió la introducción de un instituto largamente combatido como es el del consentimiento tácito, que desatiende a los principios generales del derecho preventivo y precautorio.

Continuando con las indicaciones del artículo 12 del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales de 2017, se implantó que el consentimiento podía obtenerse de manera escrita, verbal o electrónica, así como por cualquier forma similar que la tecnología pueda brindar, lo que recepta el principio de neutralidad tecnológica. Respecto del tratamiento de datos sensibles conforme a la calificación que efectuaba la norma, se prescribía que su consentimiento debía ser expreso por regla y que en este no se admitía su obtención tácita. Finalmente, se expresaba que la carga de la prueba del consentimiento del tratamiento de datos pesa sobre el responsable del tratamiento, lo cual atiende no solo a la realidad de procesamiento sino al principio de cargas probatorias dinámicas, el que considera las mejores condiciones de probar un hecho por alguna de las partes en cuanto a su superioridad estructural, informativa, etc.[20]

Dicho artículo en el Proyecto de Reforma de 2018, quedó redactado del siguiente modo:

> Artículo 12. Consentimiento. El tratamiento de datos, en cualquiera de sus formas, requiere del consentimiento libre e informado de su titular para una o varias finalidades específicas.
> El consentimiento puede ser obtenido de forma expresa o tácita.
> La forma del consentimiento depende de las circunstancias, el tipo de dato personal y las expectativas razonables del titular de los datos.

20. "Art. 12. - (Consentimiento). 1. El tratamiento de datos, en cualquiera de sus formas, requiere del consentimiento de su titular para una o varias finalidades específicas, salvo lo previsto en el art. 11 inciso 1 apartado b). 2. El consentimiento podrá ser obtenido de forma expresa o tácita. La forma del consentimiento dependerá de las circunstancias, el tipo de dato personal y las expectativas razonables del titular de los datos. El consentimiento expreso, de acuerdo a las circunstancias particulares del tratamiento de datos del que se trate, podrá ser obtenido por escrito, verbalmente, por medios electrónicos, así como por cualquier forma similar que la tecnología permita brindar. Para el tratamiento de datos sensibles se requerirá el consentimiento expreso, salvo las excepciones establecidas por ley. El consentimiento tácito será admitido cuando surja de manera manifiesta del contexto del tratamiento de datos y la conducta del titular de los datos sea suficiente para demostrar la existencia de su autorización. [...] El tratamiento de datos ulterior deberá ser compatible con las finalidades manifiestas que surgen del contexto que originó la recolección. En ningún caso procederá para el tratamiento de datos sensibles. 3. En todos los casos, el responsable del tratamiento tendrá la carga de demostrar que el titular de los datos consintió el uso de sus datos personales." Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_de_ley_-_version_original.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

> El consentimiento expreso, de acuerdo a las circunstancias particulares del tratamiento de datos del que se trate, puede ser obtenido por escrito, verbalmente, por medios electrónicos, así como por cualquier forma similar que la tecnología permita brindar.
> Para el tratamiento de datos sensibles se requiere el consentimiento expreso, salvo las excepciones establecidas por ley.
> El consentimiento tácito es admitido cuando surja de manera manifiesta del contexto del tratamiento de datos y la conducta del titular de los datos sea suficiente para demostrar la existencia de su autorización.
> Es admisible únicamente cuando los datos requeridos sean necesarios para la finalidad que motiva la recolección y se haya puesto a disposición del titular de los datos la información prevista en el artículo 15, sin que este manifieste su oposición. El tratamiento de datos ulterior debe ser compatible con las finalidades manifiestas que surgen del contexto que originó la recolección. En ningún caso procede para el tratamiento de datos sensibles.
> En todos los casos, el responsable del tratamiento tiene la carga de demostrar que el titular de los datos consintió el uso de sus datos personales.

En el artículo 13 del Anteproyecto de Reforma de 2017[21] se regulaba la revocación del consentimiento del titular de los datos, la cual podrá ser efectuada de manera libre en cualquier momento. La revocación del consentimiento del titular no poseía efectos retroactivos y debía ser facilitada por parte del responsable de tratamiento, quien debía poner a disposición del titular los mecanismos idóneos para su realización, debiendo caracterizarse por su sencillez, gratuidad y garantirse al menos la misma forma que la que se dispuso para su obtención, e informar al titular de las consecuencias que esta posee.

> Artículo 13. (Revocación del consentimiento). 1. El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento. Dicha revocación no tendrá efectos retroactivos. El responsable del tratamiento está obligado a facilitar la revocación mediante mecanismos sencillos, gratuitos, y al menos, de la misma forma por la que obtuvo el consentimiento. 2. El responsable del tratamiento debe informar al titular de los datos, previo a su recolección y durante el tratamiento, las consecuencias que tendrá una eventual revocación.

21. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_de_ley_-_version_original.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

Dicha redacción posee variaciones en la versión que finalmente arribara al Proyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos:[22]

> Artículo 13, Revocación del consentimiento. El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento. Dicha revocación no tiene efectos retroactivos. El responsable del tratamiento está obligado a facilitar la revocación mediante mecanismos sencillos, gratuitos y, al menos, de la misma forma por la que obtuvo el consentimiento.

Así como lo regulase la Ley de Protección de Datos Personales N° 25326 en su artículo 5, inc. 2, el Anteproyecto de Reforma de 2017 enunciaba en su artículo 14 las excepciones admitidas al consentimiento previo de modo análogo, admitiendo novedosamente la excepción del consentimiento para el tratamiento de datos cuando resulte necesario para salvaguardar el interés vital del titular de los datos o terceros y el titular se encuentre física o jurídicamente incapacitado, lo cual alude palmariamente al consentimiento del tratamiento de datos de salud en situaciones de extrema necesidad y urgencia vital.[23]

De igual modo queda receptado en el Proyecto de Reforma de 2018:[24]

> Artículo 14. Excepciones al consentimiento previo. No es necesario el consentimiento para el tratamiento de datos cuando se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre y apellido, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento, domicilio y correo electrónico, ni para el tratamiento de la información crediticia en los términos del Capítulo 6.

El Proyecto de Ley del Senador Dalmacio Mera del año 2020 (S986-20PL) efectuó un tratamiento similar teórico del principio del consentimiento, ya que en su artículo 12 establecía el consentimiento libre e informado como regla, el que se podía obtener de forma expresa o tácita. Asimismo regulaba su revocación en el artículo 13 y sus excepciones en el artículo 14.

22. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensaje_ndeg_147-2018_datos_personales.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

23. Artículo 14. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/anteproyecto_de_ley_-_version_original.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

24. Disponibe en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensaje_ndeg_147-2018_datos_personales.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

Realmente se esperaba que en un siguiente intento de reforma genuinamente protectorio se profundizara la contemplación del principio de consentimiento regulando los siguientes aspectos:

i. Consentimiento libre, expreso, inequívoco, específico e informado del titular del dato como requisito básico del tratamiento de datos.
ii. Actualización anual del consentimiento del titular del dato.
iii. Excepciones al consentimiento que no desnaturalizarán su ejercicio y que serán no solo limitadas y taxativas sino de interpretación restrictiva, restringidas a las que deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento, y cuando se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del artículo 39 de la Ley N° 21526.
iv. Establecimiento del principio por el cual el acceso público irrestricto de un dato no es asimilable ni otorga ningún derecho a efectuar un tratamiento irrestricto del dato cuyo acceso sea público irrestricto.
v. Ilicitud del consentimiento tácito del titular del dato para el tratamiento de sus datos.
vi. Prohibición expresa del tratamiento irrestricto y sin consentimiento de los datos personales de los titulares de los datos cuando los mismos se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal.
vii. Prohibición expresa del tratamiento de datos sin finalidad o tiempo determinado.
viii. Especificidad en el tratamiento. Todo detalle relativo al tratamiento o procesamiento de datos debe encontrarse específica y objetivamente determinado y no sujeto a ningún parámetro de carácter subjetivo, discrecional, arbitrario, no verificable o dependiente de forma exclusiva a su definición unilateral por parte del responsable de tratamiento.
ix. Prohibición expresa de la cesión irrestricta de datos personales, entendiéndose por tal la que si bien pudiendo estar autorizada legalmente desnaturalizaría el consentimiento del titular del dato otorgado para el tratamiento de sus datos, o la

que si bien pudiendo estar consentida por el titular del dato, la misma no especifique e individualice a los destinatarios de dichas cesiones y sus datos identificatorios y de contacto.

x. Prohibición expresa y nulidad absoluta de cualquier renuncia del titular del dato a cualquiera de sus derechos en relación con sus datos, como ser la renuncia a cualquier secreto previsto legalmente (fiscal, financiero u otro).

No solo nada de ello ocurrió, sino que directamente el Anteproyecto de Reforma de 2022[25] y los Proyectos de 2022/2023[26] lo eliminaron muy erradamente como principio de tratamiento, intentando instalar un paradigma de desprotección y descontrol protectorio total en materia de tratamiento de datos, otorgando una carta blanca, lisa y llana, a la industria del procesamiento para legitimar y legalizar todas y cada una de sus prácticas abusivas relativas al consentimiento de los titulares.

La Propuesta de Anteproyecto publicada por la AAIP en septiembre de 2022 define al consentimiento del titular de los datos en su artículo 2:

> Artículo 2. Definiciones. A los fines de la presente Ley se entiende por: [...] Consentimiento del Titular de los datos: toda manifestación de voluntad expresa, libre, inequívoca, informada y específica por medio de la cual el Titular de los datos o su representante acepta, mediante una declaración o una clara acción afirmativa, que se traten sus datos personales.

No obstante ello, por más que se hubiera reforzado, como hemos visto en la redacción ya transcripta del artículo 12 en lo relativo a las bases legales para el tratamiento de datos, el consentimiento informado es una tan solo de seis opciones, por lo que el abordaje del consentimiento como principio en el artículo 13 es estéril, toda vez que si la base legal es otra de las cinco alternativas restantes, el consentimiento ya no es un principio y ha dejado de tener jerarquía como tal.

En lo que respecta a las bases legales para el tratamiento de datos se comete nuevamente el error en el artículo 12 de permitir supuestos

25. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/09/propuesta_de_anteproyecto_de_ley_vf.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

26. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/10/proyecto_leypdp2023.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

muy laxos que habilitan el tratamiento de datos personales, ya que se entiende que:

> El tratamiento de datos personales solo podrá realizarse si se cumple al menos UNA (1) de las siguientes condiciones: a. El Titular de los datos otorgue su consentimiento para uno o varios fines específicos; b. Se efectúe en ejercicio de las funciones propias de los poderes del Estado y sean necesarios para el cumplimiento estricto de sus competencias; c. Sea necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al Responsable o Encargado del tratamiento; d. Sea necesario para la ejecución de un contrato en el que el Titular de los datos sea parte, o para la aplicación de medidas precontractuales. e. Resulte necesario para salvaguardar el interés vital del Titular de los datos o de terceros, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos del Titular de los datos, y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado para otorgar su consentimiento; f. Sea necesario para la satisfacción del interés legítimo del Responsable del tratamiento, siempre que sobre dicho interés no prevalezcan los intereses o los derechos del Titular de los datos, en particular cuando el Titular sea un niño, niña o adolescente. Para determinar la existencia de un interés legítimo, se deberá realizar una evaluación detallada, incluyendo el contexto y las circunstancias en las que se llevará a cabo el tratamiento y las expectativas razonables del Titular de los datos sobre el mismo, utilizando criterios de proporcionalidad y razonabilidad. A solicitud de la Autoridad de aplicación, los Responsables deberán estar en capacidad de demostrar la existencia del interés legítimo y de explicar la necesidad de recolectar o tratar los datos en cada caso, teniendo para sí la carga de la prueba.[27]

Por todo lo cual, si bien parecemos haber huido del consentimiento tácito que tenía el texto del proyecto anterior, lo cual fue bueno, aquí se importa del RGPD (en adelante Reglamento General de Protección de Datos Personales) la "satisfacción del interés legítimo del Responsable del tratamiento, siempre que sobre dicho interés no prevalezcan los intereses o los derechos del Titular de los datos", precisión objetable en el propio RGPD el que dice en su artículo 6, inciso f:

> … el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre

27. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/10/proyecto_leypdp2023.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

> que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño. Lo dispuesto en la letra f) del párrafo primero no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones.[28]

Esto puede dar lugar a múltiples situaciones conflictivas en las que se tercerizará en los hombros del más débil de esa relación asimétrica y donde no se aclara lo último que prescribe el propio RGPD (que esto no será de aplicación al tratamiento realizado por las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones).

El titular del dato se encargaría de la defensa de sus derechos cuando observe que el responsable de tratamiento priorizó su interés sobre estos. Y nuevamente es el más débil el que es arrojado al dudoso procedimiento que manda la norma, la que señaló en el Proyecto del 2023 que

> Para determinar la existencia de un interés legítimo, se deberá realizar una evaluación detallada, incluyendo el contexto y las circunstancias en las que se llevará a cabo el tratamiento y las expectativas razonables del Titular de los datos sobre el mismo, utilizando criterios de proporcionalidad y razonabilidad.[29]

Esto puede ser excesivamente subjetivo, variable y discrecional.

Asimismo, también resta hacer notar el abuso en el que el responsable de tratamiento podría incurrir de conformidad con la interpretación jurídica terminológica que propone el inciso d, en el que se menciona un instituto jurídico difuso y no definido ni regulado que con las "medidas precontractuales". Nuestro sistema jurídico reconoce las tratativas preliminares o precontractuales; no obstante está claro que las "medidas" precontractuales no son estrictamente tratativas sino que pueden componer una parte de las tratativas o anteceder a estas. Por lo que ello es muy laxo y permite que se cometan abusos discrecionales por parte de los responsables de tratamiento que interpreten unilateralmente estar llevando adelante "medidas precontractuales" aun en desconocimiento del titular del dato, su co-contratante.

28. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A32016R0679&from=ES [Fecha de consulta: 28/12/2023].

29. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/10/proyecto_leypdp2023.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

La base legal para el tratamiento de datos (artículo 13 del nuevo Anteproyecto) debe ser siempre el consentimiento del titular del dato, y respecto de esta base mínima legal, se pueden establecer excepciones limitadas, taxativas, objetivas, constitucionales y de interpretación siempre restrictiva.

El consentimiento no puede ser una entre seis posibilidades (artículo 12 del nuevo Anteproyecto), dónde queda en ello su jerarquía como principio.

Por otra parte, donde se han ido las intenciones de limitar las excepciones al consentimiento, cuando se preserva la prescindencia de consentimiento cuando el tratamiento de datos personales: "b. Se efectúe en ejercicio de las funciones propias de los poderes del Estado y sean necesarios para el cumplimiento estricto de sus competencias;" (artículo 12, inciso b del nuevo Anteproyecto); hecha la ley, hecha la trampa.

Por último, en el artículo 13 del nuevo Anteproyecto al caracterizar y definir con relación al consentimiento los conceptos de previo, libre, específico, informado e inequívoco, mágicamente se olvida de la palabra "expreso" que sí recordó en el capítulo de definiciones, lo que no se sabría interpretar si ha sido un error y olvido o una decisión consciente.

> Artículo 13. Consentimiento. Cuando la base legal para el tratamiento de datos sea el consentimiento del Titular, se requiere que este sea previo, libre, específico, informado e inequívoco para una o varias finalidades determinadas, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa. Se entiende por: 1) Previo, cuando se solicita el consentimiento antes de la recolección de los datos; 2) Libre, cuando se encuentre exento de vicios. El Titular de los datos deberá tener la opción de negarse a otorgar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno; 3) Específico, que cuando el tratamiento de datos tenga varios fines, el Titular otorgue el consentimiento para cada uno de ellos; 3) Informado, de modo que el Titular cuente con la información establecida en el artículo 15; 4) Inequívoco, de manera que no presente dudas sobre el alcance de la autorización otorgada por el Titular. El Responsable deberá ser capaz de demostrar que el Titular consintió el tratamiento de sus datos personales.[30]

30. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2022/09/propuesta_de_anteproyecto_de_ley_vf.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

En lo que respecta a la revocación del consentimiento del artículo 1431 del nuevo Anteproyecto asusta la falta de precisión técnica normativa, cuando se habla de la ausencia de la *"necesidad de fundamentar la petición"*, lo que jurídicamente se traduce en "sin expresión de causa" si el anteproyecto hubiera utilizado lenguaje tradicionalmente normativo (el que tiene una causa de ser), no siendo lo primero un lenguaje más claro ni más abierto que lo segundo, ya que intentando allanar el lenguaje jurídico, se lo termina complejizando artificialmente a algo incomprensible de lo que no hay definición en ningún lado, pues nadie comprende qué es una "petición" en el marco de esta norma, lo que luce un poco más formal para cualquier sujeto no leguleyo a quien podría asustarle creer que tiene que hacer algo que se caracteriza por su formalidad a simplemente saber que no tiene que expresar causa por ello (es decir, no explicar sus motivos).

El Proyecto de Reforma a la Ley N° 25326 publicado en octubre de 2022 por la AAIP[32] no varió el curso sustancialmente demarcado por el Anteproyecto. Y el texto definitivo del Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales enviado por el PEN mediante el Mensaje 87/2023 el 29 de junio de 2023[33] a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, cuyo texto ya fuera previamente citado en el segmento precedente, reiteró el mismo enfoque con cambios insustanciales.

El principio de información, subyacente al derecho y deber de información que conforma parte de la *lex artis* de todas las profesiones –incluida la del procesamiento de datos– se encontraba regulado en el artículo 6 de la Ley de Protección de Datos Personales 25326.

El cumplimiento del deber de información debe efectuarse de modo expreso y claro, y el responsable del tratamiento de datos debe informar al titular la finalidad del tratamiento, los destinatarios de los datos, la existencia de la base de datos y los datos de su responsable de tratamiento, el carácter obligatorio o facultativo de las respuestas en los procesos de obtención y recolección de datos, las consecuencias de la obtención de los datos, su negativa o inexactitud, así como la posibi-

31. Ídem.

32. Ídem.

33. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensajeyproyecto_leypdp2023.pdf [Fecha de consulta: 28/12/2023].

lidad del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y supresión de datos por parte de su titular.

> Artículo 6. Información. Cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa y clara: a) La finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios; b) La existencia del archivo, registro, banco de datos, electrónico o de cualquier otro tipo, de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable; c) El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos referidos en el artículo siguiente; d) Las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos; e) La posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos.

El Anteproyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos Personales de 2017 enunciaba en su artículo 15 la información que debía brindar el responsable de tratamiento al titular de los datos, la que se resumía en: las finalidades de tratamiento; los datos del responsable del tratamiento; los medios disponibles para el ejercicio de sus derechos; en caso de efectuarse, su cesión a terceros o transferencia internacional; el carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos y sus consecuencias en caso de negativa o defecto; el derecho a ejercer la acción de hábeas data o presentar una denuncia administrativa ante la autoridad de control.

Finalmente, en el inciso 2 de dicho artículo del Anteproyecto de Reforma de 2017 se presentaba una excepción al deber de información cuando resultara imposible o supusiera un esfuerzo desproporcionado, en los casos en los cuales los datos no se obtenían de modo directo de su titular.[34]

34. Artículo 15. Información al titular de los datos. 1. El responsable del tratamiento deberá brindar al titular de los datos antes de la recolección y durante el tratamiento de los datos, al menos, la siguiente información: a) Las finalidades del tratamiento de datos a las que se destinarán los datos personales recolectados; b) La identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento y, en su caso, del delegado de protección de datos; c) Los medios para ejercer los derechos de acceso, rectificación, supresión y oposición de conformidad con lo dispuesto en esta Ley; d) En su caso, las cesiones o transferencias internacionales de datos que se efectúen o prevén efectuar; e) El carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos personales y las consecuencias de proporcionar los datos, o de la negativa a hacerlo, o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; f) El derecho a presentar una denuncia ante la auto-

Esta eximición del deber de información del responsable de tratamiento al titular de los datos, cuando los datos de este último eran obtenidos de modo indirecto, en consonancia con el retroceso que efectuaba el Anteproyecto de 2017 en materia de consentimiento al admitir su modalidad tácita, resultaba otro retroceso en materia del deber y derecho de información que desatiende capitalmente de las modernas modalidades de procesamiento de datos.

En la actualidad, uno de los mayores peligros en materia de protección de datos y riesgo jurídico de procesamiento con potencialidad dañosa para sus titulares deviene del tratamiento de datos obtenidos de manera indirecta. La técnica permite hoy día la obtención y tratamiento de datos obtenidos de manera indirecta, y es justamente ante los peligros que implica esta habilidad técnica donde se debe reforzar el deber de información y no contraerlo.

Modalidades indirectas de obtención de datos abundan, entre ellas podemos citar la obtención de metadatos por cualquier medio (obtención, procesamiento, tráfico, etc.), la obtención de datos por relacionamiento o entrecruzamiento, la obtención de datos por parte de terceros, la obtención de datos por residuos de procesamiento, la obtención de trazas de datos por su tránsito en su ciclo de vida de procesamiento, etcétera.

Es justamente por estas capacidades técnicas ignoradas por el titular de los datos, que el responsable de tratamiento debe realizar ese esfuerzo mayor en informar al titular de las posibilidades que se desprenden del tratamiento de datos que prescinden de su obtención directa. El titular deposita su confianza y consentimiento estático en el tratamiento de datos obtenidos de manera directa, lo que no implica tácitamente su plena información y consentimiento de la obtención indirecta de datos de su titularidad y su ulterior procesamiento.

Ese reforzado deber de información, que hace al consentimiento dinámico informado verdadera tutela de la autodeterminación dinámica del titular de los datos, se sustenta en la superioridad informativa que ostenta el responsable de tratamiento.

---

ridad de control o a ejercer la acción de habeas data en caso de que el responsable del tratamiento incumpla con la presente ley. 2. Cuando los datos personales no se hayan obtenido directamente de su titular, el responsable del tratamiento quedará eximido de brindar la información prevista en el inciso precedente cuando ello resulte imposible o suponga un esfuerzo desproporcionado.

El Anteproyecto de 2017 caía en el absurdo de enunciar que se eximía del deber de información al responsable de los datos cuando los datos de un titular eran obtenidos de modo indirecto y resultara imposible o supusiera un esfuerzo desproporcionado brindar esa información, cuando lo básico para efectuar y cumplir con ese deber es identificar al titular. Si la misma norma admite que los datos obtenidos indirectamente pertenecen a un titular, se presume y resulta una obviedad que el titular de los datos se encuentra identificado, si no su procesamiento sería expresamente estadístico. En el caso, ante datos que no se hayan obtenido de manera directa y no resulten identificados, se puede identificar al titular e informarlo. El mayor esfuerzo o imposibilidad de practicar un deber de información reside en la imposibilidad de identificar un titular. En el caso del inciso 2 se aludía a datos de un titular identificado obtenidos de manera indirecta, por lo que no resulta imposible ejercer ese deber de información, ni supone mucho menos un esfuerzo desproporcionado. El esfuerzo y posibilidad de informar a un titular de datos obtenidos de manera directa es idéntico al esfuerzo y posibilidad de informar a un titular de datos obtenidos de manera indirecta cuando estos últimos no se encuentren identificados. Si la eximición arbitraria e injustificada se aplicara respecto de los datos obtenidos de modo directo, un responsable de tratamiento bien podría decir que ante el esfuerzo desproporcionado que resulta informar al titular respecto de las posibilidades de tratamiento directo, se exime de su realización y, en ese caso, ante la generación de esta irrazonable excepción se convertiría el principio, deber y derecho de información en una facultad potestativa del responsable de tratamiento.

El cumplimiento del deber de información responde a una obligación legal y a un principio moderno de nuestro derecho y no a la modalidad de obtención de un dato, sea esta directa o indirecta. Existiendo un titular de dato identificado, existe un deber correlativo de informarlo; el deber de información no guarda relación de causalidad ni con la modalidad de obtención de los datos, ni con el esfuerzo que exige el cumplimiento de este deber.

Respecto de la alusión que se hacía del impedimento de brindar información, solamente resulta imposible informar a un sujeto no identificado o inexistente; identificado un titular de datos, ya sea este una persona jurídica física o ficta se lo puede informar y, de haberse extinto,

se podrá hacer lo mismo respecto de sus sucesores; solamente en caso de que no hubiera sucesores y existiera una verdadera imposibilidad fáctica se podría eximir de este deber al responsable de tratamiento.

Por último, a los fines de concluir la presente crítica a la redacción del inciso 2 referido anteriormente, el esfuerzo de ejercer el deber de información es correlativo y se ve compensado por los beneficios que le arroja al responsable de tratamiento el procesamiento de datos, es otra manifestación del riesgo provecho de su actividad. Si se admitiera que el ejercicio del deber de información responda al esfuerzo de su realización, como se dijera previamente, pasaría a ser discrecional.

A modo de reflexión, si el responsable del tratamiento de datos detectara que, de la obtención indirecta de datos de un titular, el esfuerzo de informarlo sería desproporcionado, se desvirtúa la finalidad económica de su procesamiento, y antes de estibarse en la eximición de su deber de información, debiera ponderar la necesidad de tratamiento de un dato obtenido en estas circunstancias características. En caso que este testeo de razonabilidad de procesamiento de datos y de adecuación de medios afines resultase favorable en términos de continuar con el procesamiento de datos obtenidos indirectamente que impliquen un esfuerzo desproporcionado para brindar información a su titular, el sustrato empresarial que resulta es que el beneficio económico del procesamiento de estos datos obtenidos indirectamente también es desproporcionado o mayor al que se obtiene de datos obtenidos de manera directa de un titular cuyo esfuerzo informativo es mensurado; por todo lo cual, a mayores beneficios se justifican mayores esfuerzos.

El Proyecto de Reforma de la Ley de Protección de Datos de 2018 redujo la crítica por su traslado a la limitación en el ejercicio de los derechos de los titulares, cuyo artículo 15 sobre información quedó redactado de la siguiente manera:

> Artículo 15. Información al titular de los datos. El responsable del tratamiento debe brindar al titular de los datos, antes de la recolección, al menos, la siguiente información: a. Las finalidades del tratamiento de datos a las que se destinarán los datos personales recolectados; b. La identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento; c. Los medios para ejercer los derechos previstos en esta Ley; d. En su caso, las cesiones o transferencias internacionales de datos que se efectúen o se prevea efectuar; e. El carácter obligatorio o facultativo de proporcionar

> los datos personales y las consecuencias de proporcionarlos, o de la negativa a hacerlo, o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; f. El derecho del titular de los datos a revocar el consentimiento; g. El derecho a presentar una denuncia, a iniciar el trámite de protección de datos personales ante la autoridad de control, o a ejercer la acción de habeas data en caso de que el responsable o el encargado del tratamiento incumpla con la presente Ley.

El Proyecto de Ley del Senador Dalmacio Mera del año 2020 (S986-20PL) se ocupó del deber de información en el artículo 15, el que decía en su texto:

> Artículo 15. Información al titular de los datos. El responsable del tratamiento debe brindar al titular de los datos, antes de la recolección, al menos, la siguiente información: a. Las finalidades del tratamiento de datos a las que se destinarán los datos personales recolectados; b. La identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento; c. Los medios para ejercer los derechos previstos en esta ley; [...] e. El carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos personales y las consecuencias de proporcionarlos, de la negativa a hacerlo o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; f. El derecho del titular de los datos a revocar el consentimiento; g. El derecho a presentar una denuncia, a iniciar el trámite de protección de datos personales ante la autoridad de control, o a ejercer la acción de habeas data en caso de que el responsable o el encargado del tratamiento incumpla con la presente ley. h. La eventual posibilidad de concretar los supuestos y alternativas contemplados en el artículo 39 de la presente ley.

Por su parte, el Proyecto del año 2020 de la Diputada Karina Banfi (6234-D-2020) define el deber de información de modo muy similar con base en el Proyecto de 2018 en su artículo 15.[35]

35. "Artículo 15.- Información al titular de los datos. El responsable del tratamiento debe brindar al titular de los datos, antes de la recolección, al menos, la siguiente información: a) Las finalidades del tratamiento de datos a las que se destinarán los datos personales recolectados b) La identidad y los datos de contacto del responsable del tratamiento; c) Los medios para ejercer los derechos previstos en esta Ley; d) En su caso, las cesiones o transferencias internacionales de datos que se efectúen o se prevea efectuar; e) El carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos personales y las consecuencias de proporcionarlos, o de la negativa a hacerlo, o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; f) El derecho del titular de los datos a revocar el consentimiento; g) El derecho a presentar una denuncia, a iniciar el trámite de protección de

En una futura reforma no fallida de nuestra histórica ley de protección de datos personales se espera que finalmente se regule el derecho de acceso de los titulares de los datos a una información cierta, clara, detallada, actualizada, suficiente, completa e integral sobre la finalidad de tratamiento, la base de datos y el responsable de tratamiento, el carácter obligatorio o facultativo de brindar los datos, las consecuencias de proporcionarlos, la posibilidad de ejercer los derechos reconocidos a los titulares, la técnica de procesamiento de datos utilizada para dicho procesamiento, su funcionamiento y los riesgos derivados de la misma, así como las técnicas y medidas implementadas para mitigarlos, entre otras cosas. No obstante, el cambio de perspectiva esperado no llegó.

El artículo 15 del Anteproyecto de la AAIP de 2022 estableció que como mínimo se debe brindar antes de la recolección, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, la siguiente información al titular del dato:

> … a. Nombre o razón social, domicilio y medios electrónicos del Responsable o del Encargado. Cuando aplique, del Delegado de protección de datos y, en el caso de los Responsables o Encargados no establecidos en la REPÚBLICA ARGENTINA, los de su Representante en el territorio nacional; b. Las categorías de datos personales que serán objeto del tratamiento; c. Las finalidades que se persiguen con el tratamiento de los datos y las bases legales del mismo; d. Los derechos del titular y los medios, procedimientos, y persona o área responsable para su ejercicio; e. Información sobre posibles cesiones a otros Responsables o Encargados de tratamiento; f. Información sobre las transferencias internacionales de datos, incluyendo países de destino, identidad y datos de contacto del importador, posibles riesgos asociados a las transferencias y salvaguardas aplicables, categorías de datos involucradas, finalidad y mecanismos para ejercer sus derechos; g. El carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos personales y las consecuencias de proporcionarlos, o de la negativa a hacerlo, o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; h. El derecho del Titular de los datos a revocar el consentimiento; i. El plazo durante el cual se conservarán los datos personales o cuando esto no sea posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; j. La existencia o no de decisiones automatizadas o

datos personales ante la autoridad de control, o a ejercer la acción de habeas data en caso de que el responsable o el encargado del tratamiento incumpla con la presente Ley.

> semiautomatizadas, incluida la elaboración de perfiles; k. El derecho a presentar una denuncia, a iniciar el trámite de protección de datos personales ante la Autoridad de aplicación, o a ejercer la acción de Habeas Data en caso de que el Responsable o el Encargado del tratamiento incumpla con la presente Ley.

Todo este listado olvidó enunciar lo más importante: que el responsable de tratamiento siempre informe al titular del dato qué técnicas de procesamiento va a aplicar sobre sus datos, en qué consisten las mismas, su funcionamiento, sus riesgos y las técnicas y medidas que implementa para mitigarlos.

Prosigue el artículo 15 del nuevo Anteproyecto diciendo:

> … El Responsable de tratamiento tendrá la obligación de proveer al Titular de los datos la información prevista en el presente artículo incluso cuando no obtenga la información directamente del Titular de los datos, así como cuando la base legal que haya utilizado para legitimar el tratamiento no sea el consentimiento del Titular de los datos. Cuando los datos no hayan sido obtenidos del Titular, el Responsable deberá proveerle la información prevista en el presente artículo dentro de un plazo razonable y a más tardar dentro de un mes. En las ocasiones en que los datos se utilicen para comunicarse con el Titular, se deberá proveer la información al momento de la primera comunicación, y cuando sean cedidos a otro destinatario, se deberá informar al Titular en la primera cesión.

Todo ello fue un gran error porque no se debería permitir que el responsable de tratamiento procese datos de ningún titular sin haber obtenido los datos de este, porque se legitiman prácticas totalmente abusivas, como la compraventa de bases de datos, el procesamiento abusivo de datos personales obtenidos en fuentes abiertas o en bases de datos de acceso público irrestricto, entre otras cosas, como el procesamiento abusivo de datos de los titulares provistos por terceros ajenos a estos por cualquier causa. Informar tardía y dilatadamente al titular del dato no subsana ni legitima ese tratamiento de datos, que no debería permitirse. El Proyecto de Reforma a la Ley N° 25326 publicado en octubre de 2022 por la AAIP en su artículo 16, por corrimiento por introducción del principio de preeminencia, estableció:

> Artículo 16. Información al Titular de los datos. El Responsable del tratamiento debe brindar al Titular de los datos, antes de la recolección, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lengua-

je claro y sencillo, al menos, la siguiente información: a) nombre o razón social, domicilio y medios electrónicos del Responsable; en su caso, del Delegado de protección de datos y, en el supuesto de los Responsables o Encargados no establecidos en la República Argentina, los de su Representante en el territorio nacional; b) las categorías de datos personales que serán objeto del tratamiento; c) las finalidades que se persiguen con el tratamiento de los datos y las bases legales de este; d) los derechos del Titular y los medios, procedimientos y persona o área Responsable para su ejercicio; e) toda información sobre cesiones a otros Responsables o Encargados de tratamiento; f) aquella información sobre las transferencias internacionales de datos, con inclusión de países de destino, identidad y datos de contacto del destinatario, posibles riesgos asociados a las transferencias y salvaguardas aplicables, categorías de datos involucradas, finalidad y mecanismos para ejercer sus derechos; g) el carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos personales y las consecuencias de proporcionarlos, o de la negativa a hacerlo, o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; h) el derecho del Titular de los datos a revocar el consentimiento; i) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o si esto no es posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; j) la existencia o no de decisiones automatizadas o semiautomatizadas, incluida la elaboración de perfiles; k) el derecho a presentar una denuncia, a iniciar el trámite de protección de datos personales ante la Autoridad de aplicación, o a ejercer la acción de habeas data en caso de que el Responsable o el Encargado del tratamiento incumpla con la presente ley. El Responsable de tratamiento tiene la obligación de proveer al Titular de los datos la información prevista en el presente artículo incluso si no ha obtenido la información directamente del Titular de los datos, o si la base legal que ha utilizado para legitimar el tratamiento no ha sido el consentimiento del Titular de los datos. Si los datos no han sido obtenidos del Titular, el Responsable debe proveerle la información prevista en el presente artículo dentro de un plazo razonable que no puede exceder de UN (1) mes. En las ocasiones en que los datos se utilicen para comunicarse con el Titular, se debe proveer la información al momento de la primera comunicación, y si son cedidos a otro destinatario, se debe informar al Titular en la primera cesión.

El Proyecto de Reforma a la Ley N° 25326 publicado en el mes de noviembre de 2022 dejó el artículo 16 redactado del siguiente modo:

Artículo 16. Información al Titular de los datos. El Responsable del tratamiento debe brindar al Titular de los datos, antes de la recolección, en

forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, al menos, la siguiente información:
a) nombre o razón social, domicilio y medios electrónicos del Responsable; en su caso, del Delegado de protección de datos y, en el supuesto de los Responsables o Encargados no establecidos en la República Argentina, los de su Representante en el territorio nacional; b) las categorías de datos personales que serán objeto del tratamiento; c) las finalidades que se persiguen con el tratamiento de los datos y las bases legales de este; d) los derechos del Titular y los medios, procedimientos y persona o área Responsable para su ejercicio; e) toda información sobre cesiones a otros Responsables o Encargados de tratamiento; f) aquella información sobre las transferencias internacionales de datos, con inclusión de países de destino, identidad y datos de contacto del destinatario, posibles riesgos asociados a las transferencias y salvaguardas aplicables, categorías de datos involucradas, finalidad y mecanismos para ejercer sus derechos; g) el carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos personales y las consecuencias de proporcionarlos, o de la negativa a hacerlo, o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; h) el derecho del Titular de los datos a revocar el consentimiento; i) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o si esto no es posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; j) la existencia o no de decisiones automatizadas o semiautomatizadas, incluida la elaboración de perfiles; k) el derecho a presentar una denuncia, a iniciar el trámite de protección de datos personales ante la Autoridad de aplicación, o a ejercer la acción de habeas data en caso de que el Responsable o el Encargado del tratamiento incumpla con la presente ley.
El Responsable de tratamiento tiene la obligación de proveer al Titular de los datos la información prevista en el presente artículo incluso si no ha obtenido la información directamente del Titular de los datos, o si la base legal que ha utilizado para legitimar el tratamiento no ha sido el consentimiento del Titular de los datos.
Si los datos no han sido obtenidos del Titular, el Responsable debe proveerle la información prevista en el presente artículo dentro de un plazo razonable que no puede exceder de UN (1) mes.
En las ocasiones en que los datos se utilicen para comunicarse con el Titular, se debe proveer la información al momento de la primera comunicación, y si son cedidos a otro destinatario, se debe informar al Titular en la primera cesión.

Finalmente, el Proyecto de Reforma a la Ley 25326 publicado en el mes de febrero de 2023 estableció en su Artículo 16 de forma análoga a su predecesor:

> Artículo 16. Información al Titular de los datos. El Responsable del tratamiento debe brindar al Titular de los datos, antes de la recolección, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, al menos, la siguiente información: a) nombre o razón social, domicilio y medios electrónicos del Responsable; en su caso, del Delegado de protección de datos y, en el supuesto de los Responsables o Encargados no establecidos en la República Argentina, los de su Representante en el territorio nacional; b) las categorías de datos personales que serán objeto del tratamiento; c) las finalidades que se persiguen con el tratamiento de los datos y las bases legales de este; d) los derechos del Titular y los medios, procedimientos y persona o área Responsable para su ejercicio; e) toda información sobre cesiones a otros Responsables o Encargados de tratamiento; f) aquella información sobre las transferencias internacionales de datos, con inclusión de países de destino, identidad y datos de contacto del destinatario, posibles riesgos asociados a las transferencias y salvaguardas aplicables, categorías de datos involucradas, finalidad y mecanismos para ejercer sus derechos; g) el carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos personales y las consecuencias de proporcionarlos, o de la negativa a hacerlo, o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; h) el derecho del Titular de los datos a revocar el consentimiento; i) el plazo durante el cual se conservarán los datos personales o si esto no es posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; j) la existencia o no de decisiones automatizadas o semiautomatizadas, incluida la elaboración de perfiles; k) el derecho a presentar una denuncia, a iniciar el trámite de protección de datos personales ante la Autoridad de aplicación, o a ejercer la acción de habeas data en caso de que el Responsable o el Encargado del tratamiento incumpla con la presente ley.
>
> El Responsable de tratamiento tiene la obligación de proveer al Titular de los datos la información prevista en el presente artículo incluso si no ha obtenido la información directamente del Titular de los datos, o si la base legal que ha utilizado para legitimar el tratamiento no ha sido el consentimiento del Titular de los datos.
>
> Si los datos no han sido obtenidos del Titular, el Responsable debe proveer la información prevista en el presente artículo dentro de un plazo razonable que no puede exceder de UN (1) mes.

> En las ocasiones en que los datos se utilicen para comunicarse con el Titular, se debe proveer la información al momento de la primera comunicación, y si son cedidos a otro destinatario, se debe informar al Titular en la primera cesión.

El texto definitivo del Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales enviado por el PEN mediante el Mensaje 87/2023 el 29 de junio de 2023 a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación reza al respecto del deber de información:

> Artículo 16. Información a la persona Titular de los datos. El Responsable de tratamiento debe brindar a la persona Titular de los datos, antes de la recolección, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, al menos, la siguiente información:
> a) Nombre o razón social, domicilio y medios electrónicos del Responsable de tratamiento; en su caso, del Delegado de Protección de Datos y, en el supuesto de los Responsables o Encargados de tratamiento no establecidos en la República Argentina, los de su Representante en el territorio nacional; b) Las categorías de datos personales que serán objeto del tratamiento; c) Las finalidades que se persiguen con el tratamiento de los datos y las bases legales de este; d) Los derechos de la persona Titular de los datos y los medios, procedimientos y persona o área responsable para su ejercicio; e) Toda información sobre cesiones a otros Responsables o Encargados de tratamiento; f) Aquella información sobre las transferencias internacionales de datos, con inclusión de países de destino, identidad y datos de contacto del destinatario, posibles riesgos asociados a las transferencias y salvaguardas aplicables, categorías de datos involucradas, finalidad y mecanismos para ejercer sus derechos; g) El carácter obligatorio o facultativo de proporcionar los datos personales y las consecuencias de proporcionarlos, o de la negativa a hacerlo, o de hacerlo en forma incompleta o defectuosa; h) El derecho de la persona Titular de los datos a revocar el consentimiento; i) El plazo durante el cual se conservarán los datos personales o, si esto no es posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; j) La existencia o no de decisiones automatizadas o semiautomatizadas, incluida la elaboración de perfiles; k) El derecho a presentar una denuncia, a iniciar el trámite de protección de datos personales ante la Autoridad de Aplicación, o a ejercer la acción de hábeas data en caso de que el Responsable o el Encargado de tratamiento incumpla con la presente Ley.
> El Responsable de tratamiento tiene la obligación de proveer a la persona Titular de los datos la información prevista en el presente artículo,

> incluso si no ha obtenido la información directamente de la persona Titular de los datos o si la base legal que ha utilizado para legitimar el tratamiento no ha sido el consentimiento de la persona Titular de los datos.
> Si los datos no han sido obtenidos de la persona Titular de los datos, el Responsable de tratamiento debe proveer la información prevista en el presente artículo dentro de un plazo razonable que no puede exceder de UN (1) mes desde que los ha obtenido.
> En las ocasiones en que los datos se utilicen para comunicarse con la persona Titular de los datos se debe proveer la información al momento de la primera comunicación, y si son cedidos a otro destinatario se debe informar a la persona Titular de los datos en la primera cesión.

Nuevamente, como se puede ver aquí, falta en dicha enunciación las precisiones fundamentales que podrían realmente iluminar al consumidor, usuario y titular del dato en el ejercicio de su autodeterminación informativa, pues el fin de tratamiento no justifica los medios y sigue sin exigirse su información.

La responsabilidad por el incumplimiento al deber de información

La carencia o la deficiencia informativa generan una responsabilidad de carácter objetivo y autónomo, independientemente de si se haya causado un daño o no en la persona del usuario.

Esto resulta así, debido a que es una obligación de tipo legal en la que tan solo basta con la existencia de su incumplimiento de carácter formal, ya sea por falta o inadecuación informativa, para la generación de dicha responsabilidad.

El fin último tuitivo de este deber consiste en la protección y resguardo de la dignidad humana, como valor y directriz fundamental del actuar profesional en el marco de la relación de consumo, donde se persigue la preservación del derecho a la autonomía de la voluntad e información, es decir, su autodeterminación informativa.

La asimetría informativa es característica de toda relación desigual entre un experto y un profano, y por ende, no es extraña a las relaciones de consumo en las que ya sea de manera principal o accesoria se procesan datos, que estarán contenidos en bases de datos.

Esta desigualdad resulta extenderse en las etapas precontractual, contractual y poscontractual, por lo tanto acompaña a toda la extensión y duración de la relación de consumo en la que el usuario o potencial usuario brinde sus datos.

> En la contratación tradicional, el deber de información que se atribuía a las partes –informar por una parte, e informarse, por otra–, se hallaba constituido por una distribución equitativa de cargas informativas, inicialmente precontractuales, que se hallaban conformes con los deberes de cooperación y lealtad debidos y exigibles. Todo ello más allá de afirmarse que ninguna de las partes contratantes asumía apriorísticamente el rol de "garante" del otro en el conocimiento del contenido contractual, por lo que cada una debía situar su deber de información en relación con la diligencia exigible a la otra en el cabal conocimiento de la realidad.[36]

El desequilibrio informativo entre los sujetos genera una inequidad que debe resolverse, no solo para evitar la falta de entendimiento o comprensión, sino también, para rehuir conflictos y daños innecesarios, los cuales siempre resultan antieconómicos.

Ni lo económico/mercantil puede prescindir de una mirada contemplativa de lo privado/civil, como tampoco puede una visión fundamentalista y reduccionista soslayar de manera absoluta la realidad económica subyacente.

Resulta económicamente eficiente cargar al proveedor con el deber de informar,[37] ya que es este quien cuenta con la información *a priori* de qué y cómo hará con los datos que se le provea.

La información que no es brindada al consumidor no le otorga al proveedor una ventaja competitiva, por privación de la información al consumidor como ganancia o ahorro de costos, sino que resulta en un riesgo latente a que este último sujeto lo responsabilice por el incumplimiento de ese deber legal objetivo y de la frustración de sus derechos (consentimiento, seguridad, autodeterminación informativa, etc.).

El deber de informar, en definitiva, tiene para el proveedor un costo que ya se encuentra contemplado en su ecuación económica.

---

36. Stiglitz, Rubén S., "Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo", *La Ley*, 30/03/2009, p. 1.

37. Lorenzetti, Ricardo L., "El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas", en *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, La Ley, 2007, T. I, p. 1051.

Asimismo, se puede señalar que el incumplimiento del deber de información resulta en los hechos habitualmente la infracción consumeril más fácil de probar, ya que debemos recordar que en consonancia con ello aplicará la teoría de las cargas probatorias dinámicas por las que el proveedor, en una mejor posición de aportar la prueba y por principio de cooperación procesal, deberá adecuadamente fundamentar y probar que ha cumplido con dicho deber.

En conclusión y a modo de cierre cabe indicar que, el deber de información en la relación de consumo se encuentra en nuestra actualidad ampliamente receptado por la normativa vigente, no solo por nuestra Constitución Nacional y nuestro Código Civil y Comercial, sino fuertemente por nuestra Ley de Defensa del Consumidor y las normas protectorias que se integran de forma dialógica con esta.

La información es una mercancía intercambiable, que posee en sí misma un valor intrínseco, por su contenido y significado, para el titular de la misma, como para la sociedad en la que se encuentra.

Conforme a la diversificación de las llamadas tecnologías de la información y la comunicación, y el acceso masivo a las mismas, se han multiplicado vertiginosamente la cantidad de canales de transmisión de información y las modalidades tradicionales de control y contención de esta última, como ser las barreras geográficas y temporales. Los proveedores tienen más y mejores medios disponibles para cumplir de forma correcta con este deber, aunque la práctica nos demuestre lo contrario y las prácticas abusivas en sus incumplimientos perduren.

Solo a través del cumplimiento pleno y acabado del deber de información los proveedores pueden cumplir y respetar adecuadamente los derechos de los consumidores y usuarios en las más diversas situaciones a las que se ven expuestos, atendiendo a la importancia cada vez más creciente que adquiere este deber según sus diversos y más nuevos contextos.

Artículo 5. Protección al Consumidor*

Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso,

* Comentario sobre el artículo 5 por Paula M. Cicchino.

no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN y 46 de la CCABA.*

El artículo 42 de la Constitución Nacional dispone que: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos". La norma constitucional asigna a los consumidores y usuarios un derecho de suma relevancia: el derecho a no ser dañados en el marco de las relaciones de consumo.

En ese contexto normativo, la disposición que comentamos regula la *obligación de seguridad*, ya consolidada en el ordenamiento jurídico argentino. Su incumplimiento hace responsable al *proveedor directo* de la reparación de los daños y perjuicios que el consumidor haya sufrido en consecuencia. Se trata de una norma que regula uno de los supuestos de *responsabilidad por daños al consumidor*, aunque no es el único.

Noción y origen de la obligación de seguridad. Su incorporación al derecho del consumo

Genéricamente, se puede afirmar que la *obligación de seguridad* nació en el ámbito de los contratos –por fuera del derecho del consumo–, como un deber complementario por el cual el deudor le garantiza al acreedor que durante la ejecución del plan de conducta comprometido no le serán causados daños en otros bienes –ya sea en su persona o en su patrimonio– diferentes de aquellos que se encuentran comprendidos dentro del objeto de la obligación principal. La utilidad práctica de la figura depende, principalmente, de que se afecten intereses distintos a los contenidos en la prestación principal.

Antes de la aparición de la obligación de seguridad, el resarcimiento de los daños a la persona era tradicionalmente considerado un supuesto de responsabilidad extracontractual, incluso si los daños se producían en el ámbito de un contrato (daños al pasajero transportado, daños sufridos por personas durante espectáculos, en restaurantes, en hoteles, etcétera).

La situación se modificó a principios del siglo XX, momento en el que es ubicado el origen de este deber de seguridad en la órbita contractual. El hito en esta materia sucedió el 21/11/1911, fecha en la que la Corte de Casación francesa dictó sentencia en los autos "Zbidi Hamida Ben Mahmoud c/ Compañía General Transatlántica".[38] El tribunal decidió que "el cumplimiento del contrato de transporte implica en efecto para el transportista la obligación de conducir al pasajero sano y salvo a destino".[39] Junto con los *deberes de prestación*, la casación francesa adunó nuevos deberes contractuales: los *de protección*. La obligación de seguridad nació, entonces, como consecuencia de la ampliación del ámbito del contrato por el fenómeno que se denominó inflación obligatoria.[40] La órbita contractual de la responsabilidad sufrió así un notable ensanchamiento.[41]

El precedente no solo consagró la obligación de seguridad antes inexistente, lo que permitió presumir la culpa del transportista, sino que volvió contractual un supuesto de responsabilidad que, clásicamente, se consideraba extracontractual. Como explican Sebastián Picasso y Luis R.J. Sáenz, a principios del siglo XX, momento en que se dicta el famoso fallo, todavía no se encontraba desarrollada suficientemente la responsabilidad extracontractual objetiva por el hecho de las cosas. La víctima de un daño extracontractual tenía, en principio,

38. Mayo, Jorge, "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", La Ley, 1984-B, 949.

39. Rinessi, Antonio J., "La falta de regulación del deber de seguridad en el Código Civil y Comercial", La Ley, 2014-F, 1249. Corte de Casación, Sala Civil, 21/11/1911, Sirey, 1912-1-73. Aunque este fallo se dictó a propósito de una cuestión de competencia, sus anotadores le asignaron el alcance de un manifiesto cambio de orientación jurisprudencial, en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad del contratista; lo cual se confirmó en dos fallos dictados por la Corte durante el año 1913.

40. Bueres, Alberto, *La responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, t. 1, p. 399; Rinessi, Antonio Juan, "Protección del consumidor. Dignidad, obligación de seguridad, riesgos" en *Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Año 2009, Vol. 1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 321.

41. Santarelli, Fulvio G. y Méndez Acosta, Segundo J., *Fuentes de las obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 2022, p. 905. La inteligencia seguida allí por ese tribunal francés se extendió a diversas situaciones en las que tampoco había una previsión específica –convencional o legal– en el sentido de que existía una obligación de seguridad, no obstante, lo cual la casación francesa entendía que tácitamente lo había. Fue así que, por distintos criterios –aunque no siempre claros– se entendía que un deber de seguridad integraba tácitamente el contrato en cuestión –*v. gr.*: restaurantes, bares, hotelería, cines, organizaciones de encuentros deportivos, juegos de feria, establecimientos educativos–.

que probar la culpa del responsable. Como el régimen contractual le era más favorable, porque bastaba con la prueba del incumplimiento para que se presumiera la culpa del deudor, ubicar a los deberes de seguridad dentro de la órbita contractual, como lo hizo el tribunal francés, permitió transpolar a la esfera del contrato un equivalente del deber general de no dañar, circunscripto a las partes contratantes y con un régimen de prueba más favorable a la víctima. La obligación de seguridad no es sino la transposición del genérico *naeminem laedere* al ámbito específico de las relaciones entre deudor y acreedor.[42]

En sus inicios, se entendió a la obligación de seguridad como una *obligación contractual tácita*, es decir, que aun cuando nada se hubiera pactado en el contrato, se interpretaba que ella existía en virtud del deber de buena fe que pesa sobre los contratantes.[43] La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia nacional le dieron a la obligación de seguridad tácita un amplio campo de aplicación.[44]

Al sancionarse la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) en el año 1993 y luego, con la reforma del año 1994 a la Constitución Nacional, la obligación de seguridad, en el contexto del derecho del consumo, pasó a ser *de fuente legal* y, por lo tanto, *expresa en el ámbito específico del derecho del consumo*.

En la ley actual, el artículo 5 regula la obligación de seguridad debida únicamente por el proveedor directo de un bien o servicio no solo en los *contratos de consumo* sino también en *el ámbito de las relaciones de con-*

42. Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *Tratado de derecho de daños*, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 393 y ss.

43. La subsistencia de la obligación de seguridad *tácita* en el derecho común se encuentra hoy debatida. La discusión doctrinaria que han tenido Sebastián Picasso y Ramón Pizarro resulta por demás ilustrativa de los ejes centrales del debate. *Vid.* del primero de ellos, "*Requiem* para la obligación de seguridad en el derecho común", en *RCCCyC*, 2015 [julio], p. 146; "El fin de la obligación de seguridad en el derecho común", La Ley 2015-E, 1220 y "El nuevo Código y la obligación tácita de seguridad: ¿un entierro demorado?", La Ley 2015-F, 1160. Del segundo, puede leerse "¿*Requiem* para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?", La Ley, 21/9/2015.

44. Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J, *op. cit.*, T. II, p. 391. Expresan Picasso y Sáenz –con agudeza crítica– que, en nuestro país, la categoría llegó a adquirir un desarrollo inusitado e, incluso, se constató cierto abuso de la noción, ya que muchas veces fue empleada como un comodín para justificar fácilmente una imputación de responsabilidad allí donde, de lo contrario, no hubiera habido, o bien habría sido necesario proceder a un análisis jurídico mucho más riguroso.

sumo, lo que importa que la protección debida ampara no solo a los contratantes sino a aquellos que se encuentren vinculados con el proveedor directo de algún modo, en su carácter de tal y aun sin haber contratado con él, con las precisiones que se harán a lo largo de este comentario.

Aclaraciones metodológicas

Antes de abordar el tema que nos convoca, que es la *responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad regulada en el artículo 5 de la LDC*, se debe reparar en que existen varias herramientas que el sistema jurídico les ofrece a los consumidores y usuarios frente al incumplimiento de las obligaciones del proveedor. Estos remedios se encuentran previstos no solo en el microsistema del consumo[45] sino que a ellos se suman los contemplados en el orden jurídico en su totalidad.[46]

De todos los remedios con que cuenta el consumidor, interesa detenerse, en primer lugar, en la diferencia entre la ejecución forzada de la prestación principal y la responsabilidad por daños al consumidor. Luego, ya dentro del ámbito específico de la responsabilidad por daños, deslindaremos cuáles son las situaciones que deben subsumirse bajo el amparo específico del artículo 5 y cuáles otras requieren de una solución prevista en alguna otra disposición del microsistema del consumidor (como en el artículo 10 bis *in fine* o en el artículo 40 de la LDC).

Responsabilidad por daños al consumidor. Diferencia con la ejecución forzada de la prestación principal

Como el artículo 5 de la LDC regula la obligación de seguridad, que es uno de los supuestos de *responsabilidad por daños al consumidor*, lo primero que se destaca es diferenciar estos últimos de aquellas situaciones que deben encuadrarse como mera *ejecución forzada de la prestación* comprometida.

45. Por ejemplo, los contemplados en la Ley Nº 24240, artículos 10 bis, 11 a 17, 18, 23 y 24. CCCN, art. 1092 y ss.

46. CCCN, art. 730, 1033 y ss.; 1076 y ss., 1088, 1089, 1716 y ss.

La responsabilidad por daños al consumidor, en términos genéricos, puede ser definida como la obligación de indemnizar el daño causado a un consumidor a raíz del incumplimiento de una obligación (de fuente convencional o legal) o de un hecho ilícito extracontractual. Presupone, como todos los casos de responsabilidad, la existencia de un daño.

Este remedio, con el que cuentan los consumidores para que le sean indemnizados los daños que han sufrido, no debe ser confundido con otra herramienta clásica a la que los acreedores pueden recurrir para satisfacer su interés, que es la *ejecución forzada de la prestación* en el marco de un contrato. El consumidor, en tanto acreedor de una obligación, siempre tiene el derecho de reclamar la ejecución forzada de la prestación que el proveedor-deudor ha incumplido, en los términos del artículo 730 del Código Civil y Comercial (CCCN) y del artículo 10 bis, incisos a y b de la LDC.

Un ejemplo servirá para ilustrar la situación. Una persona compra un termotanque en un negocio dedicado a la venta de electrodomésticos. El día pactado, al momento de la entrega en el domicilio del consumidor, este advierte que el producto está picado en la parte superior y decide rechazar la entrega. La empresa se niega a entregar un termotanque nuevo, en las condiciones pactadas. Es claro que al consumidor le asiste el derecho a no recibir el pago, dado que el deudor ha pretendido cumplir una prestación distinta a la debida, es decir, vulnerando el requisito de identidad del pago (artículo 867 y 868 del CCCN). El proveedor –deudor no ha cumplido entonces con la obligación principal y ello le da derecho al consumidor– acreedor a reclamarle el cumplimiento forzado de la prestación comprometida. Su derecho encuentra fundamento en los artículos 724 y 730 del CCCN. Esta última disposición establece que

> La obligación da derecho al acreedor a: a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes [*rectius:* el equivalente dinerario].[47]

47. Coincidimos con la opinión doctrinaria que entiende que, el inciso c del artículo 730 se refiere –aunque equívocamente– al equivalente dinerario de la prestación. Al mencionarse que el acreedor tiene derecho a obtener del deudor "las indemnizaciones correspondientes", el artículo confunde *prestación* con *daño*. La diferencia no es meramente terminológica sino que tiene importantes consecuencias jurídicas. Menciona-

A su vez, el artículo 10 bis de la LDC reitera en su primer inciso la solución de la norma codificada: frente al incumplimiento del contrato por parte del proveedor, el consumidor tiene derecho a "exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible". Adicionalmente, en el inciso b, se faculta al consumidor a "aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente".

Como se dijo al inicio, el reclamo de la ejecución forzada de la prestación incumplida no debe confundirse con los supuestos de responsabilidad, que siempre exigen como requisito ineludible el acaecimiento de un daño que debe ser resarcido. En la ejecución forzada, el consumidor-acreedor logra únicamente que se cumpla aquello que le era debido (prestación de dar, de hacer o de no hacer) a causa del incumplimiento de un vínculo obligatorio preexistente y, de ese modo, logra satisfacer su interés, ya sea en especie o por equivalente dinerario. Esta herramienta legal todavía no supone la existencia de un daño jurídico que pueda dar lugar al nacimiento de una obligación de indemnizar, es decir, a la responsabilidad civil.[48]

En un interesante caso resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el que se condenó a una agencia operadora de viajes y a la organizadora a abonarle una suma de dinero a una pareja por el incumplimiento de la prestación comprometida en el contrato de turismo,[49] se decidió respecto de uno de los reclamos:

---

remos las dos más relevantes. Para reclamar el cumplimiento forzado de la prestación, al acreedor le basta con probar el título de la obligación, es decir, que la obligación existe y alegar el incumplimiento; será el deudor quien, en su caso, deberá probar el pago para repeler la pretensión, salvo en las obligaciones de no hacer (CCCN, art. 894). En cambio, para reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación, el acreedor deberá probar el incumplimiento (en el cual se subsumen la antijuridicidad y el factor de atribución), el daño y la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento (CCCN, arts. 1734, 1736 y 1744). El plazo de prescripción también es distinto: de 5 años para el reclamo de la ejecución forzada (CCCN, art. 2560) y de 3 años para solicitar los daños y perjuicios (CCCN, art. 2561).

48. CNCiv., Sala A, "M., N. A. c. Empresa San José S.A. s/ cobro de sumas de dinero", 18/11/2016, La Ley 2017-B, 461. En un precedente, al que se hace referencia *infra*, en el que una empresa de ómnibus rechazó el ingreso de una persona discapacitada a uno de sus vehículos por la falta de presentación de su certificado de discapacidad, el tribunal hizo alusión concreta a la diferencia señalada en el ámbito del derecho del consumo.

49. CNCiv., Sala A, "M. V. T., B. y otro c. Julia Tours S. A. y otro s/ daños y perjuicios", del 24/08/2015, en *RCCyC*, 2015, noviembre, p. 138. Una pareja que había contratado un viaje a Egipto demandó por daños a la agencia operadora y a la organizadora en virtud de

> No estamos entonces en el terreno de la indemnización de daños y perjuicios, sino en el de la ejecución forzada de la obligación, que da derecho a los pretensores a obtener el valor de la prestación incumplida (artículo 505 inciso 3, Cód. Civil [norma de similar texto que el actual artículo 730 del CCCN]). Dado que –como queda dicho– el incumplimiento debe calificarse como definitivo, corresponde otorgar a los actores el valor de la totalidad de las prestaciones que conformaban el paquete turístico que pagaron.[50]

Aclaradas las diferencias que aquí se señalan, en el punto siguiente haremos referencia a distintos supuestos de responsabilidad civil, entre los cuales se enmarca la obligación de seguridad prevista en el artículo en comentario.

Responsabilidad por daños al consumidor. Supuestos

La responsabilidad por daños al consumidor puede ser definida como la obligación de indemnizar el daño causado a un consumidor –en sentido laxo– a raíz del incumplimiento de una obligación (de fuente convencional o legal) o de un hecho ilícito extracontractual. Esta conceptualización nos permite identificar cuatro supuestos.

Los dos primeros derivan del incumplimiento de una obligación, ya deban ser indemnizados los daños derivados del incumplimiento de la *obligación principal* (deberes de prestación) o –lo que nos ocupa aquí– que corresponda la indemnización de los daños generados frente al incumplimiento de la *obligación de seguridad* (dentro de los deberes

los perjuicios que padecieron a raíz de movimientos revolucionarios de público conocimiento desarrollados en aquel país durante su estadía. La jueza de grado rechazó la demanda. Consideró que los episodios que habían sucedido en Egipto habían constituido una causa ajena respecto de las emplazadas, ya que no tenían la posibilidad de conocer aquellos hechos, por lo que se había interrumpido el nexo causal por fuerza mayor. La Cámara, luego de encuadrar la cuestión bajo las normas del estatuto del consumidor, entendió que se había configurado una frustración del fin de contrato, pero que si bien la frustración del viaje se había debido a un caso fortuito (los acontecimientos vividos en Egipto), lo que comprometía la responsabilidad de las demandadas era el incumplimiento de su obligación de información (que era distinta e independiente de la de prestar los servicios turísticos) y la vulneración de la buena fe al pretender continuar adelante con un contrato cuya finalidad manifiestamente se había frustrado.

50. Destacamos: no se les devolvió el precio (lo que hubiera sido procedente por resolución del contrato) sino que se les otorgó a los actores el equivalente de las prestaciones que les fueron prometidas en el contrato de turismo.

de protección). Es la responsabilidad que le cabe al proveedor directo por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales o legales. La órbita de responsabilidad es la obligacional.

Dentro de los deberes de protección, encontramos finalmente también los otros dos supuestos que darán lugar a la responsabilidad extracontractual prevista en el artículo 40 de esta Ley, que comentaremos más adelante. Se trata de la responsabilidad que se extiende a todos los integrantes de la cadena de fabricación o comercialización siempre que –se explica oportunamente– el daño haya sido causado por un producto o servicio defectuoso tanto a un consumidor en sentido estricto, como a un *bystander*.

En resumen, la responsabilidad por daños al consumidor incluye:

1. Responsabilidad del *proveedor directo* por daños derivados del incumplimiento de: a) la obligación principal (artículos 10 bis *in fine* de la LDC y 1716 y ss. del CCCN); b) la obligación de seguridad (artículo 5 de la LDC).
2. Responsabilidad extracontractual por daños de todos los sujetos que intervinieron en la cadena de producción y de comercialización ocasionados por el defecto de un producto o un servicio (artículo 40 de la LDC), que permite reclamar: a) al dañado que es parte de una relación de consumo y, por lo tanto, es acreedor de la obligación del artículo 5 de esta Ley y b) al tercero dañado ajeno a la relación de consumo, esto es, el típico *bystander* del derecho anglosajón.[51]

Responsabilidad por incumplimiento de la obligación principal (artículo 10 bis *in fine* de la LDC y 1716 del CCCN). No se aplica el artículo 5 de la LDC. El caso de los establecimientos de salud

La responsabilidad de los proveedores directos por el incumplimiento de la obligación principal no debe ser confundida con aquella que nace frente al incumplimiento de la obligación de seguridad.

51. Se remite, para su estudio, al comentario del artículo 40 de esta Ley.

En el marco de un *contrato de consumo*, el proveedor directo le debe al consumidor una prestación de dar, de hacer o de no hacer. Los daños generados por el incumplimiento de la prestación comprometida deben ser resarcidos en los términos del artículo 10 bis *in fine* de esta Ley. Este artículo –que prevé en sus incisos algunas herramientas clásicas y otras especiales de remedios frente al incumplimiento de la obligación principal–, contempla al final del texto y como no podía ser de otra manera, la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Dispone el 10 bis *in fine*: "Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan."

Las acciones de daños y perjuicios que corresponden no son sino aquellas que el sistema general prevé en los artículos 1716 y ss. del CCCN. Es decir, si el proveedor directo incumple la obligación principal, el consumidor contratante[52] podrá recurrir al sistema general de responsabilidad obligacional del código de fondo, sin que haya particularidades previstas en el microsistema del consumo.

Así las cosas, la prestación que se incumple podrá ser de dar, de hacer o de no hacer y, siempre que se haya provocado un daño al consumidor, habrá posibilidad de reclamar una indemnización. Se puede tratar, claro está, de perjuicios que provienen de cualquier tipo de incumplimiento de la prestación, como, por ejemplo, lo serían las deficiencias del bien objeto de contratación que lo tornan inapto para el uso o la finalidad a la que está destinado.[53]

A diferencia de lo que sucede con la obligación de seguridad, que siempre es de resultado, la obligación principal que se incumple puede ser de medios o de resultado. Esta aclaración es relevante porque alguna jurisprudencia le ha dado al texto del artículo 10 *bis* una interpretación equívoca al entender que, como el consumidor tiene derecho a solicitar los remedios allí establecidos frente al incumplimiento del contrato "salvo caso fortuito o fuerza mayor", la obligación sería de resultado. En otras palabras, esta corriente considera que, como el deudor solo se podría eximir probando el *casus*, la obligación sería de resultado.

52. No así los consumidores equiparados en el artículo 1 de la ley, ya que no son contratantes y lo contrario importaría violar el principio de relatividad de los contratos.

53. Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, T. II, p. 479.

Esta tesitura parte de un equívoco, algo habitual, que consiste en no diferenciar los modos en que se puede configurar el incumplimiento[54] con la figura de la imposibilidad de cumplimiento.

Para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal, el consumidor-acreedor debe probar el incumplimiento (además del daño y la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento). Cuando aquel ha acreditado el incumplimiento (material) de la obligación, todavía cabe la posibilidad de que el deudor pruebe que no ha cumplido la prestación como consecuencia del caso fortuito o la fuerza mayor, que si reúne los requisitos previstos en los artículos 955 y 1732 del CCCN, extingue la obligación sin responsabilidad.

En definitiva, el caso fortuito que le impide cumplir al deudor es un modo de extinción de *todas las obligaciones, ya sean estas de medios o de resultado*. Es por ello que, de encontrarse acreditada la imposibilidad en los términos de los artículos 955 y 1732 del CCCN, el consumidor no tendrá derecho a reclamar los daños y perjuicios derivados de ningún incumplimiento, porque la obligación, sencillamente, se ha extinguido.

Es dable destacar que *la obligación principal cuyo incumplimiento genera daños al consumidor puede ser de medios o de resultado*. El consumidor, en tanto acreedor de la prestación tendrá que probar, para reclamarlos, el incumplimiento del deudor. Si la obligación es de medios y el cumplimiento es inexacto deberá probar la culpa del proveedor para que se tenga por configurado el incumplimiento –es el caso de los establecimientos de salud, como se ejemplificará unos párrafos más abajo–. Si la obligación es de resultado, le bastará al consumidor con acreditar que el resultado comprometido no se ha dado, como en los

54. El incumplimiento de una obligación se produce cuando no se reúnen los requisitos del pago, previstos en el artículo 867 del CCCN. Si el deudor no desarrolla plan de conducta alguno, el incumplimiento será total. Si no hay integridad, el cumplimiento será parcial. Si no hay puntualidad, el cumplimiento será tardío. Si no hay identidad, el cumplimiento será inexacto. La culpa es relevante únicamente cuando hay cumplimiento inexacto en las obligaciones de medios, es decir, cuando el deudor se ha comprometido a desarrollar diligentemente el plan de conducta pero no a obtener un resultado determinado. La evaluación de la culpa es necesaria para efectuar el análisis acerca de si se ha configurado o no el incumplimiento de la obligación en ese supuesto. Si se acredita la diligencia (no culpa) del deudor, entonces no habrá incumplimiento porque, sencillamente, se habrá corroborado que hubo pago y la obligación se ha extinguido.

ejemplos de obligaciones de dar. En ambos supuestos, el consumidor deberá probar los daños que son consecuencia del incumplimiento de aquella obligación principal y, en ambos casos también, el proveedor –para eximirse de responsabilidad–, podrá acreditar que le ha sido imposible cumplir como consecuencia de un caso fortuito.

La obligación de seguridad, por el contrario, siempre es de resultado y por ello nos dedicaremos *infra* a la figura de la imposibilidad del artículo 1732 del CCCN con mayor detenimiento.

Ejemplos de indemnización de daños al consumidor derivados del incumplimiento de la obligación principal: el caso del termotanque que no fue entregado o, directamente, no funciona.[55] La falta de entrega de la cosa o que el producto no funcione genera que el comprador deba abonar un hotel porque no se puede bañar en su hogar. El consumidor podrá reclamar el daño patrimonial en los términos del artículo 1738 del CCCN. Si el acreedor, en cambio, ha recurrido a la casa de un familiar o de una persona amiga, sin que ello le importe un desmedro patrimonial, puede reclamar el daño moral (artículo 1741 del CCCN). Como se puede observar, se incumple una obligación de dar, que es de resultado, que genera daños en el patrimonio o en el espíritu de la persona y eso da derecho a reclamarle al proveedor directo el pago de la indemnización correspondiente, de acuerdo con el régimen general de responsabilidad y con fundamento en el artículo 10 bis de esta Ley.

Existen también en los numerosos casos de incumplimiento de un servicio, como el de energía eléctrica, que genera, en la mayoría de los casos, un menoscabo patrimonial (pérdida de alimentos que una persona tiene en la heladera), así como daño extrapatrimonial por las molestias espirituales que genera vivir sin electricidad sin saber –como sucede habitualmente– cuánto va a durar la falta del servicio.[56] Se está aquí nuevamente frente al incumplimiento de la prestación principal, de una obligación de resultado, que da derecho al consumidor a exigir

55. Se señala que, por supuesto, tendrá derecho a que se le entregue un termotanque nuevo en los términos del art. 730 del CCCN y del 10 bis, inc. a, de la LDC.

56. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en los autos "Rizzi, Laura María c. Edesur SA s/ Sumarísimo", del 03/04/2019, resolvió un caso de estas características al confirmar una sentencia en la que se reconoció una indemnización a una usuaria por los reiterados cortes en el suministro por parte de la empresa distribuidora de energía eléctrica (TR LALEY AR/JUR/7586/2019).

una indemnización, sin que ello tenga vinculación alguna con la obligación de seguridad prevista en el artículo 5 de esta Ley.

Se puede traer nuevamente a colación el caso en el que una empresa de transporte prohibió abordar a una persona discapacitada a uno de sus vehículos por la falta de exhibición de su certificado de discapacidad. El tribunal entendió que se había incumplido con las obligaciones que deben llevar a cabo los proveedores de servicios en los términos del artículo 10 bis de la Ley Nº 24240 y que, por lo tanto, se debían indemnizar los daños ocasionados.[57]

En los ejemplos que hasta aquí se mencionan, las obligaciones incumplidas son de resultado. Queremos detenernos ahora en el caso más emblemático de incumplimiento de obligaciones de medios –y en el que se advierten algunas confusiones–, como es el de los establecimientos de salud.[58] Lo problemático es que cierta jurisprudencia funda la responsabilidad de estos sujetos en el deber de seguridad del artículo 5 cuando se trata, en la mayoría de los casos, del mero incumplimiento de la prestación principal, que genera daños.

Se recuerda que la prestación que deben estos establecimientos es la de brindar un servicio de salud y que, como deudores, se valen de terceros –los médicos y otros profesionales de la salud– para ejecutar materialmente su prestación (artículo 732 del CCC). La obligación es de medios, razón por la cual y en virtud del principio de equiparación previsto en la norma recién mencionada, si se acredita la culpa del médico, se tiene por configurado el incumplimiento de la obligación principal del establecimiento y, por ende, nace una nueva obligación, que es la de reparar el daño causado.[59] Se insiste en que no se aplica a este supuesto el artículo 5, que aquí se comenta.

Se puede advertir, si bien es cierto que se han causado daños en la persona del consumidor, que ellos obedecen al mero incumplimiento de

57. CNCiv, Sala A, "M., N. A. c. Empresa San José S.A. s/ cobro de sumas de dinero", 18/11/2016, La Ley 2017-B, 461.

58. Puede verse el marco jurídico que consideramos adecuado en CNCiv., SALA A, "Filipuzzi, Marina Gabriela y otros c. Clínica Privada Monte Grande SA s/ interrupción de prescripción", 18/05/2020, Cita: TR LALEY AR/JUR/16247/2020.

59. No se trata de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente, hecho generador que solo opera en el ámbito extracontractual, sino del incumplimiento de la obligación que tiene el establecimiento médico con sus pacientes.

la prestación principal, que no es otra que la de brindar el servicio de salud *diligentemente*. El daño no se produce en *bienes distintos* de aquellos comprendidos en el objeto de la obligación principal, porque la persona del deudor *es* el bien al que se dirige la prestación comprometida de brindar el servicio de salud. La persona es el motivo central de la protección, es por ello que carece de sentido recurrir a una obligación complementaria de seguridad, cuando lo que se incumple es la obligación principal.

Si el médico tercero ejecutor de la obligación de medios a la que se compromete el hospital o sanatorio frente a sus pacientes actúa diligentemente, habrá pago por parte del ente asistencial (artículo 732 del CCCN) y, por ende, no podrá endilgársele responsabilidad por incumplimiento. El deber de seguridad del artículo 5 todavía no juega ningún rol relevante.

La responsabilidad del ente asistencial es directa y se funda en el artículo 1749 del CCCN y, en el ámbito específico, en el artículo 10 bis de la LDC. En suma, basta para fundar este supuesto de responsabilidad el sistema general de responsabilidad obligacional y no resulta acertado recurrir a la obligación de seguridad.

Responsabilidad por incumplimiento de la obligación de seguridad. Supuesto específico del artículo 5 de la LDC

A raíz de la singular hipertrofia interpretativa que han sufrido los contornos de la obligación de seguridad, hemos considerado relevante en los apartados anteriores poner el acento en aquellos supuestos que, definitivamente, no se deben fundar en el artículo 5 de esta Ley. Despejado ese panorama, es momento de abordar aquel que se considera el correcto ámbito de aplicación de esta norma, no sin antes advertir que algunos aspectos permanecen bajo la opacidad estructural que presenta la figura desde su origen, al haber sido el resultado de una importación del principio general de no dañar al ámbito obligacional.

Sujetos protegidos por el derecho del consumidor. Legitimados activos de la obligación. Ámbito de aplicación: el contrato de consumo y la relación de consumo

Sujetos protegidos por el derecho del consumidor

Para determinar quiénes son los acreedores de la obligación de seguridad y, en consecuencia, los legitimados activos para reclamar la indemnización de los daños causados por su incumplimiento, es preciso volver sobre las distintas categorías de sujetos que el microsistema del consumidor ampara, aunque de distintas maneras. El objetivo es clarificar quiénes pueden solicitar la reparación de los daños que sufrieron contra el proveedor directo, fundados en el artículo 5 y quiénes deben recurrir para obtener una indemnización a otras normas del sistema.

Se encuentra en primer término el *consumidor directo o contratante*, es decir, aquel que asumió el rol de contratante para la adquisición del bien o servicio como destinatario final o de su grupo social o familiar[60] (artículo 1, primer párrafo, de la Ley). En segundo lugar, aparece el *consumidor equiparado:*[61] quien no contrató pero fue el destinatario final del producto o servicio (artículo 1, segundo párrafo, de la Ley).[62]

Luego, están aquellos sujetos *expuestos a una relación de consumo*. Esta categoría, aunque luego suprimida, fue incorporada al texto del artículo 1

60. Hernández, Carlos Alfredo, "La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar", en *Consumidor, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009, vol. 1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 269.

61. También llamado *usuario no contratante.*

62. Si bien la letra de la ley se refiere a "quien sin ser parte de una relación de consumo", es evidente que se refiere a quien no fue parte de un *contrato de consumo*. El hecho de utilizar el bien o servicio como destinatario final, a pesar de no haber contratado, incorpora a cualquier sujeto a una relación de consumo con el proveedor directo. El sistema le ofrece al consumidor equiparado algunas herramientas jurídicas de protección, que –claro está– no son las mismas de las que goza el consumidor contratante. Para corregir la actual redacción, el proyecto de Código de Defensa del Consumidor (que obtuvo media sanción en el Congreso), en su artículo 2, se refiere al *consumidor equiparado* como aquel que no ha sido *originariamente* parte de una relación de consumo pero que, en ocasión o como consecuencia de ella, utiliza los bienes o servicios como destinatario final (el proyecto esta disponible en: https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf).

de la LDC en el año 2008.[63] No se trata ya de quien contrató o utilizó los bienes o servicios como destinatario final; se está ante sujetos que son afectados de algún modo por las consecuencias de una relación de consumo que introdujo un bien en el mercado.[64] La doctrina se encargó de detallar los dos supuestos que quedaban contemplados: el llamado *bystander* del derecho anglosajón y el expuesto a las prácticas comerciales.

El *bystander* es el tercero dañado por un producto o servicio que ingresó al mercado como consecuencia de una relación de consumo,[65] que no es consumidor contratante ni equiparado, en los términos del artículo 1 de la LCD. Irygoyen Testa señala:

> Si compro una garrafa y me explosiona, soy consumidor contratante. Si lesiona a un familiar que convive conmigo, él es consumidor no contratante. Si la dejo en la calle y explosiona, el transeúnte víctima es el *bystander*.[66]

Finalmente, se encuentra *expuesto a prácticas comerciales*. Estas prácticas son "procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final".[67]

Continuando con los ejemplos de Irygoyen Testa:

> … si un individuo viaja desde Bahía Blanca hasta la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para adquirir un producto, motivado por una propaganda (práctica comercial) que luego resulta ser engañosa (artículo 1101, inciso a, del CCCN), entonces si finalmente no contrata al descubrir el error al que había sido inducido, será un "expuesto a prácticas comerciales".[68]

En el año 2015 se modificó el artículo 1 de la Ley y se suprimió la parte del texto del párrafo segundo que hacía referencia al "expuesto a la relación de consumo". El objetivo fue eliminar la categoría del *bystander* y precisar que la del "expuesto a la relación de consumo"

63. Mediante la reforma de la Ley Nº 26361 a la Ley Nº 24240.

64. Sprovieri, Luis Eduardo y Dell'Oca, Gastón, *Daños por productos elaborados*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 17.

65. Ibídem, p. 18.

66. Irigoyen Testa, Matías, "Derecho del consumidor: aportes de la economía y las ciencias del comportamiento", La Ley, 31/07/2023, p. 1.

67. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 158.

68. Irigoyen Testa, Matías, "Derecho del consumidor: aportes de…, *op. cit.*, p. 1.

debía ser limitada al caso del "expuesto a las prácticas comerciales", consagrado ahora en el artículo 1096 del CCCN.[69]

En suma, existen en la actualidad tres categorías de *fuente legal*: el consumidor contratante, el equiparado y el expuesto a prácticas comerciales.

La pregunta que sigue, naturalmente, es qué ha sucedido con la figura del *bystander*, como tercero dañado por un producto o servicio, que no es consumidor contratante ni equiparado. Se encuentra respuesta en la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha efectuado del artículo 42 de la Constitución Nacional.

Aunque en el año 2006, en un voto en minoría, el Dr. Lorenzetti comenzó a delinear algunas ideas que luego se repetirían,[70] es recién

69. En los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se expusieron las razones: "En especial cabe mencionar la figura del 'consumidor expuesto', incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la Ley Nº 26361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase 'expuestas a una relación de consumo', han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, se ha reproducido al regular las 'Prácticas abusivas' ya que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable." No pasamos por alto tampoco que en los Fundamentos, al referirse a las consecuencias prácticas del método adoptado, se expuso que: "Es necesario definir la relación de consumo porque esta comprende hechos, actos unilaterales y bilaterales. Ello permite regular los fenómenos de responsabilidad derivados de hechos, prácticas negociales como la publicidad, derivados de actos unilaterales, y contratos, que son actos bilaterales", criterio que, como se ve, es el que la Corte había adoptado en el reconocido fallo "Mosca". Disponible en: http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primero.PDF

70 CSJN, "Ferreyra, Víctor D. y otro c. V.I.C.O.V. S.A.", 21/03/2006, Fallos 329:646. La Corte declaró inadmisible el recurso. Sin embargo, el Dr. Lorenzetti, en su voto, adelanta algunas de las ideas que luego serán adoptadas por la mayoría en el caso "Mosca". La diferencia sustancial es que la primera de las causas versaba sobre el deber de seguridad del proveedor respecto del consumidor equiparado, mientras que la segunda se trató concretamente de la figura del *bystander*. En el considerando 5° de su voto en minoría, Lorenzetti explicó su punto de vista respecto de un usuario no contratante de un concesionario vial: "Que el vínculo que une al que contrata o usa el servicio y el

en el famoso precedente "Mosca" que la Corte ancló el derecho a la seguridad del *bystander*, no ya en una disposición legal, sino en el propio texto del artículo 42 de la Constitución Nacional. Se recuerda aquí que el caso versaba sobre el reclamo de daños y perjuicios del conductor de un remís que fue lesionado mientras se hallaba en la vía pública, en las inmediaciones del estadio donde se disputaba un partido de fútbol profesional y en el que el máximo tribunal condenó al club donde se había realizado el evento y a la Asociación de Fútbol Argentino. Decidió la Corte:

> Cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el artículo 42 CN., que se refiere a la relación de consumo, que abarca no solo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual *y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes*. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales." (El destacado nos pertenece).[71]

En conclusión, los sujetos que quedan comprendidos, aunque de distintos modos, bajo el amparo del estatuto del consumidor son: el consumidor contratante, el equiparado, el expuesto a prácticas comerciales (sujetos categorizados legalmente en el artículo 1 de esta Ley y en los artículos 1092 y 1096 del CCCN) y el *bystander* (figura afin-

concesionario de la misma, es una relación de consumo. Quien paga el peaje, como quien usa de la ruta para los fines del tránsito como acompañante, son consumidores en la medida que reúnan los requisitos de los artículos 1 y 2 de la Ley Nº 24240. Por otra parte, las concesiones viales conforman un servicio público al que le son aplicables las normas de la ley 24.240 (artículos 1° y 2°). *La fuente de esta relación jurídica puede ser un contrato o actos unilaterales o bien hechos jurídicos, que vinculen a los sujetos antes mencionados*, lo cual es claramente diferente del vínculo que une a la concesionaria con el Estado." A lo que agregó: "Es decir, una vez calificada la existencia de una relación de consumo, surge un deber de seguridad de fuente constitucional (cit. artículo 42, de la Constitución Nacional) y legal (artículo 5 ley 24.449; ley 24.240)" (el destacado nos pertenece).

71. CSJN, Fallos 330-563., "Mosca Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros", 06/03/2007.

cada jurisprudencialmente por la Corte Suprema en el artículo 42 de la Constitución Nacional).

Legitimados activos en la obligación de seguridad del artículo 5 de la LDC

Es conveniente recordar, antes de ingresar a lo nuclear del punto, que la propia existencia del derecho del consumo encuentra su justificación en la debilidad jurídica y negocial de los consumidores y en la "información asimétrica" que hay entre estos –legos en la materia– y los proveedores –quienes actúan profesionalmente–. La situación se ve agravada por la "racionalidad acotada" del consumidor, que le impide discernir y digerir adecuadamente la información que posee. Estas circunstancias generan un incremento de transacciones voluntarias ineficientes y un aumento de daños no tolerables socialmente,[72] que el derecho del consumo vino a paliar.

Fundada en esas premisas, la LDC protege a contratantes y no contratantes de acuerdo con las clasificaciones que se mencionan párrafos arriba y les asigna diferentes derechos a cada uno de los sujetos mencionados.[73] Pero de algo no hay duda: a todos ellos se les garantiza el derecho a la seguridad en los términos del artículo 42 de la Constitución Nacional. La cuestión radica en qué normativa legal debe fundarse ese deber, ya que las consecuencias prácticas de esa decisión serán trascendentes. Esta ley contempla dos artículos que dan sostén normativo al deber de seguridad impuesto en el artículo 42 mencionado: el artículo 5 y el artículo 40.

Es momento, entonces, de analizar quiénes son acreedores de la obligación de seguridad en los términos del artículo 5 y a quiénes se debe la protección extracontractual del artículo 40. La distinción es de suma relevancia, ya que no solo los legitimados pasivos de las acciones de responsabilidad que en ellos se funden son diferentes[74] sino, en lo

72. El desarrollo de estas ideas se puede leer en: Irigoyen Testa, Matías, "Derecho del consumidor: aportes…, *op. cit.*

73. Por ejemplo, solo los consumidores contratantes podrán resolver el contrato de consumo en los términos del artículo 10 bis, inciso c; los consumidores contratantes, los equiparados y los expuestos a prácticas comerciales tienen derecho a recibir un trato digno, información adecuada, entre otros derechos.

74. El único legitimado pasivo de la obligación de seguridad es el proveedor directo, mientras que de la responsabilidad extracontractual lo serán todos los integrantes de

sustancial, en que los presupuestos a probar también lo serán. Para reclamar por vía del artículo 5 bastará con acreditar el incumplimiento de la obligación de seguridad, lo que, en los hechos, importa probar que se ha producido un daño en el ámbito de la relación de consumo; mientras que para reclamar en los términos del artículo 40, se deberá probar que el daño provino de un producto o servicio defectuoso.

Respecto de los *consumidores contratantes* del primer párrafo del artículo 1 de la ley y del artículo 1092 del CCCN, basta con recordar que la obligación de seguridad tuvo su origen en el ámbito específico de los contratos en general –obligación tácita fundada en el deber de buena fe– para luego ser expresa y de fuente legal en la LDC. Los proveedores, además de la obligación principal (prestación de dar, de hacer o de no hacer) en el marco del *contrato de consumo*, tienen el deber de asegurarle a los consumidores que los bienes que suministren o los servicios que prestan, si son utilizados normalmente, no van a causarles daños en otros bienes distintos a aquellos que están comprendidos en el objeto de la obligación. Resulta de aplicación, sin más, el artículo 5 de la Ley. Los casos resueltos por la jurisprudencia son variados: transporte, caídas en supermercados, *phishing*,[75] geriátricos,[76] locales bailables,[77] entre muchos otros casos.

---

la cadena de producción y comercialización, lo que incluye al proveedor directo, según el caso. (Se desarrolla en el comentario el artículo 40.)

75. CAp. Civil y Comercial Común de Concepción, Sala II, "Gramajo, Juan Esteban c/ Banco Macro SA s/ daños y perjuicios", 29/07/2022, Cita: TR LALEY AR/JUR/119469/2022.

76. Una residente de un geriátrico falleció como consecuencia de la caída de un montacargas en el que era trasladada (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "V., R. A. y otro/a c. G., C. y otro/a s/ daños y perjuicios extracontractual", 02/06/2020. Cita: TR LALEY AR/JUR/18272/2020. Dicen Frustagli, Sandra A. y Hernández, Carlos A., en "Algunas cuestiones contractuales y de daños derivadas de la prestación de servicios geriátricos", publicado en *RCyS* 2005, p. 79: "Por lo demás, la calificación del contrato de prestación de servicios geriátricos como negocio de consumo, adquiere en la cuestión que estamos considerando particular significación pues los arts. 5 y 6 de la Ley Nº 24240 consagran de modo expreso la obligación de los proveedores de bienes y prestadores de servicios de salvaguardar la persona del consumidor o usuario durante la ejecución del contrato".

77. CAp. Concordia, Sala Civil y Comercial II, "R., C. A. c. C., C. G. y otro s/ ordinario", 15/03/2016. Cita: TR LALEY AR/JUR/23953/2016. El tribunal resolvió en ese precedente el caso de un joven que sufrió lesiones en el rostro al ser golpeado con un vaso de vidrio dentro de un local bailable.

Se destaca también que la obligación de seguridad prevista en el artículo 5 no protege solamente a los consumidores contratantes, sino que también lo hace respecto de quienes, si bien no fueron parte de la relación de consumo originaria, utilizan el bien o servicio de que se trate como destinatarios finales y, por lo tanto, el artículo 5 también se aplica a ellos: los *consumidores equiparados* del segundo párrafo del artículo 1 de la Ley y del 1092 del CCCN, en tanto partes de una relación de consumo. El ejemplo típico es el de los daños en la autopista que sufre la persona transportada benévolamente por el conductor contratante del vehículo.[78]

En definitiva, los proveedores directos son deudores de la obligación de seguridad respecto de los sujetos contemplados en el artículo 1. Sobre ello no hay duda, ya que la mera lectura del artículo 5 proporciona tal solución. Los bienes y servicios deben ser suministrados o prestados de modo que no presenten peligro para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, que no son otros, en el contexto de la ley, que los mencionados en el artículo 1.

El tema comienza a ponerse más problemático con las otras dos categorías.

El *bystander* está, por imperio constitucional y en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, protegido por las normas que estructuran la tutela del consumidor frente a los proveedores de bienes y servicios. Sin embargo, la seguridad a la que tiene derecho el *bystander* no debe fundarse en las previsiones del artículo 5 de esta Ley. Creemos, en cambio, que el *bystander* se encuentra legitimado activamente para reclamar una indemnización, en su caso, en los términos del artículo 40, que contempla una responsabilidad extracontractual por productos y servicios defectuosos. No pasamos por alto que en "Mosca", la Corte mencionó situaciones que debían ser comprendidas

78. En el caso resuelto por la CAp. Civil y Comercial de Mercedes, Sala I, "Vallejos, Juan Gabriel c. Arnedillo, Santiago s/ daños y perjuicios", 01/08/2013. Cita: TR LALEY AR/JUR/52391/201, se condenó a una concesionaria vial por los daños sufridos por el acompañante del automóvil conducido por el codemandado, derivado de la proyección de una piedra que arrojó un tercero desde atrás del guarda rail. Entendió el tribunal que la relación de consumo que vinculaba a la concesionaria con la víctima le imponía protegerla de los riesgos que hubiesen podido afectar su salud, su integridad física y la seguridad en la circulación por esa ruta, ello por aplicación del art. 42 de la Constitución Nacional y del art. 5 de la Ley Nº 24240.

como abarcadas por la relación de consumo[79] y que de ello se puede concluir, aun cuando el fallo no lo menciona expresamente que es el artículo 5 el que resulta aplicable a todas las situaciones allí descriptas. Sin embargo, se considera que la interpretación que más coherencia le da al sistema de responsabilidad civil en los términos de artículo 2 del CCCN es la que propone que pretende deslindar las situaciones a las que la Corte hizo referencia y clarificar algunos conceptos.

Se recuerda el siguiente pasaje del precedente:

> Cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el artículo 42 CN, que se refiere a la relación de consumo, que abarca no solo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos.

Aquí la Corte incluye a aquellos sujetos indeterminados que reciben ofertas, es decir, aquellos sujetos que hemos categorizado como *expuestos a prácticas comerciales*. A pesar de la afirmación, lo cierto es que el caso no versaba sobre ese tipo de sujetos, sino de un tercero ajeno a la relación de consumo que había padecido un daño (un remisero que estaba llevando a un pasajero), es decir, el típico *bystander* del derecho anglosajón.

Luego de esas palabras –y esto es lo que le dará sentido a nuestra interpretación– la Corte expuso lo siguiente: "De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y *en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes*." Más allá del "período precontractual" que se refiere más adelante, queremos poner el acento ahora en la seguridad debida a sujetos no contratantes por "las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales". Se considera que la situación de riesgo creada a la que el máximo tribunal acudió en "Mosca" se debe remitir al texto del artículo 40 ("Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio…"). Así como al comentar el artículo 40 se explicará que, más allá de la referencia al "riesgo", la norma regula el supuesto de la responsabilidad extracontractual por productos o servicios defectuosos, se entiende que la terminología utilizada en "Mosca" debe ser interpretada en igual sen-

79. CSJN, Fallos 330:563. "Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales."

tido y, por lo tanto, fundar la responsabilidad por los daños causados al *bystander* en el artículo 40 y no en el artículo 5, que aquí se comenta.

Es que la base para determinar la protección de la Ley, se vincula, de modo genérico, con la información asimétrica que se da entre los proveedores (quienes actúan profesionalmente, aunque sea ocasionalmente) y los sujetos que no tienen conocimientos en las operaciones que se llevan a cabo. Bien destaca Irigoyen Testa que el *bystander* no posee un problema de información asimétrica y, por esa razón, se excluyó en el año 2015 del texto del artículo 1 de la Ley.[80] Como se señala, el *bystander* es, precisamente, un tercero ajeno a la relación de consumo y, por ese motivo, no resulta conceptualmente razonable entenderlo como acreedor de la obligación de seguridad prevista en el artículo 5, que se funda en la existencia de aquella relación. El hecho de que sea dañado como consecuencia de esa relación ajena no puede tornarlo parte de la relación, que tiene su razón de ser en la información asimétrica entre el proveedor y quien contrata o usa el producto como destinatario final. Por lo demás, si así no fuera, no tendría sentido la expresión usada en el artículo 5: que los bienes o servicios que no deben causar daños son los "utilizados en condiciones previsibles o normales de uso", que está dirigida al destinatario final y que se vincula con el derecho a ser informado. Aun así, nada impide que, siguiendo la interpretación del fallo "Mosca", se aplique el artículo 40 de esta Ley si el daño a ese tercero ajeno a la relación de consumo se produjo por el defecto del producto o del servicio.[81]

80. Incluso dice que el derecho del consumidor no le sería aplicable. Irigoyen Testa, Matías, "Derecho del consumidor: aportes de la economía y las ciencias del comportamiento", La Ley, 31/07/2023, p. 1.

81. Sobre los "expuestos a la relación de consumo", Hernánez y Frustagli afirman que "aquel sujeto que se sitúa frente a un peligro derivado de una relación de consumo o que resulte efectivamente afectado, se verá beneficiado con la aplicación del artículo Ley Nº 24240. En definitiva, se trata de un problema de determinación de los beneficiarios del régimen de *responsabilidad por defectos de seguridad de bienes y servicios*". (Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., comentario a los artículo 5 y 6, en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), *op. cit.*, t. I, p. 78; el destacado nos pertenece). El Dr. Sebastián Picasso, en el caso "M. H, O. y otro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", en el que se debatía la responsabilidad del banco por el robo que unos clientes sufrieron a unas cuadras de la sucursal, barajó subsidiariamente esta posibilidad en su voto: "Solo a mayor abundamiento, apunto que, incluso si –por vía de hipótesis– se considerase que la situación excede el ámbito

En suma, el *bystander* se beneficia de la protección constitucional del artículo 42, por vía del actual artículo 40 de LDC, que regula una responsabilidad extracontractual. Por ende, puede demandar tanto al proveedor directo, como a cualquiera de los otros sujetos mencionados en la norma y que son los integrantes de la cadena de producción y comercialización, siempre y cuando se haya acreditado que existió un defecto en el producto o servicio que le causó el daño. En cambio, el *bystander* no tiene legitimación activa para reclamar una indemnización fundado en el artículo 5 de la LDC.

En cuanto a los *expuestos a las prácticas comerciales*, cabe decir que su *ratio*, la razón de ser de la figura, no se vincula de modo intrínseco con el derecho a la seguridad. En efecto, su actuación queda circunscripta, en principio, al ámbito específico de las "prácticas abusivas" y de la "información y publicidad dirigida a consumidores".[82] Esta categoría de sujetos, a la que muy gráficamente Santarelli denomina "consumidor expectante", tiene utilidad a la hora de controlar la actuación de los oferentes en el mercado de cara a los potenciales consumidores. La trascendencia práctica se aprecia en materia de prácticas comerciales, que, en general, conforman el *iter* precontractual.[83]

Es por ello que las personas *expuestas a prácticas comerciales* serán legitimadas activas para reclamar con fundamento en el artículo 5 en tanto y en cuanto los daños generados por el incumplimiento de la obligación de seguridad se produzcan durante el período precontractual. Tal es la inteligencia emergente del fallo "Mosca", más allá de las precisiones que haremos en el apartado siguiente respecto de la extensión temporal y espacial de la relación de consumo. Si se celebrara el contrato, o alguien adquiriera el bien o servicio para aquellas personas

---

de la obligación de seguridad, eso no variaría la responsabilidad del demandado. Es que la prueba de que existían fallas en el sistema de seguridad de la sucursal –lo que permitió que varios clientes fuesen "marcados" y posteriormente asaltados– configura sin dudas un vicio del servicio, lo que acarrearía igualmente la responsabilidad extracontractual objetiva de la entidad en los términos del artículo 40 de la Ley Nº 24240." (CNCiv., Sala A, del 06/07/2021, Cita: TR LALEY AR/JUR/106040/20219).

82. Hernández, Carlos A. y Frustagali, Sandra A., "Daños al consumidor en las relaciones de consumo: el impacto del Código Civil y Comercial de la Nación" en Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *op. cit.*, T. III, p. 1030.

83. Santarelli, Fulvio G., "Comentario al artículo 1", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor*, *op. cit.*, T. I, p. 53.

que comenzaron siendo meras expuestas a las prácticas comerciales, entonces pasarían a ser calificadas como consumidores contratantes o como sujetos equiparados en los términos del artículo 1 de la Ley y estarían protegidos también por la obligación de seguridad.

La extensión temporal y espacial de la relación de consumo

Se destaca que la obligación de seguridad regulada en este artículo tiene por objeto proteger al consumidor para que, mientras se desarrolla la relación de consumo, aquel no sea dañado en su persona o en otros bienes distintos de aquellos que se encuentren implicados en el vínculo que lo une al proveedor. Se insiste en que la finalidad principal de este deber calificado es mantener incólumes la integridad física y los bienes del consumidor, lo que importa devolver al consumidor, ya sea en su persona o en sus bienes, sano y salvo a la expiración de la relación de consumo.[84]

Hasta aquí se puede observar que si bien con frecuencia la obligación de seguridad resulta del contrato de consumo celebrado, bajo la normativa actual puede existir con independencia de la celebración de un contrato, en tanto pueda identificarse una relación de consumo como ámbito en el que se produce el daño. En este último supuesto, la estructura de la obligación de seguridad desborda su consideración como deber de protección, anexo a la prestación principal, para asumir el carácter de una obligación autónoma (también de fuente legal, claro), derivada del principio emergente de la cláusula constitucional de protección de los consumidores.[85]

La noción de relación de consumo determina, entonces, el ámbito en el cual puede identificarse la aplicación de la obligación de seguridad, de modo que será exigible cuando aquella sea reconocida. Las

84. Schlotthauer, Pablo y Barocelli, Sergio, "Obligación de seguridad y daños punitivos en las relaciones de consumo. Comentario al fallo 'Ponzetto, Oscar Roberto c. Cienfuegos S.A. y otro s/ daños y perjuicios'", en Tambussi, Carlos E. [dir.], *Relación de consumo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 169.

85. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Comentario a los artículos 5 y 6", *op. cit.* T. I, p. 77.

dudas se generan en torno a cuál es la aplicación temporal y espacial de la protección. La determinación de los límites de la relación de consumo no es menor, ya que por fuera de ella, quien sufra un daño deberá ser considerado *bystander* y su derecho a ser indemnizado se fundará, en su caso, en el artículo 40 de esta Ley o, directamente, en las normas generales de la responsabilidad civil.

Hernández y Frustagli afirman que, para que exista relación de consumo, basta con el mero *contacto social* entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la propia Ley N° 24240, sin que sea necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual. Los autores se refieren con el sintagma a "todas aquellas situaciones fácticas en las cuales las personas quedan expuestas a las prácticas y comportamientos empresariales desplegados en el mercado de bienes y servicios, situadas fuera del contrato aunque próximas o encaminadas a promover e inducir el consumo".[86] A pesar de hacer referencia a la denotación de "contacto social", su connotación continúa siendo algo vaga. La expresión no parece proporcionar un límite de significación preciso que permita concluir sobre situaciones concretas. Por esa razón, a lo que ya se dijo en el apartado anterior se suman –sin dejar de advertir que la temática resulta abstrusa– algunas consideraciones en torno a la extensión temporal y espacial de la relación de consumo.[87]

86. Ídem. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 337. En palabras de Farina: "La relación de consumo abracaría todas las etapas, circunstancias y actividades orientadas a poner en el mercado un bien o un servicio para ser adquiridos por consumidores o usuarios".

87. Mansilla, María Jimena y Barocelli, Sergio Sebastián, "La obligación de seguridad en los establecimientos públicos de consumo", La Ley, 01/08/2023, p. 6, se refieren a la temática de este otro modo: "En cuanto a sus alcances, la relación de consumo se perfila tanto en dimensiones 'vertical', 'horizontal', 'espacial' e individual y colectiva. En su 'dimensión vertical' la noción de *relación de consumo*, al exorbitar el concepto de *contrato*, extiende sus dominios no solo entre las partes de un vínculo convencional, sino también, desde la perspectiva del proveedor, a toda la cadena de comercialización, y desde el otro polo de la relación de consumo, a otros sujetos equiparados al consumidor (miembros del grupo familiar o social del consumidor contratante, beneficiarios de estipulaciones a favor de terceros, sucesores universales y sujetos asimilados, legatarios, sucesores particulares, cesionarios o partes de contratos accesorios) o expuestos a prácticas comerciales. En su dimensión horizontal, podemos sostener que la relación de consumo comprende la ejecución del contrato, pero se materializará también en los antecedentes (etapa precontractual), consecuencias (etapa poscontractual) y circunstancias de la actividad de los proveedores en el mercado (cesión del contrato,

Señala Segundo Méndez Acosta que, en nuestro medio, el ámbito de aplicación de esta obligación sigue parámetros más espaciales que contractuales.[88] El espacio puede ser material o virtual, como ya se ha entendido, por ejemplo, en los casos de *phishing* que se mencionan más arriba.

A su vez, Sebastián Picasso y Luis R.J. Saénz sostienen que la obligación de seguridad se extiende a los consumidores *que, de hecho, se encuentren bajo la incumbencia del proveedor.*[89] Este parece haber sido el criterio seguido en el proyecto de Código de Defensa del Consumidor, que titula el Capítulo 3 del Título IV: "Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor". El artículo 117 de ese proyecto extiende la obligación de seguridad a los daños producidos en el "interior del establecimiento del proveedor o en el ámbito físico de su incumbencia" y si bien luego hace mención a ciertos espacios que forman parte del ámbito de competencia del proveedor, el acento está puesto en aquellos espacios "en los que este tenga o deba tener un poder de vigilancia o control efectivo."

Federico Carestia sostiene que

> … el artículo proyectado brinda una directiva de gran valor y que, en consecuencia, a fin de alcanzar una correcta hermenéutica, debe considerarse que el espectro cualitativo de la obligación de seguridad no se circunscribe a la vigilancia efectiva sino que se vincula con la posibilidad material de control.[90]

---

subcontratación, terceros incorporados al contrato, etc.). La dimensión espacial de la relación de consumo se extiende a todos los lugares en los que el proveedor puede ejercer autoridad o control sobre lo que allí suceda, sin importar si existe vínculo contractual entre las partes, bastando únicamente que el empresario tenga injerencia material respecto de dichos lugares, aun cuando se trate del ámbito en el que no se desarrolla la prestación central del contrato ('zona de influencia'). Finalmente, la relación de consumo puede también adquirir una dimensión individual como colectiva, tanto respecto a los derechos involucrados (participar de la categoría de derechos de incidencia colectiva) como a los sujetos que la conforman (casos de responsabilidad colectiva y anónima)".

88. Méndez Acosta, Segundo J., "Certezas y fábulas de la responsabilidad por productos", La Ley, 17/06/2021, p. 1.

89. Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *op. cit.*, T. I, p. 260.

90. Carestia, Federico, "Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor", publicado en: Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de la LDC, p. 515. Cita: TR LALEY AR/DOC/637/2019.

En cuanto al criterio temporal,[91] no hay duda de que durante el período precontractual existe relación de consumo. Así se ha interpretado en el fallo "Mosca" y es lógico que sea de ese modo. En esta etapa cobra particular importancia el derecho a la información, pilar central del derecho de los consumidores y que dota de sentido a su protección. Es por ello que, aun no habiendo todavía consumidor en los términos del artículo 1, el proveedor y el dañado deban ser considerados sujetos de la relación jurídica de consumo. Se añade, en el intento de ofrecer alguna precisión más sobre el punto, que el comienzo del período precontractual es una cuestión de hecho, que por lo tanto debe ser probada y se vincula con el momento en que las partes entran en contacto con el fin de, eventualmente, perfeccionar un contrato.[92]

Ciertos daños acaecidos en la etapa post-contractual deben también ser considerados como sucedidos bajo el espectro de la relación de consumo y, por ende, plenamente aplicable la obligación de seguridad en los términos del artículo 5 de la ley. En la medida en que el hecho dañoso resulte razonablemente previsible para el proveedor, deberá ser resarcido por el incumplimiento de la obligación de seguridad.[93]

Estos dos criterios servirán de pauta interpretativa para conocer la extensión de la relación y deben ser armonizados para evitar que el ámbito de la obligación de seguridad se extienda irrazonablemente.

Se puede suponer que aquella casa de electrodomésticos del ejemplo que se ha dado con anterioridad continúa sin entregar el termotanque al comprador y este decide acercarse al local a fin de retirarlo y cerrar el tema. Una vez en el local, un televisor en exposición cae sobre aquel y lo lastima gravemente.[94] Se trata de un consumidor contratante que se encuentra en el ámbito espacial del proveedor. Si en cambio, el termotanque es entregado en el domicilio del consumidor

91. Lorenzetti sostiene que la relación de consumo abarca todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar (Lorenzetti, Ricardo L., Consumidores..., *op. cit.*, p. 84.

92. Por la postura que hemos asumido, es claro que, antes de ello, el sujeto recibirá el tratamiento de *bystander*, independientemente de las acciones que tenga como "expuesto a las prácticas comerciales", que –como dijimos– tiene otra finalidad específica.

93. El artículo 1117 del proyecto de Código de Consumo sigue ese criterio.

94. Ya no se trata de un daño causado por el incumplimiento de la obligación principal, como se trató en el ejemplo originario, sino –claro está– de aquellos causados por el incumplimiento de la obligación de seguridad.

y explota, aun fuera del ámbito de control del proveedor, la protección de la obligación de seguridad permanece intacta porque se trata de un hecho acaecido en la etapa post-contractual, que puede ser imputada al proveedor directo, de acuerdo con los parámetros apuntados.

Se trae a colación también un caso resuelto por la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil, en el cual una persona que se encontraba en la playa de estacionamiento de un supermercado, con la intención de acceder a él, se cayó en el lugar y sufrió una fractura de cadera. El tribunal condenó al supermercado a indemnizar al cliente por la caída en su playa de estacionamiento. Entendió que el daño se había producido en el ámbito de la relación de consumo entre las partes, que la demandada había infringido la obligación de seguridad contemplada en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en el artículo 5 de la LDC, y que no había acreditado la existencia del *casus*. Consideró que: "La obligación de seguridad exigía que el usuario o consumidor pudiera hacer uso del local y retirarse de él sin daño alguno".[95] En el caso, la persona dañada se encontraba en el período precontractual en el ámbito espacial del proveedor.[96]

La Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil tuvo la oportunidad de expedirse sobre un caso acaecido fuera del ámbito espacial del proveedor, pero en el período post-contractual. Dijo el tribunal:

> … no es cierto que, como lo sostiene el demandado, en el caso se pretenda extender la obligación de seguridad a varias cuadras del establecimiento bancario. Por el contrario, el incumplimiento de ese deber calificado tuvo lugar, en primer término, dentro de la propia sucursal, y el posterior desapoderamiento que sufrieron los actores en la calle no fue sino una continuación de esa infracción –en el marco de una secuencia ininterrumpida–, y se presenta, por lo demás, como una consecuencia previsible

95. CNCiv, Sala H, "A., E. D. c/ Supermercados Mayoristas Makro S.A. y otro", del 25/03/2013. Cita: TR LALEY AR/JUR/9101/2013.

96. Cam. Ap. Civil, Comercial y de Garantías en lo Penal de Necochea, en el caso "Arrate, José L. c. Supermercados Toledo S.A.", 02/03/2006. Cita: TR LALEY AR/JUR/3721/2006, resolvió en un caso que asume similares características: "La responsabilidad del hipermercado por la sustracción del automotor del actor en la playa de estacionamiento nace de la relación genérica de consumo, que comprende, junto con la prestación principal, en forma coligada y conexa, el uso de dicha playa de estacionamiento, pues, quien estaciona allí el automotor lo hace con la finalidad de adquirir productos y servicios diferentes y esos hechos caracterizan a la relación de consumo".

> de la circunstancia de haber 'marcado' a los clientes cuando concurrieron a la entidad. Es que ha quedado acreditado que, aunque los actores sufrieron un daño al ser robados a varias cuadras de la sucursal, eso sucedió porque personas que se encontraban en el interior del banco demandado los señalaron para que pudiera perpetrarse el hecho delictivo.[97]

Para concluir, se insiste en que la relevancia de determinar los límites espaciales y temporales de la relación de consumo consiste en que, por fuera de ellos, las personas podrán estar protegidas pero por otras normas del derecho del consumo (artículo 40 de LDC) o por las normas generales de la responsabilidad civil (artículos 1716 y ss. del CCCN).

El incumplimiento de la obligación de seguridad solo admite la reparación del daño. No se puede ejecutar forzadamente

Una particularidad que presenta esta obligación es que su transgresión no habilita al acreedor a conseguir forzadamente la prestación o a recurrir a otras herramientas del ordenamiento,[98] sino que el remedio frente a ese incumplimiento es directamente la reparación. La obligación de seguridad actúa como una garantía de indemnidad, que habilita la pretensión resarcitoria desde el momento en que se sufre un daño en ocasión del vínculo.[99]

Contrariamente, Pizarro afirma que es falso que la obligación de seguridad carezca de objeto y de contenido positivo, que no pueda ser objeto de ejecución forzada, ni susceptible de cumplimiento hasta tanto no se pruebe su violación. El prestigioso jurista sostiene que la obli-

97. CNCiv., Sala A, "M. H, O. y otro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", 6/07/2021. Cita: TR LALEY AR/JUR/106040/2021; en la misma línea: Sala K, 18/8/2017, "P., H. E. c/ Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/ daños y perjuicios", expte. n.° 25936/2011; Sala H, 14/10/2015, "O., G. D. c/ Banco Superville s/ daños y perjuicios, expte. n° 73376/201.

98. Picasso, Sebastián, "El nuevo Código y la obligación tácita de seguridad: ¿un entierro demorado?", LA LEY, 2015-F, 1160.

99. Méndez Acosta, Segundo J.,"Accidentes deportivos: cuestiones actuales de la obligación de seguridad", LA LEY 16/11/2021, 6. Recuerda el autor, siguiendo a la doctrina italiana, que se trata de una obligación *senza pretazione.*

gación de seguridad puede ser exigida en su cumplimiento por parte del acreedor y resultar objeto de ejecución forzosa directa, en especie o por un tercero (artículo 730 incisos a y b, CCCN), o de vías indirectas de ejecución compulsiva, como por ejemplo, las sanciones conminatorias. El autor no ve razón alguna por la cual la obligación de seguridad no pueda ser objeto de una pretensión de cumplimiento por parte del acreedor. Pone como ejemplo el del incumplimiento relativo por parte del deudor en los contratos de duración. Asegura que en el marco de un contrato entre una obra social y un hospital para la atención de sus afiliados durante diez años, si se alega que el centro asistencial omite cumplir con los deberes de seguridad adecuados para proteger la seguridad de estos últimos, con insalvable posible repercusión sobre los propios intereses patrimoniales de aquella, el afiliado podría demandar el cumplimiento del contrato y exigir la adopción de las medidas de seguridad que correspondan, en estricto cumplimiento de la obligación de seguridad asumida. Se trata, según su opinión, de una pretensión de cumplimiento forzoso, lo cual pone en evidencia que la obligación de seguridad existe y tiene entidad más allá del plano resarcitorio. Incluso agrega que en el régimen del CCCN, el incumplimiento de la obligación de seguridad habilitaría la vía de tutela preventiva que prevé el artículo 1032 o la suspensión del propio cumplimiento que prevé el artículo 1031.[100]

Picasso, por su parte y en opinión que compartimos, entiende que la obligación de seguridad, si bien podría ser objeto de cumplimiento forzado, los efectos de acudir a esa vía serían, en la práctica, similares a los que podrían obtenerse en el terreno extracontractual acudiendo a la tutela preventiva de los artículos 1711 a 1713 del CCCN. Fuera del contrato (en realidad, fundamentalmente fuera del contrato) existe el derecho a no ser dañado, lo que incluye la posibilidad de reclamar incluso conductas positivas tendientes a evitar perjuicios, y que ante la amenaza de un daño puede obtenerse un mandato judicial preventivo que imponga obligaciones de hacer o no hacer (artículo 1713, CCCN).[101]

100. Pizarro, Ramón D., "¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?", LA LEY, 2015-E, 840.

101. Picasso, Sebastián, "El nuevo Código y la obligación tácita de seguridad: ¿un entierro demorado?", LA LEY, 2015-F, 1160.

Deudor de la obligación de seguridad

El deudor de la obligación de seguridad prevista en el artículo 5 de la LDC es únicamente el proveedor directo.

Como hemos afirmado, la obligación de seguridad es de fuente legal y solo es debida por el proveedor de la relación de consumo. Los otros integrantes de la cadena de producción y comercialización no son deudores de esta obligación y es por ello que responderán extracontractualmente en los términos del artículo 40 de esta misma ley siempre que el daño se haya producido como consecuencia del defecto del producto o servicio prestado. Es decir, el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio no son deudores de esta particular obligación de seguridad de fuente legal, pero sí responden por la violación del deber de no dañar si se dan los requisitos del artículo 40 de esta Ley.

Obligación principal, accesoria o secundaria

Se ha discutido si la obligación de seguridad se trataba de una obligación principal, secundaria o accesoria. Compagnucci de Caso sostiene que este deber tiene siempre un carácter *accesorio* a una relación principal, de allí la afirmativa corriente de que "no hay obligación de seguridad aislada".[102]

Sin embargo, Picasso y Saénz señalan que aunque era usual calificarla de este modo, la doctrina había señalado que no se reunían en esos casos las notas típicas de la accesoriedad, pues la obligación de seguridad no era contraída para garantizar el cumplimiento de la obligación principal y bien podría concebirse que esta última se extinguiese por pago pero se vulnerase, en cambio, el deber de seguridad. Por eso importante doctrina la calificó como una *obligación secundaria y autónoma*.[103]

102. Compagnucci de Caso, Rubén H., "Los alcances de la 'obligación de seguridad'", LA LEY, 2018-B, 453.

103. Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *op. cit.*, p. 401.

Es decir, si bien la obligación de seguridad es anexa al contrato de consumo o a la relación de consumo, se trata de una obligación que es autónoma.

Uso normal del bien o servicio como requisito de la protección de la obligación de seguridad

El daño que se debe resarcir por el incumplimiento de la obligación de seguridad es aquel que fue causado a pesar de haber sido el bien o el servicio utilizado en condiciones normales de uso. Si el consumidor es dañado como consecuencia de un uso impropio del bien o servicio, es lógico que el proveedor directo no responda en tanto no sea posible para este prever razonablemente el daño y haberlo advertido.

Supongamos que el padre de una niña, cansado de usar en ella productos para los piojos, decide aplicarle en la cabeza un producto más fuerte para matar otro tipo de insectos (cucarachas, hormigas, etc.) a pesar de que figura en las advertencias que no es apto para el uso humano. Es evidente que los daños que la niña pueda padecer en consecuencia no podrán ser amparados por la obligación de seguridad del artículo 5 de la LDC, porque el producto ha sido utilizado de modo impropio. No es razonable que el proveedor lo deba prever. A igual solución llegaríamos, por ejemplo, ante una persona que intenta calentar comida en una fuente de metal dentro del microondas y este explota.

Daños que se resarcen

Se insiste una vez más en que los daños que se resarcen a raíz del incumplimiento de la obligación de seguridad son diferentes a aquellos causados frente al incumplimiento de la obligación principal. Junto a la obligación del deudor de cumplir un determinado plan prestacional de un proveedor en el ámbito de la relación de consumo coexisten deberes de tutelar a la persona (o, en menor medida, a los bienes) del consumidor o usuario.

El objetivo de la relación jurídica principal nunca puede consistir en el cuidado de la persona, sino que posee otro sentido. Pues

si la persona fuera el motivo central de la protección y con contenido propio como en el ejemplo de la atención médica, carecería de sentido referirse a una obligación complementaria de seguridad. El problema a tener en cuenta es que el deudor de la prestación debe mantener siempre la indemnidad del otro contratante.[104] A diferencia de los daños y perjuicios que derivan del incumplimiento de la obligación principal, no estamos aquí ante daños intrínsecos, sino ante daños extrínsecos que derivan de la lesión a intereses no ligados al objeto mismo de la obligación sino a otros bienes materiales o inmateriales del acreedor.[105]

Pongamos el ejemplo de un paciente que concurre a un centro hospitalario a fin de que se le efectúe una operación quirúrgica; durante su desarrollo se contagia de una infección intrahospitalaria que le causa un daño que no guarda relación alguna con el objeto de la prestación principal. Resulta de aplicación el artículo 5 ya que los daños sufridos se encuentran bajo la órbita de protección de la obligación de seguridad.

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal responsabilizó a un hospital por el fallecimiento de una paciente como consecuencia de una infección intrahospitalaria. Entendió que se configuraba un supuesto de infracción al deber de seguridad y control del servicio y no de uno de mala praxis que involucre con exclusividad la labor profesional de los médicos o de quienes estos dependan. El tribunal fundó la responsabilidad del establecimiento asistencial por la infección intrahospitalaria contraída por la paciente en la Ley Nº 24240, que dispone que los servicios deben ser prestados de modo tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios.[106]

104. Compagnucci de Caso, Rubén H., "Los alcances de la 'obligación de seguridad'", La Ley, 2018-B, 453.

105. Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, T. II, p. 481.

106. CNCCF, SALA III, "R. A. v. Estado Nacional-Fuerza Aérea Argentina", 21/12/2010. Cita: TR LALEY 70069103.

Obligación de resultado. Responsabilidad objetiva. El factor de atribución se encuentra subsumido en el incumplimiento

La obligación de seguridad se trata de una obligación de resultado,[107] razón por la cual probado el incumplimiento o, lo que es lo mismo, que se produjo un daño en el ámbito de la relación de consumo, la única posibilidad para eximirse de responsabilidad con la que tiene el deudor de la obligación –el proveedor directo– es probar la imposibilidad de cumplimiento en los términos de los artículos 955 y 1732 del CCCN. Se recuerda que, de acuerdo con esta normativa, si el deudor acredita la imposibilidad de cumplimiento, la obligación se extingue "sin responsabilidad".

La sola existencia de un daño sufrido dentro del ámbito del contrato o de la relación de consumo alcanza para tener por configurado un incumplimiento de la obligación de seguridad, sin que sea necesario acreditar cuál fue la cosa generadora de ese perjuicio y que características tenía.[108] El hecho de que la obligación sea de resultado importa que no basta, para eximirse de responsabilidad, que el deudor pruebe su diligencia sino, como dijimos, que hay que acreditar la imposibilidad de cumplimiento en los términos de los artículos 955 y 1732 del CCCN.

La Sala D de la Cámara de Apelaciones en lo Civil consideró:

> No es suficiente la acreditación por parte de los demandados de las inspecciones realizadas en los "autitos chocadores", pues el deber de seguridad exigible a los accionados no es el cumplimiento de una obligación de medios, sino de resultado. […] La demandada desarrollaba una actividad en la que debía garantizar la seguridad de los consumidores,

107. Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *op. cit.*, T. II, p. 414; Hernández, Carlos A. y Frustagali, Sandra A., comentario a los artículos 5 y 6, en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), *op. cit.*, T. I, p. 96; Ariza, Ariel, "Contrato y responsabilidad por daños en el derecho del consumo", en Ariza, Ariel (coord.), *La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361*, Buenos Aires , Abeledo Perrot, 2008, p. 128; Krieger, Walter, "La obligación de seguridad en la Ley de Defensa del Consumidor" en Stiglitz, Gabriel A. y Álvarez Larrondo, Federico (dir.), *Derecho del consumidor*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, p. 205; Schlotthauer, Pablo y Barocelli, Sergio, "Obligación de seguridad y daños punitivos en las relaciones de…, *op. cit.*, p. 170.

108. CNCiv, Sala A, "R., C. A. c/ Metrovías S.A. s/ daños y perjuicios", 30/5/2012. Cita: TR LALEY AP/JUR/1678/2012.

obligación de la que no se veía relevada por mantener en buenas condiciones el equipamiento.[109]

Existe un arduo debate en torno a cuál es el factor de atribución en la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de seguridad. Quienes propugnan que la obligación es de medios, entienden que el factor de atribución es subjetivo; mientras que aquellos que consideran que la obligación es de resultado, ponderan que el factor de atribución es objetivo.

Se cree que tal dicotomía parte de un error, debido a que el factor de atribución en el ámbito obligaciones se encuentra subsumido en el incumplimiento. La caracterización sobre si la obligación es de medios o de resultado es relevante a los fines de saber si el acreedor de la obligación debe o no acreditar la culpa del deudor para que se tenga por configurado el incumplimiento. Pero una vez configurado, el factor de atribución en la responsabilidad obligacional es siempre objetivo. En otras palabras, la razón por la cual el ordenamiento jurídico atribuye responsabilidad al deudor de una obligación es porque ha incumplido, independientemente de que se trate de una obligación de resultado –como es la obligación de seguridad– o una obligación de medios.

Eximición de responsabilidad: la imposibilidad de cumplimiento (artículos 955 y 1732 del CCCN)

Como la obligación de seguridad es una obligación de resultado, acreditado el daño en la relación de consumo, lo que equivale a probar el incumplimiento material, la única manera que tiene el proveedor de eximirse de responsabilidad es probando que la obligación se ha extinguido por la imposibilidad sobrevenida, absoluta, objetiva, definitiva y no imputable a él, de acuerdo con lo previsto en los artículos 955 y 1732 del CCCN.[110]

109. CNCiv., Sala D, "T., M. R. y otro c. Guasconi, Juan Carlos y otros s/ daños y perjuicios", 11/04/2022, RCyS2022-III, 83, TR LALEY AR/JUR/30705/2022.

110. Seguiremos en lo que sigue y con las adaptaciones del caso: Picasso, Sebastián y Cicchino, Paula M., "Comentario al artículo 1732", en Bueres, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, T. 3F, Buenos Aires, Hammurabi, 2018, p. 389 y ss.

La imposibilidad de cumplimiento, si reúne los caracteres previstos en los artículos 955 y 1732 del CCCN produce un doble efecto: extingue la obligación (artículo 955) y, consecuentemente, al no subsistir una obligación incumplida, libera al deudor del vínculo. No nace el deber de reparar en tanto no puede haber incumplimiento de una obligación que se encuentra extinguida.

La imposibilidad de cumplimiento es, en puridad, una consecuencia del caso fortuito. De hecho, el artículo 955 aclara expresamente que, para extinguir el vínculo, la imposibilidad debe ser causada por caso fortuito o fuerza mayor. En materia obligacional, como es el supuesto que analizamos, se debe evaluar la incidencia que el *casus* tiene en la posibilidad de cumplir la prestación de seguridad, ya que mientras no ocurra la imposibilidad, carece de relevancia la sola existencia de aquel. A los efectos de la exoneración del deudor, imposibilidad y caso fortuito, conforman un todo inescindible.[111] Esto significa que si bien ambas situaciones (*casus* e imposibilidad) son conceptualmente distinguibles desde una mirada estática, ya no lo serán en el análisis lógico-dinámico que es necesario efectuar a los fines de establecer si la obligación se ha extinguido y, por ende, el proveedor queda liberado de responsabilidad. Es por ello que las características propias del *casus* se incorporan a un ámbito significativo más amplio para darle un marco de aplicación específico a esta norma, propia del campo obligacional.

Así como el artículo 1730 contempla el caso fortuito que exime de responsabilidad extracontractual por fractura del nexo causal entre el hecho y el daño –norma que será de aplicación a los supuestos comprendidos en el artículo 40 de esta Ley–, el artículo 1732 lleva ínsito en su antecedente el *casus* que genera incumplimiento, extingue la obligación y, como consecuencia de ello, libera al proveedor directo de resarcir los daños.[112]

111. Picasso, Sebastián, "La culpa en la responsabilidad contractual. Ausencia de culpa e imposibilidad sobrevenida de la prestación", en *Revista de Derecho de daños*, 2009-1-125; Mayo, Jorge A., "La imposibilidad de cumplimiento", en *Responsabilidad contractual*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, nº 17, Santa Fe, 1998, p. 44; Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Obligaciones*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 3, p. 289; Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel A., *Responsabilidad contractual*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 239, entre muchos otros.

112. Es común que los tribunales, a pesar de estar en el ámbito obligacional, se refieran directamente "al hecho de la víctima que interrumpe el nexo causal" cuando, en

El Código opta por una concepción objetiva del caso fortuito.[113] Para la concepción subjetiva, hay fuerza mayor cuando el deudor emplea la diligencia debida y a pesar de ello el resultado no se logra; se asimila el caso fortuito a la ausencia de culpa (*casus*: *non culpa*). En este caso, al proveedor le bastaría con acreditar que fue diligente para tratar de evitar que se produjera daño, para eximirlo de responsabilidad.[114] Por otra parte, el caso fortuito, desde la mirada objetiva, requiere más que la falta de culpa: no basta con la prueba de la diligencia o de haber adoptado precauciones razonables, sino que es preciso demostrar que el daño no habría podido ser evitado ni siquiera si se hubiera desplegado una diligencia superlativa, muy superior a la del hombre normalmente cuidadoso. En suma, tanto en el artículo 955 como en el artículo 1732, el Código requiere que, para producir su efecto liberatorio, la imposibilidad cuente con ciertos caracteres. La imposibilidad –que puede ser jurídica, material o moral– debe ser sobreviniente, objetiva, absoluta, definitiva y no ser imputable al deudor.

Cuando analizamos la figura de la imposibilidad en el ámbito de la obligación de seguridad, cobra especial relevancia la característica de absoluta de la imposibilidad. La categoría de absoluta se contrapone a la de la imposibilidad "relativa". En el primer caso (imposibilidad ab-

---

puridad, el hecho de la víctima que reúne las características del caso fortuito, para eximir de responsabilidad debe ser la causa de la imposibilidad de cumplir por parte del proveedor. La Sala K de la CNCiv., por ejemplo, consideró que una empresa explotadora del parque de atracciones incumplió con su obligación de seguridad "puesto que un menor sufrió un daño mientras se encontraba en un juego –en el cual subió sin compañía de un adulto– dentro del establecimiento y no se acreditó la ruptura del nexo causal por el hecho de la propia víctima" (CNCiv., Sala K, 22/05/2018, "R., S. A. c. Parque de la Costa SA y otro s/ daños y perjuicios", La Ley 11/09/2018, 8). El criterio correcto imponía considerar que se había acreditado la imposibilidad de cumplimiento, de modo que la obligación se hubiera extinguido, sin poder generar responsabilidad.

113. Gamarra, Jorge, "Responsabilidad contractual objetiva", en Bueres, Alberto J. y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alternini*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 115.

114. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Concepción, Sala II, en los autos "Gramajo, Juan Esteban c. Banco Macro SA s/ Daños y perjuicios", del 29/07/2022, lo reflejó de este modo: "Por ello, y a los fines de deslindar la responsabilidad por incumplimiento del deber de seguridad, la demandada debe demostrar la existencia de una causa ajena –tendiente a fracturar el nexo causal– [*rectius*: la imposibilidad de cumplimiento], sin que baste la prueba de su falta de culpa, dado que este factor resulta extraño a la imputación objetiva (TR LALEY AR/JUR/119469/2022).

soluta), la prestación no puede ser cumplida en modo alguno (el impedimento "no puede ser vencido por las fuerzas humanas", dice Osti),[115] mientras que en el segundo su cumplimiento sería aún posible, aunque más gravoso para el deudor. En palabras del mismo autor, el análisis de este requisito se dirige a la intensidad del impedimento.[116] La doctrina señaló tradicionalmente que la imposibilidad debe revestir carácter absoluto para exonerar al deudor. El hecho de que la prestación a su cargo se haya tornado más onerosa no lo desliga de responsabilidad. Al respecto, Lafaille delimita el concepto y afirma que no puede entenderse la imposibilidad "como una situación tal que resista a todo género de esfuerzo, y sí como aquello que humanamente corresponde exigir de la actividad a la cual está comprometido el deudor."[117]

115. Osti, Giuseppe, "Revisione critica della teoría sulla imposibilitá della prestazione", en *Rivista di Diritto Civile*, 1918, p. 220. Al respecto, dice Lafaille que no puede entenderse a la imposibilidad "como una situación tal que resista a todo género de esfuerzo, y sí como aquello que humanamente corresponde exigir de la actividad a la cual está comprometido el deudor." (Lafaille, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1947, T. I, pp. 459/460).

116. Fue Osti quien atacó la concepción subjetiva, no solo a través de su visión objetiva del impedimento sino con el agregado de la característica bajo análisis: la imposibilidad de cumplimiento, para extinguir la obligación, debía ser, asimismo, absoluta. En principio, las distinciones entre objetiva/subjetiva y absoluta/relativa podrían haberse traducido, de modo coloquial, como respuestas a las preguntas ¿para quién es imposible cumplir? y ¿cuán imposible es hacerlo? Sin embargo, como explica Jordano Fraga, el mismo Osti ofreció precisión a aquellos distingos fundado en que el binomio objetivo/subjetivo se basaba en la dirección del impedimento, mientras que la calificación de absoluta/relativa de la imposibilidad se asentaba en la intensidad del impedimento (conf. Jordano Fraga, Francisco, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1987, p. 157).

117. Lafaille, Héctor, *Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1947, T. I, pp. 459/460. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, en el caso "V. C. M. y otros c. Rosario Bus S. A. s/ juicio ordinario", 03/02/2015, Cita: TR LALEY AR/JUR/38429/2015, expuso en este sentido: "Pero la repetición de los hechos como el de autos, que la propia empresa de transporte admite en su responde a fs. 56 vta., pone en cabeza del transportista la adopción de las medidas de seguridad necesarias para evitarlo. No se está exigiendo de transformar al colectivo en un blindado (como sugiere Rosario Bus S.A. en su apelación), simplemente se le requiere a la empresa de transporte que tome recaudos razonables y necesarios para que una piedra arrojada manualmente desde el exterior no cause daños al pasajero, como puede ser la colocación de un tejido, las ventanillas que no se abran y que cuenten con vidrios irrompibles, la colocación de vidrios laminados que no implica blindaje alguno, que si se rompen no causan daño alguno al pasajero. O sea, alternativamente, ciertas medidas de seguridad que son razonables y de posible

Gamarra sostiene que el carácter absoluto de la imposibilidad se relaciona con los requisitos de imprevisibilidad e inevitabilidad propios del caso fortuito. En tal sentido, apunta el autor citado:

> Imprevisibilidad e irresistibilidad no solo deben considerarse desde la persona del deudor, sino que también imponen –de regla– una determinada consistencia y magnitud en el evento impeditivo, que es la que lo vuelve insuperable; hay imposibilidad absoluta cuando el obstáculo está dotado de una resistencia que lo torna invencible.[118]

---

cumplimiento que contribuyan a disminuir los daños provocados por las esquirlas y vidrios rotos como consecuencia de agresiones externas, y si bien esta tecnología de los vidrios laminados no impide en todos los casos la fragmentación del vidrio, resulta útil para neutralizar la dispersión de las esquirlas al interior del vehículo."

118. Mayo, Jorge A., "La imposibilidad de cumplimiento" en *Responsabilidad contractual, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 17, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 69. Respecto de la característica de absoluta de la imposibilidad, por fuera del derecho del consumo, Gamarra ha señalado que en atención a que en ciertas situaciones podría resultar desmesurado exigir que el obligado demuestre que la imposibilidad no podía ser vencida "por las fuerzas humanas", se ha buscado morigerar tan rígido postulado acudiendo a diversos criterios, como el respeto de las exigencias de tutela de la vida, la libertad o la integridad corporal del deudor, o bien la consideración de los medios de los que aquel dispone para cumplir. En este último sentido, se señala la improcedencia de encarar el estudio de la imposibilidad con abstracción del negocio que originó la obligación y de los medios representados o presupuestos por las partes en cada caso para la ejecución de la prestación por el deudor. Se enmarcan igualmente en este derrotero los intentos por limitar la rígida regla derivada de la exigencia del carácter absoluto de la imposibilidad liberatoria acudiendo al principio de buena fe, por cuyo intermedio se concluye en la inexigibilidad de la prestación en situaciones donde su exigencia por el acreedor podría configurar un abuso del derecho por parte del acreedor. (Gamarra, Jorge, *Responsabilidad contractual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, T. II, p. 172). El CCCN, aplicable al ámbito del consumo en este punto, sigue estos lineamientos, porque exige que la imposibilidad sea absoluta y, de ese modo, se enmarca en la concepción tradicionalmente sostenida por la doctrina argentina. Pero además el artículo 1732 dice también que la existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, con lo cual proporciona una válvula de escape para aquellos casos en los que sostener a rajatabla el criterio de la imposibilidad absoluta conduciría a exigencias desproporcionadas. En función de esos parámetros, si el juez, luego de evaluar la economía total del contrato, las legítimas expectativas de las partes, etc., llega a la convicción de que para cumplir sería menester desplegar medios anormales o excepcionales ajenos al programa de prestación.
Aunque cuesta encontrar ejemplos que puedan encuadrar en estas situaciones en el ámbito del consumo, en las que el deudor es un profesional, creemos que ante la alegación de un hecho de esta naturaleza habría que pensar si es posible armonizar estos

Casos en los que se entendió que no se configuraba la imposibilidad

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en los autos caratulados "S., N. I. y otro c. J. D. F. y otros s/ daños y perjuicios", con sentencia del 29/10/2019, ha entendido que el hecho de la víctima no configura caso fortuito si es previsible y, por lo tanto, no puede tenerse por configurada la imposibilidad de cumplimiento. En el caso de los consumidores, además, no basta con el mero hecho de la víctima sino que es necesario probar su culpa grave o dolo. Destaca el Dr. Picasso en su voto:

> En ese sentido, he señalado que la posibilidad de que la víctima pueda autodañarse debe ser prevista por el responsable en ciertas situaciones (como sucede con las clínicas psiquiátricas, o también –como en el sub lite– con los geriátricos), de lo que se sigue que en esos casos no resulta posible alegar el hecho de la víctima. [...]. A lo que acabo de mencionar se suma la circunstancia de que, como lo señaló esta Sala anteriormente, cuando el damnificado es un consumidor, únicamente la culpa grave o el dolo de la víctima son hábiles para excusar la responsabilidad del proveedor.[119]

También la Sala L de la misma cámara se refirió a la previsibilidad de la conducta de la víctima como extremo que no permite al proveedor directo eximirse. En un caso en que una persona sufrió lesiones mientras se desarrollaba el juego "Samba" en el Parque de la Costa, dijo el tribunal sobre el juego que

> ... se trata de máquinas extraordinarias y comúnmente inusitadas, en cuyo gobierno ninguna pericia práctica debe esperarse del usuario. Es más, respondería aunque se probara que su funcionamiento era normal y que el daño sobrevino a causa de la impericia de la víctima, porque esta debe ser prevista en la naturaleza del entretenimiento.[120]

---

lineamientos generales sobre el carácter de absoluto de la imposibilidad con los principios del derecho del consumo.

119. RCyS2020-I, 64.

120. CNCiv., Sala L, expte Nº 71.281/08 (L. 570.399), "B. P., del C. G. c/ Parque de la Costa S.A. y otro s/ daños y perjuicios", juz. 93, del 15/07/2011.

Por su parte, tampoco se configuró el *casus* que impedía cumplir con la obligación de seguridad en el caso resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial:

> La cancelación de un vuelo por condiciones climáticas adversas no puede ser considerado como caso fortuito dado que se trata de un hecho natural que, si bien no puede evitarse, puede preverse. La descripción que brinda el artículo 1730, Cód. Civ. y Com., es útil para el caso cuando infiere que las notas esenciales para la tipificación o caracterización de esta figura son su "imprevisibilidad" y su "inevitabilidad"; también el artículo 1733, cuando establece que, aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor –en el caso, la aerolínea– resulta responsable si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad.[121]

Casos en que se consideró configurada la imposibilidad

La Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se expidió en un caso en el que una mujer que contrató con la demandada la provisión de un servicio (hotelería y práctica de esquí) para su consumo final sufrió un daño mientras esquiaba. Resolvió el tribunal:

> Resulta a todas luces imposible para la explotadora de pistas de esquí prevenir la negligencia de un esquiador que impacta a otro, por lo que entiendo que medió, en la especie, el hecho de un tercero por quien la demandada no debía responder, que reúne los caracteres propios del caso fortuito y causó la imposibilidad de cumplimiento de la obligación de seguridad a cargo de Valle de las Leñas S.A., constituyéndose en la verdadera causa del daño sufrido por la actora. [122]

La Sala F de la misma cámara, por su parte, consideró que

> … el accidente sufrido por la actora a raíz del lamentable episodio que le tocó vivir, no puede serle causalmente atribuido al porteador y a su dependiente. Ante todo, conviene aclarar que la irrupción sorpresiva dentro del ámbito del colectivo y entre los desprevenidos pasajeros, de un

121. CNCiv, Sala A, "Fagiano, Mariel Nélida y otro c. Assist Card Argentina SA de Servicios s/ ordinario", 10/09/2019, Cita: TR LALEY AR/JUR/48945/2019.

122. CNCiv., Sala A, "Duvidovich Gallo, Patricia Adriana v. Valle de Las Leñas S. A. y otro s/ Daños y perjuicios", 19/04/2012, Cita: TR LALEY AP/JUR/1067/2012.

> pasajero o de un tercero armado con la intención de perpetrar un ilícito –que dándose a la fuga, por la puerta del medio de la carrocería, al notar la presencia de un policía, dio lugar al hecho que origina el reclamo–, no puede imputarse a defectos de las medidas de seguridad que la empresa está obligada a garantizar a los pasajeros. Ni la empresa ni nadie está en condiciones de evitar que, de pronto, alguien inadvertidamente acceda a un transporte público, determinado a cometer un delito, en actitud de amenaza a los pasajeros –gritando que se trataba de un asalto– y empuñando un arma de fuego, mientras el colectivo siguió su marcha. A propósito de situaciones como la configurada, el tipo de agresión sufrida por la damnificada, lamentable, por cierto, no se exterioriza únicamente dentro del ámbito del transporte automotor de pasajeros, en general. De allí, entonces, que no parece justo poner a cargo de los transportistas la previsión, represión o el control de hechos de esta naturaleza, que no se producen con previas advertencias sobre el lugar y el momento, sino que se amparan en la impunidad que acompaña a la sorpresa de su acaecimiento. Por los mismos motivos, la reiteración no altera la imprevisibilidad de estos hechos, en tanto subsista la incertidumbre sobre las circunstancias de su concreta ocurrencia. [123]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en esa línea ya había sostenido que "la responsabilidad de los transportistas no puede extenderse a que se constituyan en guardianes del orden social a fin de reprimir aquellas inconductas de los viajeros que puedan constituir delitos".[124]

Artículo 6. Cosas y Servicios Riesgosos*

Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de

123. CNCiv., Sala F, "Monti, Alfonsina c/ Rau, Mario Adrián y otros, s./ daños y perjuicios" (Expte. 88.110/2005 – J. 57), 14/10/2011.

124. CSJN, Fallos, 322-1: 140, "Bulacio, Luis A., c./ Provincia de Buenos Aires", 16/02/99.

* Comentario sobre el artículo 6 por Matías N. Núñez Ostiz.

que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100, 1106, 1107, 1111 del CCCN.*

El artículo que anotamos, junto con los artículos 4 y 5, integra el capítulo II intitulado "Información al consumidor y protección de su salud".

Se trata de una norma de carácter preventivo que forma parte del conjunto de preceptos que contemplan el derecho de seguridad reconocido a favor de los consumidores y usuarios y consagrado constitucionalmente en el año 1994 con motivo de su inclusión en el artículo 42 de nuestra ley fundamental.

Asimismo, complementa el contenido del referido artículo 5 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), focalizándose en aquellas cosas o aquellos servicios que puedan suponer un riesgo a la salud o a la integridad física de los consumidores y usuarios. Es en razón de ello y del peligro que presenta su utilización, que se le imponen más exigencias al proveedor,[125] dando lugar a un deber de seguridad agravado.[126]

Alcance

La norma es clara en cuanto a que se encuentran alcanzados por ella las cosas y servicios "cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios", incluyendo expresamente a los servicios públicos domiciliarios.

Postulaba Farina que la inclusión de los servicios públicos domiciliarios resultaba importante a los fines de despejar las dudas generadas por la redacción original del segundo párrafo del artículo 25 de la LDC, que establecía que "Los servicios públicos domiciliarios con

125. Farina, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361,* Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 2008, p. 193.

126. Chamatropulos, Demetrio A., *Estatuto del Consumidor,* Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2019, T. I, p. 402.

legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente".[127]

Hoy en día, la cuestión se halla zanjada a partir de la reforma de la Ley Nº 26361 (2008), que modificó la norma indicada, cuyo tercer párrafo dispone que: "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor".

Por otra parte, antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), cierto sector de la doctrina entendía que el artículo 6 de la LCD se refería a la eventual responsabilidad extracontractual que podría imputarse al proveedor por aplicación de la teoría del riesgo creado, con fundamento en que esta no podía ser extrapolada sin más al terreno contractual si no existía una norma expresa que así lo habilitara, sirviendo de complemento al artículo 1113 del Código Civil (CC), al introducir la noción de "servicio riesgoso".[128] Tal como sostiene Chamatropulos, la distinción se torna superflua con el régimen actual, desde que la actividad riesgosa ya se encuentra consagrada legalmente en los artículos 1757 y 1758 del CCyCN[129] que, agregamos nosotros, resultan de aplicación tanto en el ámbito extracontractual como contractual.

Ahora bien, efectuadas estas breves reseñas, ¿cómo se determina cuáles son cosas o servicios que pueden suponer un riesgo?

Existen supuestos en los que el riesgo resulta intrínseco a la propia naturaleza de la cosa (*v. gr.* pólvora, armas de fuego, pirotecnia, etcétera); pero en otros casos la peligrosidad dependerá del modo en que se la utilice: una silla para niños que no es instalada de manera adecuada en el automóvil puede causar severos daños a los menores.[130]

127. Farina, Juan M., *op. cit.*, pp. 193-194.

128. Wajntraub, Javier H., "Análisis exegético de la ley. El sistema de control de las cláusulas abusivas", en Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 86-87.

129. Chamatropulos, Demetrio A., *op. cit*, p. 403.

130. Tal sería el caso de que una butaca para bebés sea colocada de frente y, ante la activación del sistema de airbags producto de un choque leve, provoque la asfixia del niño.

También existen productos y servicios que adquieren la nota de peligrosidad a partir de un defecto (de fabricación, diseño o información).[131]

Incluso algunos consideran que hay supuestos en los que el carácter riesgoso dependerá de lo que determine la reglamentación administrativa pertinente.[132]

Otros sostienen que revisten la calidad de riesgosas "aquellas cosas que razonablemente requieran instrucciones o advertencias relativas a su uso y el empleo de cuidados específicos para que no causen daño al consumidor, lo que dependerá de cada producto o servicio, de ahí que el legislador haya usado el vocablo 'suponer'".[133]

A partir de lo cual, creemos que en todos aquellos casos en los que la utilización del producto o servicio pueda causar daños a los consumidores si estos no reciben instrucciones o indicaciones específicas de uso, el proveedor debe observar lo dispuesto por el artículo bajo estudio.

Es que

> ... la observancia del deber de advertencia es exigible cualquiera sea la naturaleza del producto o servicio comercializado, pues se procura que el consumidor los utilice sin exponerse a sufrir daños evitables mediante una información cierta, clara y detallada (art. 4), que resulta suficiente y adecuada acorde a los riesgos del caso.[134]

Y ello es así porque

> ... no solo son defectuosos los productos cuyo riesgo resulta de un vicio de concepción o de fabricación, sino también aquellos que, intrínsecamente correctos, son presentados de tal manera que no ofrecen la seguridad que el consumidor puede legítimamente esperar, debido, por ejemplo, a la ausencia de suficiente información sobre las precauciones que deben adoptarse.[135]

131. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., comentario a los arts. 5 y 6, en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 81.

132. Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 195.

133. Tambussi, Carlos E., *Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 91.

134. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., *op. cit.*, p. 81.

135. CNCiv., Sala A, "R., F. E. c. Bayer S. A. y otros s/ daños y perjuicios", 22/08/2012, La Ley AR/JUR/44850/2012 y sus citas.

El llamado "deber de advertencia"

Se ha definido la obligación de los proveedores de "poner a disposición del consumidor la información necesaria y suficiente para alertar de aquellos riesgos que pueden entrañar un producto o servicio, con el propósito de evitarle daños",[136] prevista en el artículo bajo análisis, como "deber de advertencia".

Es decir, la advertencia "forma parte del deber de informar, ya que hace referencia a los riesgos que puede entrañar el empleo de la cosa o servicio adquirido, una de cuyas manifestaciones integra –a su vez– la obligación de brindar seguridad"[137] que surge de los artículos 5 y 6 de la LCD.

Ahora bien, esta carga en cabeza del proveedor no presupone que deba advertirse acerca de la totalidad de los potenciales riesgos al comercializar cualquier tipo de producto o servicio. Coincidimos con Lorenzetti acerca de que en aquellos casos en que la peligrosidad es obvia, no resulta necesaria la advertencia. A modo de ejemplo, expone este autor que un fabricante de cuchillos no se encuentra obligado a advertir que son elementos cortantes.[138]

En definitiva,

> ... el deber de informar y advertir al consumidor es uno de los más importantes en el ámbito de la responsabilidad por productos elaborados, y se relaciona con uno de los objetivos primordiales en la materia, que es reducir el riesgo en el consumo de productos elaborados. Mediante aquel deber se trata de proteger la salud y la integridad física del consumidor o usuario, así como de respetar su libertad de elección.[139]

Por tal razón, la falta de advertencia acerca de los riesgos que acarrea la utilización de un producto o servicio implica que, frente a los daños sufridos por el consumidor que se hallen causalmente relacionados con tal incumplimiento, la responsabilidad del proveedor resulte palmaria.

---

136. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., *op. cit.*, p. 80.

137. Ossola, Federico A., "La obligación de informar", en Álvarez Larrondo, Federico M. (dir.) y Rodríguez, Gonzalo M. (coord.), *Manual del Derecho del Consumo*, Buenos Aires, Erreius, 2017, p. 255.

138. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., 2009, p. 526.

139. CNCiv., Sala A, "R., F. E. c/ Bayer S. A. y otros s/ daños y perjuicios", cit.

Una vez ocasionado el perjuicio serán los jueces quienes deberán establecer si el producto o servicio en cuestión tenía determinadas características que lo tornaban previsiblemente peligroso para terceros, en caso de ser utilizado de manera incorrecta y si la carencia de instrucciones acerca de su modo de empleo fue la causa adecuada del daño. Es decir, "debe tratarse de falta de información sobre un aspecto del producto que produjo el daño y que, de conocerse, no se lo hubiera adquirido o se lo hubiera empleado de otro modo".[140]

Comercialización observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos

Dispone el artículo analizado que las cosas y servicios riesgosos deben comercializarse "observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos". Esto es, que los proveedores se encuentran obligados a cumplir con las disposiciones correspondientes –emanadas tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo– al lanzar al mercado sus productos o servicios riesgosos.

Cierto sector de la doctrina, incluso, considera que esta normativa deberá encontrarse transcripta en el informe, manual o folleto que ha de brindarse al cliente.[141]

Al respecto, indica Tambussi que de acuerdo a la naturaleza del producto, los recaudos respecto del cumplimiento de la obligación de advertencia en la etapa de comercialización quedan derivados a las diferentes reglamentaciones administrativas o leyes especiales.[142] Pero, ante la inexistencia de normas, los proveedores "no podrán eximirse de su obligación de brindar al adquirente o usuario la información y las instrucciones razonables –según indiquen los conocimientos cien-

140. Lorenzetti, Ricardo L., *op. cit.*, p. 525.
141. Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 195.
142. Tambussi, Carlos E., *op. cit.*, p. 91.

tíficos, técnicos y empíricos– para garantizar la seguridad y evitar el uso impropio".[143]

El uso del vocablo "razonable" es visto por López Herera como una referencia implícita a los llamados "riesgos del desarrollo",[144] que han sido conceptualizados como

> ... aquellas consecuencias dañosas de un producto que, siendo desconocidas con la utilización de las técnicas científicas idóneas al momento de su producción en masa, autorización para el consumo y comercialización, son luego, con el avance propio de la ciencia y las técnicas consecuencia directa de la utilización de dicho producto.[145]

En definitiva, serán los jueces quienes, ante la ausencia de una normativa específica, deberán decidir qué pautas de comercialización resultaban razonables para el caso concreto y, a partir de ello, si estas fueron o no observadas por los proveedores involucrados.

Manual de instrucciones

El párrafo segundo del artículo establece, en su primera parte, que el proveedor debe entregar un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle al consumidor adecuado asesoramiento.

En relación a ello se ha dicho que su objetivo es "robustecer la protección del consumidor o usuario frente la utilización de cosas y servicios como las comprendidas en la norma".[146]

No solo debe entregarse el manual de instrucciones en español, sino también brindarse "adecuado asesoramiento", lo que implica

> ... facilitar la interpretación técnica del manual o de las instrucciones dadas por escrito, así como adicionar la información verbal o demostración práctica que le permita al adquirente conocer cómo y con qué

143. Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 195.

144. Chamatropulos, Demetrio A., *op. cit.*, p. 403.

145. Garrido Cordobera, Lidia M. R., *La consagración de la responsabilidad por riesgo de desarrollo*, La Ley AR/DOC/3671/2016.

146. Pinese, Graciela y Corbalán, Pablo, *Ley de defensa del consumidor*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009, p. 106.

> precauciones ha de poner en funcionamiento un mecanismo, o el modo de consumo de un producto.[147]

Una vez más, en caso de controversia, será el prudente arbitrio judicial el que determinará si, en caso de haber existido, el asesoramiento resultó o no "adecuado".

Finalmente, la última parte de la norma dispone que, en caso de que el bien sea importado, regirá la misma obligación en cuanto a la entrega del manual y a la prestación del adecuado asesoramiento, quedando en cabeza del proveedor la carga de su correcta traducción al idioma nacional.

147. Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 197.

CAPÍTULO III
Condiciones de la Oferta y Venta

Artículo 7. Oferta*

La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley.

(Ultimo párrafo incorporado por art. 5 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008). Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 972, 990, 991, 1099, 1100, 1103, 1104, 1105, 1106, 1108 del CCCN.*

El artículo en comentario viene a resolver el arduo problema de la oferta dirigida al público consumidor.[1] Así, la incorporación del instituto de la oferta al público vinculante es uno de los mayores logros del derecho del consumo, en tanto responde a la realidad de la sociedad actual, en la que las ofertas ya no se encuentran individualizadas, y en

* Comentario sobre el artículo 7 por Julián Lamanna.

1. La problemática de la oferta al público de bienes y servicios por parte de los comerciantes y empresarios subsume un conflicto de larga data. Pasquau Liaño señala que: "es conocido el debate sobre si la publicidad constituye una declaración de voluntad equiparable a una oferta contractual *ad incertam personam*, o si se trata más bien de una *invitatio ad offerendum* o incitación a que por parte del público se formulen ofertas de contrato. La cuestión es de sumo interés, porque si optamos por la primera posibilidad, entonces bastará con la aceptación de un destinatario para que se considere perfeccionado el contrato y para que, por tanto, la publicidad vincule al anunciante; si, por el contrario, entendemos que solo existe una *invitatio ad offerendum*, será necesaria entonces una nueva declaración de voluntad del anunciante, en los mismos términos, posterior a la oferta del cliente, para que quede vinculado". Pasquau Liaño, Miguel, "Comentario al artículo 8", en Bercovitz Rodríguez Cano, Alberto; Salas Hernández, Javier; (coords.), *Comentario a la ley general para defensa de los consumidores y usuarios*, p. 155, citado por Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 4ª ed., 2011, pp. 202-203, cita 1.

gran medida han quedado desplazadas por el empleo de la técnica del *marketing*, que busca aproximar al consumidor al producto y servicio puesto en circulación por los proveedores.[2]

Ocurre que, como señala Lorenzetti,[3] en materia de relaciones de consumo, "el problema es regular la oferta, publicidad, y la información, antes que la negociación"; ya que lo que se busca tutelar "es la confianza del consumidor en la oferta pública que hace el empresario, y no la negociación competitiva".

En esa inteligencia, la noción de oferta al público en materia consumeril adquiere un papel extremadamente relevante, ya que supone apartarse del régimen general regulado en el derecho común –confr. disposiciones del artículo 973 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)– y pasa a constituirse como un instituto propio del ámbito protectorio del derecho del consumidor, cuya finalidad es la de dotar de mayor transparencia y equidad a la relaciones de consumo y al funcionamiento del mercado.[4] Todo ello, en virtud de las exigencias que imprime el tráfico moderno, y la protección de los consumidores y usuarios que se encuentran inmersos en la dinámica propia de la economía de mercado, caracterizada por la oferta masiva de bienes y servicios.

Dicha realidad es aprehendida por este artículo,[5] en cuyo caso, en sus tres párrafos, regula: a) los elementos propios que debe reunir la oferta al público para ser considerada vinculante; b) las formalidades que debe cumplir el oferente para que dicha oferta sea revocada; y c) las consecuencias que derivan del incumplimiento o no efectivización de la oferta emitida.[6]

2. Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., *Tratado de obligaciones*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, T. IV, p. 299.

3. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2ª ed., 2009, p. 157.

4. Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos A., *Tratado de derecho del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I.

5. El mismo dispositivo se encuentra tutelado por la normativa del Mercosur. Grupo del Mercado Común, Resolución Nº 34/2011, art. 1.G, determina que: "Oferta vinculante se considera a todo ofrecimiento determinado o precisión publicitaria, efectuada a consumidor indeterminado por parte de un proveedor, relacionada con la provisión de un producto o suministro de un servicio".

6. Este último supuesto es un agregado incorporado por la Ley N° 26361, BO del 07/04/2008.

Naturaleza y fundamento de la oferta al público vinculante

La oferta es una manifestación de voluntad unilateral autosuficiente que tiene por objeto la posible celebración de un contrato cuya conclusión depende solamente de la aceptación por el destinatario.[7] Por lo tanto, se refiere a uno de los presupuestos que hacen a la formación del consentimiento como elemento del contrato.[8]

Así las cosas, la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), cuando regula el caso de la oferta a potenciales consumidores indeterminados, se refiere, en definitiva, a una de las fuentes de la relación de consumo: el contrato. Este hecho se patentiza en la técnica normativa seguida por el legislador que, aunque cuestionada,[9] bajo el capítulo III, denominado "Condiciones de la Oferta y Venta", se refiere a la tutela del consumidor en las diferentes fases del contrato de consumo. La oferta es una de ellas, precisamente, la etapa de su formación,[10] y de ahí que exista una estrecha vinculación con la publicidad como elemento integrante de la oferta.[11]

7. Santarelli, Fulvio, "La formación del consentimiento contractual. La oferta y aceptación", en Stiglitz, Rubén S. (dir.), *Contratos. Parte General*, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. I, p. 171.

8. La oferta es normada por el Código Civil y Comercial de la Nación, Libro III, Título II, Capítulo 3, Sección 1ª, arts. 971 a 983.

9. Particularmente, Farina cuestiona la metodología utilizada en la norma a la que cataloga de inapropiada, ambigua e incorrecta, en tanto se refiere a las "condiciones de oferta y venta", cuando, a decir verdad, tutela las diferentes etapas de formación del contrato que se aplica a todos sus tipos y no únicamente a la compraventa. Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 199-200.

10. Así, se dijo que "las precisiones del oferente realizadas a través de los mecanismos de información al consumidor y publicidad comercial, son vinculantes para el empresario por la generación de confianza que implican, y la conducta de aquel, relativa a la información, tiene relevancia desde los momentos previos a la perfección del contrato, o sea, aquellos en los que cada futuro contratante espera confiadamente las manifestaciones de conducta del otro".
CNACAF, Sala I, "Diners Club Arg Sac y T c/ DNCI -disp. 259/01-", 21/02/2008 (referencia online: MJ-JU-M-40396-AR).

11. La publicidad es el medio por excelencia para la introducción de la oferta en el mercado; lo que fundamenta la incorporación de sus precisiones en el contrato y su obligatoriedad para el oferente (art. 8 de la LDC y art. 1003 del CCyCN). Pues, tal como enseña Lorenzetti, "es sabido que la publicidad tiene una incidencia en el comportamiento económico y negocial de los consumidores en el mercado y en el tráfico

No obstante, si bien la regulación se refiere al caso de la oferta como elemento del consentimiento, lo cierto es que la normativa especial se aparta del régimen general sustentado por el Código Civil y Comercial. Razones de eminente orden protectorio imponen esta solución.

Conforme el artículo 973 del código unificado, "la oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que hagan ofertas, excepto que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente". Dicho precepto es consecuencia de una de las posturas sustentadas en derredor del artículo 1148 Código Civil y del artículo 454 del Código de Comercio, que consideraba que la oferta solo podía realizarse a personas determinadas, de modo que la dirigida al público solo constituía una invitación a escuchar ofertas que realizaba el emisor.[12]

Como hemos señalado, la dinámica de la economía moderna, caracterizada por el ofrecimiento masivo de bienes y servicios implicó que, en materia de relaciones de consumo, deba adoptarse un criterio sustancialmente diferente: el de oferta al público vinculante. Pues, el derecho del consumidor debe contener respuestas concretas y de aplicación directa e incondicionada a las diversas cuestiones de la problemática del consumidor.[13]

A este respecto, en los antecedentes que sirvieron de fuente al art. 7 de la LDC,[14] se justificó la solución actual en base a la opinión de

jurídico, y en un mercado de libre competencia, la publicidad incita al consumidor y promueve la contratación de bienes y servicios". Lorenzetti, Ricardo L., *op. cit*., p. 180.

12. Mosset Iturraspe, Jorge, *Contratos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1995, pp. 115-116; López de Zavalía, Fernando J., *Teoría de los contratos. Parte General*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 3ª ed., 1984, T. I, p. 118 y ss.; Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2004, T. I, pp. 556-557. Segovia, Lisandro, *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina*, Buenos Aires, 1933, p. 6.

13. Stiglitz, Gabriel, "Evolución del derecho del consumidor en Argentina", en Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos A., *op. cit*. En esa línea de ideas, se dijo que "... la intención del legislador en la ley de defensa del consumidor, fue la de crear un sistema de protección y defensa integral, partiendo del presupuesto de una situación de debilidad del consumidor frente a su contraparte, y en ese sentido las normas tienen como finalidad proteger la buena fe del público general, que es a quien va dirigida la oferta...". CNACAF, Sala I, "Serra Lima S.A. c/ SIC y M Disp DNCI497/00", 19/04/01.

14. Ver los fundamentos del art. 3 del Anteproyecto Alterini, Atilio A.; López Cabana, Roberto M. Stiglitz, Gabriel A., en Stiglitz, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1990, pp. 128-129.

Zachariae, citada en la nota del art. 1148 del Código Civil. El autor alemán explicaba que "... no es necesaria la determinación de la persona, que todos los que ejercen públicamente un comercio o una industria, y que anuncian al público los efectos que venden y los precios de ellos, están obligados a la venta desde que se presenten compradores".[15]

Esta circunstancia importa considerar que lo realmente tutelado es la confianza del consumidor, representada en la legítima expectativa de que el bien o servicio ofrecido al público sea objeto de adquisición en los términos y modalidades pactadas por quien lo ofrece –en la medida en que concurran los presupuestos de la oferta–, y no un mero anuncio que pueda ser modificado o retractado al momento de la operación, cuya única finalidad sea atraer clientes incautos, pero sin un compromiso fidedigno ante ellos.

Por lo tanto, en materia consumeril no rige la disposición sustentada en el derecho común,[16] en tanto esta no permite afianzar la seguridad jurídica y la protección de los consumidores en el marco de una sociedad de consumo altamente masificada.

Por ello, la solución normativa implica considerar que la oferta al público de bienes o servicios emitida por un proveedor se constituye como una declaración unilateral de voluntad,[17] que presenta un inequívoco carácter vinculante. Bastará, entonces, con que el destinatario –potencial consumidor– la acepte para que el contrato se considere perfeccionado en los términos propuestos.[18]

Así, la oferta al público, caracterizada modernamente como "oferta permanente", supone que, frente a la aceptación por parte del consumidor o usuario, el contrato quedará perfeccionado, por lo que,

15. Según nota explicativa del art. 1148 del Código Civil, con cita del jurista alemán Zachariae.

16. A este respecto, las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015 concluyeron que: "Dadas las diferentes estructuras contractuales legisladas en el Código Civil y Comercial de la Nación –contratos paritarios, por adhesión y de consumo–, cabe considerar que la invitación a ofertar regulada en el art. 973 no contempla a los contratos de consumo, en tanto a estos se le aplica la normativa específica".

17. Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., *op. cit.*, p. 300.

18. Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J., *op. cit.*, p. 557; Alterini, Atilio A.; Ameal, Oscar J.; López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2003, p. 781.

ya no podrá existir la revocación del mismo, en tanto pasa a regir su pleno efecto vinculante –conf. artículo 958 del CCyCN–. De ahí que, la solución normativa frente al incumplimiento de la oferta otorgue al consumidor las acciones previstas en el artículo 10 bis, referidas, específicamente, a tutelar la lesión al interés de prestación; aspecto sobre el que volveremos *infra*.

Técnica normativa. Requisitos para que la oferta al público sea considerada vinculante

Habida cuenta del carácter vinculante de la oferta dirigida al público consumidor, el legislador se ha ocupado de describir los diferentes requisitos que deben concurrir para que el instituto cobre virtualidad.

Para ingresar en el tratamiento de los mismos, es imperioso señalar los caracteres propios de la oferta. Pues, el dispositivo consumeril modifica al régimen general en lo que hace a determinados elementos estructurales de la oferta; y, de ahí que creemos metodológicamente correcto analizar las pautas del artículo a través de los caracteres tradicionales de la oferta y qué modificaciones impone el régimen especial.

Así, se ha entendido que la oferta debe: a) ser dirigida a persona determinada o determinable; b) ser efectuada con la intención de obligarse; c) contener las precisiones necesarias para establecer los efectos del contrato en caso de ser aceptada.[19]

Oferta dirigida a potenciales consumidores indeterminados

El aspecto más relevante de la norma es que la oferta de bienes o servicios no debe necesariamente ser dirigida a persona determinada o determinable para ser vinculante, ya que la misma será obligatoria en todos los casos en que sea dirigida a potenciales consumidores indeterminados. Ello implica que la "determinabilidad" del sujeto deja de ser esencial para que la oferta sea válida,[20] en tanto adquiere mayor

19. Leiva Fernández, Luis F. P., *Tratado de los contratos*, Buenos Aires, La Ley, 2017, T. I, p. 130.

20. Ibídem, pp. 130-131. Para la teoría tradicional, la determinación del sujeto a quien se realiza la oferta atañe al carácter receptivo que se le otorga, de modo que la voluntad destinada a crear un contrato, debe estar dirigida a alguien en particular, de allí el

relevancia la protección de la confianza del consumidor. Esto es lo que manifiesta la diferencia estructural de este dispositivo con la regulación establecida en el artículo 973 del CCyCN.

En lo que hace a la técnica normativa, el artículo 7 de la LDC se refiere tanto al concepto de "oferta dirigida a potenciales consumidores indeterminados", como así también, al supuesto de "oferta hecha pública". El legislador ha dado un tratamiento sinónimo a ambos supuestos, por lo que, su utilización indistinta se impone.[21] Sin embargo, cabe considerar que toda oferta hecha pública será considerada realizada a potenciales consumidores indeterminados.[22]

Por su parte, es elocuente el término utilizado para describir al sujeto pasible de la oferta –potenciales consumidores indeterminados–, que más allá de ciertas sutilezas, tiene una indudable función interpretativa.

Según la RAE, el término "potencial" supone aquello que "puede suceder o existir" y la locución "indeterminado" se refiere a lo que "no es concreto ni definido". A nuestro parecer, la terminología utilizada rebasa el concepto de persona "determinable" y, por lo tanto, al tratarse de "potenciales consumidores indeterminados", el legislador ha otorgado un sentido sumamente amplio, cual comprenderá, incluso, a los supuestos donde el sujeto que habrá de contratar aún no ha surgido.[23]

En ese sentido, será potencial consumidor indeterminado toda persona que conozca o sea susceptible de conocer la oferta, a través de diferentes canales de comercialización y publicidad del proveedor, como pueden ser circulares, prospectos, ofertas *web* o en redes sociales, ofertas telefónicas, notas de pedido, entre otras.

---

concepto de persona determinada que aparece en el art. 972. De este modo, no cabe duda que la "determinabilidad" del eventual aceptante está relacionada estrechamente con la exigencia de reunir todos los elementos constitutivos del contrato ya que si el eventual aceptante no es determinado ni hay pautas para determinarlo al momento de la oferta, esta será inválida por no reunir todos los elementos constitutivos del contrato.

21. La pretendida sinonimia por el artículo presenta algunas imprecisiones, en tanto el término "potenciales consumidores indeterminados" se refiere al tipo de sujeto a quien se dirige la oferta, mientras que el término "oferta hecha pública", supone el medio de difusión de la misma. De todos modos, la anuencia de ambos conceptos supone considerar que podrá existir oferta vinculante, aun cuando no sea difundida públicamente, siempre que sea dirigida a potenciales consumidores indeterminados.

22. Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 210.

23. Ibídem, p. 207.

No obstante, también serán obligatorias las ofertas que no sean difundidas por un medio público, en la medida en que sean dirigidas a potenciales consumidores indeterminados. Este es el caso de las mercaderías exhibidas, con su precio, en el local comercial,[24] ya que la mera solicitud del consumidor para que se entregue el producto implicará la aceptación de la oferta y el consiguiente perfeccionamiento del contrato.

Intención de obligarse

La oferta, como declaración unilateral de voluntad, tiene por finalidad la formación de un contrato, razón por la cual, la manifestación debe ser seria, es decir, con la intención de obligarse (conf. artículo 972 del CCyCN), lo que implica que la oferta sin *intetio iuris* o que se realiza *iocandi causa* no puede ser considerada una oferta contractual. Habría aquí un defecto en su estructura, lo que la torna ineficaz.

Si bien el abordaje de esta temática en el ámbito del derecho común no tiene mayores incidencias, en materia consumeril esta circunstancia puede despertar situaciones conflictivas. Esto se debe a las diferentes técnicas de *marketing* y publicidad que buscan generar un efecto sorpresivo en los consumidores, y que pueden implicar la verosimilitud de una oferta seria,[25] amén de la posibilidad que dicha publicidad sea catalogada como engañosa.

A este respecto, deberá ponderarse el caso concreto,[26] conforme el grado de verosimilitud de aquello que es ofrecido, las caracterísi-

24. Ibídem, p. 210.

25. Aquí adquiere relevancia el conocido caso "Leonard v. Pepsico, Inc.," resuelto por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, donde en virtud de una publicidad de la demandada, en la cual se establecía como premio de canje, por cierta cantidad de puntos, un avión de combate, se demandó el cumplimiento de la oferta, al considerarse que dicha oferta era válida. Si bien, la demanda fue desestimada con base en la carencia de efectos vinculantes de la oferta por catálogos, lo cierto es que el caso supuso interpelar a las técnicas de marketing y publicidad que pueden inducir a los consumidores a creer que una oferta sin intención de obligarse termine siendo considerada como una oferta válida. Ver: United States District Court for the Southern District of New York, "Leonard v. Pepsico, Inc", 88 F. Supp. 2d 116, 05/08/1999, Justia US Law. Disponible en https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/88/116/2579076/ [fecha de consulta: 20/06/2023].

26. Así también: Pratesi, Juan C.; Fernández Barredo, Ramiro, "Consentimiento. Formación. Vicios", en Martorell, Ernesto E. (dir.), *Tratado de los contratos de la empresa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2016, p. 132.

cas del público consumidor al que se dirige y el medio de difusión; tomando como pauta de análisis, respecto de la conducta del proveedor, aquello en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor (conf. artículo 961 del CCyCN).

De considerarse que la oferta, primigeniamente *iocandi causa*, implica una oferta seria en la creencia del público consumidor, la misma pasará a ser vinculante, con todos los efectos que ello supone.

En ese sentido, es interesante citar un precedente actual, en el cual, la Secretaría de Comercio Interior, a través de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje en Consumo, imputó administrativamente a una reconocida empresa de alfajores por la presunta publicidad engañosa e incumplimiento de la oferta en los términos de los arts. 4 y 7 de la LDC. En tal precedente, la compañía realizó publicaciones en las que ofrecía una caja navideña con productos de la marca a todos aquellos que compartieran su número de CUIL y posteriormente, pasadas más de dos horas, expresó que se trataba de un engaño en conmemoración del "Día de los Inocentes".[27]

Precisiones sobre el contenido

Con este elemento, la doctrina se refiere a la competitividad o autosuficiencia de la oferta, entendiéndose con ello que la oferta debe contener todos los elementos constitutivos del contrato, de tal forma que le permita a su destinatario concretar el consentimiento mediante su aceptación lisa y llana.

Particularmente, el artículo 7 determina ciertos elementos que debe contener la oferta, considerado así como pautas mínimas a las que se encuentra obligado el proveedor, de modo que se ha hipertrofiado su autosuficiencia. Así, el artículo establece que la oferta "… obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones".

Esta solución normativa debe complementarse con lo dispuesto por el artículo 7 inciso A del decreto reglamentario 1794/98, el cual dispone: "En la oferta de bienes o servicios realizada en el lugar donde los

27. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/noticias/defensa-de-las-y-los-consumidores-imputo-havanna-por-publicidad-enganosa [fecha de consulta: 24/07/2023].

mismos se comercializan se podrán omitir las fechas de comienzo y finalización, en cuyo caso obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice. La oferta realizada fuera del lugar de comercialización deberá contener siempre el plazo de su vigencia. Cuando el proveedor limite cuantitativamente su oferta de productos y servicios, deberá informar la cantidad con que cuenta para cubrirla. Cuando por cualquier causa en una oferta se hubieren incluido precisiones contradictorias, se estará siempre a la más favorable al consumidor o usuario".

Conforme las pautas legales, en la oferta de bienes y servicios deben existir precisiones temporales –duración de la publicidad– y precisiones operativas –modalidades, condiciones o limitaciones–. Ello, porque el contenido de la oferta se encuentra estrechamente vinculado con el derecho de información (artículos 4 de la LDC y 1100 del CCyCN), de modo que el consumidor cuente con todos los elementos necesarios para decidir su aceptación o no, conforme a sus necesidades o posibilidades.[28]

Respecto al primero de los presupuestos –la temporalidad–, esta posee una relevancia mayúscula, en tanto la oferta obliga al proveedor durante el tiempo en que se realiza.

Sin embargo, como bien señala el decreto reglamentario, las precisiones temporales siempre deben constar cuando la misma se realiza fuera del establecimiento comercial; mientras que, aquella que se realiza dentro de él, puede omitir dicho presupuesto, por lo que, en estos casos, la oferta permanecerá vigente en tanto se mantenga exhibida y no sea retirada. Asimismo, en aquellos casos donde la oferta determine una fecha final, pero siga siendo emitida, continuará siendo válida y obligatoria para el oferente.[29]

En cuanto al aspecto operativo de la oferta, la misma puede contener distintas modalidades o condiciones –*v. gr.* pago en efectivo, formas de financiación, adquisición de varios productos, etc.– o limitaciones cuantitativas –*v. gr.* stock limitado de productos–. En todos los casos, el proveedor debe indicar cuántas unidades del bien posee para responder a la oferta y en el caso de los servicios la cantidad

28. Córdoba, Lucrecia, "Comentario al art. 7 y 8", en Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de defensa del consumidor*, Hammurabi, 2ª ed., 2019, p. 94.

29. Chamatropulos, Demetrio A., *Estatuto del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2019.

con que cuenta para dar cumplimiento (conf. artículo 7 del Decreto 1798/94),[30] de modo que, leyendas tales como "hasta agotar stock" son inoponibles al consumidor.[31]

Por último, es menester señalar que al ser la oferta vinculante, el precio ofrecido es el que debe reputarse como válido para la contratación. De este modo, la por entonces Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor dictó la Resolución 7/2002, mediante la cual determinó la obligatoriedad de su exhibición en caracteres destacados y en moneda nacional, cualquiera sea el canal de difusión de la oferta.[32] El incumplimiento a esta disposición –prevé la norma– implica la aplicación de las sanciones previstas en la Ley Nº 22802.

Oferta y comercio electrónico

Por su aspecto cuantitativo y eminentemente actual, merece un tratamiento apartado el caso de la oferta realizado por medios electrónicos que, aunque no se encuentra regulada por la LDC, sí ha tenido recepción por el CCyCN.

Conforme lo dispuesto por el artículo 1108 del CCyCN:

> ... las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación.

La norma exhibe las primeras regulaciones en materia de comercio electrónico, con un indudable basamento en las disposiciones

30. Frente a la aplicación de una multa a una compañía aérea que no consignó el cupo limitado de asientos respecto de una oferta de viajes, el Tribunal que confirmó la sanción administrativa sentenció que "...el dec. 1798/94, al exigir informar cuál es la cantidad de plazas disponibles cuando se trata de un cupo limitado de ofertas, no excede ni vulnera el espíritu de la norma que reglamenta, pues se limita a detallar o explicar la forma en que debe realizarse la oferta cuando existe una limitación cuantitativa referida por la ley, con el fin de evitar engaños y de que quede, por el contrario, bien determinado que la oferta está sometida a limitaciones. CNACAF, Sala V, "Aerolíneas Argentinas SA c. Dirección Nacional de Comercio Interior", 28/09/2005. (referencia: AR/JUR/6115/2005).

31. Córdoba, Lucrecia, "Comentario al art. 7 y 8", en Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de defensa...*, *op. cit.*, p. 96.

32. Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, Res. Nº 7/2002.

establecidas por el artículo 7 de la LDC. Así, la oferta realizada en páginas webs o *e-commerce* debe tener un plazo de vigencia determinado, ya que, en el caso contrario, la misma será considerada vigente durante el plazo en que permanezca accesible al consumidor o usuario.

En palabras de Tambussi, la solución propugnada por el código unificado viene a dar respuesta a la problemática del mundo del comercio electrónico, signado por imprecisiones o falta de actualización de las páginas webs de la proveedores que dejan subsistentes ofertas, que el consumidor cree vigentes y aspira exigir su cumplimiento, aunque reciba la negativa del proveedor cuando hace uso de ellas.[33]

Asimismo, la norma determina que deberá recibirse la confirmación de la aceptación por medio electrónico, aunque no determina consecuencia jurídica alguna por su incumplimiento.

Sobre este último punto, mientras alguna doctrina considera que la confirmación de la aceptación no hace al perfeccionamiento del contrato, que debe considerarse concluido por la recepción de la aceptación por el oferente, aun cuando él no dé cuenta de ella al consumidor;[34] otros opinan que, ante la falta de regulación, deberá recurrirse a los principios generales establecidos por el CCyCN como a los específicos del régimen legal del consumidor.[35]

A nuestro parecer, la falta de comunicación de la recepción resulta inocuo a los fines de la celebración del contrato, en tanto, de probarse la aceptación por parte del consumidor, sin que medie respuesta en un plazo razonable, el contrato se encuentra celebrado. Pues, existe al respecto un deber de expedirse por parte del proveedor, de modo que el silencio debe ser considerado como aceptación (art. 263 del CCyCN). Una interpretación contraria implicaría que el proveedor que no cumple la ley, se encuentre en mejores condiciones que quien sí lo hace; circunstancia intolerable frente a los principios que deben regir en materia consumeril y en todo estado de derecho.

33. Tambussi, Carlos E., *Contratos de consumo*, en Bueres, Alberto J. (comp.), *Incidencias del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, vol. IV, p. 106.

34. Stiglitz, Rubén, "Comentario a los arts. 1092 a 1111", en Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián; Herrera, Marisa (dirs.); *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, T. III, p. 509.

35. Alterini, Jorge H., *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2016, T. V, p. 948.

Errores y omisiones en las precisiones en la oferta

Por último, cabe preguntarse qué sucede en aquellos casos donde la oferta presenta errores en sus precisiones o cuando no cumple con los elementos para su determinación; en estos casos: ¿sigue siendo vinculante?

Tanto en uno como en otro caso, la respuesta dependerá del tipo de error u omisión en que ha incurrido el proveedor.

Errores en las precisiones de la oferta

Comenzando por el primero de los supuestos, la oferta puede presentar errores en su configuración, los cuales, mayoritariamente, se relacionan con el precio de los bienes ofrecidos. Así, es común que la oferta pueda presentar errores aritméticos del precio, de modo que este es sustancialmente inferior a los ofrecidos por otros empresarios en el mercado o, directamente, es irrisorio.

Lo cierto es que, al tratarse de errores en la manifestación de la voluntad, esto hace aplicable la solución propugnada respecto al denominado "error obstativo", cuya regulación se encuentra plasmada en el artículo 270 del CCyCN. Así lo ha entendido lo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, para lo cual señaló que "… habiendo querido la demandada vender por una suma mayor, ofreció vender por una suma menor al transmitir su declaración de voluntad. Es decir, hubo una divergencia entre la voluntad y lo declarado".

Sin embargo, el error obstativo deberá ser esencial y reconocible a los fines de dotar de ineficacia al acto jurídico que implica la oferta realizada; lo que sellará la suerte de todo reclamo que pueda predicar un consumidor frente a la no efectivización de la oferta.

De este modo, la esencialidad estará definida por el hecho de tratarse de una suma sustancialmente diversa a la reclamada. Pues, así lo establece el artículo 267 inciso e del CCyCN, al señalar que "el error de hecho es esencial cuando recae sobre: […] suma diversa a la querida".

Por su parte, respecto a la recognoscibilidad del error, aquí dependerá si el destinatario de la oferta lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar; tomando como

parámetro la diligencia exigida a un consumidor o usuario, representada en la diligencia de un hombre medio dotado de inteligencia normal.[36]

En ese sentido, se dijo que "no es forzado concluir que los actores pudieron sin dificultad reconocer el error contenido en la oferta pública publicitaria concretada por la demandada, toda vez que la manifiesta exigüidad del precio transmitido con relación al que tenían otros productos similares en la misma época y publicidad, no podía pasar desapercibida ni entenderse como correcta. El yerro en la oferta pudo y debió ser reconocido…".[37]

En definitiva, en la medida que el error en las precisiones de la oferta configura un caso de error obstativo, que reúna las notas de esencialidad y recognoscibilidad,[38] la oferta realizada deberá considerarse ineficaz; siendo a este respecto aplicable la sanción de nulidad prevista para el caso de error como vicio de la voluntad.[39] En conse-

36. Silvestre, Normas O., *Obligaciones*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2017, p. 238.

37. CNACom, Sala D, "Agosti Facundo Gabriel c/ Compumundo S. A. s/ Sumarísimo", 30/05/2023 (referencia *online*: MJ-JU-M-144276-AR).

38. La recognoscibilidad adquiere particular importancia, en tanto, si bien puede existir un error por parte del oferente, el error obstativo solo cobrará virtualidad en la medida que pueda ser reconocido por el destinatario. Por ello, debe ser evaluado con un criterio de razonabilidad, en base al contexto del mercado propio del bien o servicio ofrecido. Así, respecto de la venta de pasajes aéreos a un costo exiguo, pero en el marco de una campaña publicitaria de varias empresas, se dijo que "como se ha resuelto con anterioridad, al haberse adquirido los pasajes a la tarifa fijada por la aerolínea, mediante una agencia de viajes habilitada –en este caso fue mediante la propia página web de la empresa– y en el contexto del mentado *Travel Sale*, no parece razonable sostener que el consumidor pudo advertir que su bajo precio respondió a un error de la empresa. Es sabido que la igualación de los precios, incluso con los de las aerolíneas de bajo costo, es una práctica de competencia habitual en el sector (de hecho, al parecer, el error que originó este pleito fue causado porque un analista de precios de UA buscó igualar una tarifa ofrecida por la aerolínea Quantas; lo que refuerza la idea de que el precio de los pasajes no fuera percibido por los destinatarios como una equivocación de la empresa aérea)". CNACiv y Com Federal, Sala III, "Osa Federico c/ United Airlines Inc. s/ Incumplimiento de contrato", 04/08/2022 (referencia online: MJ-JU-M-138227-AR).

39. El art. 270 establece que son aplicables las disposiciones en materia de error como vicio de la voluntad al denominado error en la declaración de voluntad o "error obstativo". De este modo, toda discusión en torno a la sanción de invalidez por inexistencia que se generó en derredor del Código Civil ha sido zanjada y, por lo tanto, no quedan dudas que, de producirse un caso de error obstativo, la sanción será la nulidad y no la inexistencia del acto. Así las cosas, la distinción no es baladí, sino que, en los casos de nulidad por vicio, la misma es relativa y, en consecuencia, subsanable; en cambio, de tratarse de

cuencia, el proveedor no estará obligado a cumplir con la oferta, en tanto opera la nulidad del acto jurídico que supuso la declaración unilateral de voluntad viciada.

No obstante, es menester aclarar que la configuración de un error obstativo en las precisiones de la oferta no ampara los casos de publicidad engañosa, en los cuales el precio ínfimo de la oferta se debe a un esquema publicitario destinado a atraer clientes incautos.[40] Aquí, el carácter vinculante de la oferta dependerá de la conducta de las partes, atendiendo al principio de la buena fe negocial y la razonabilidad de las expectativas esperadas.[41]

Omisiones en el contenido de la oferta

Por otro lado, también adquiere relevancia el hecho de que la oferta presente omisiones respecto a su contenido, sobre todo, teniendo en cuenta que, conforme el artículo 7 de la LDC, la oferta debe indicar las modalidades, condiciones o limitaciones a las que está sujeta. La cuestión, entonces, implica desdeñar qué efectos tendrá una oferta que no presente dichos elementos, o más aún, cuando no indique alguno de sus elementos esenciales, como lo es el precio.

---

un acto inexistente, el mismo no podrá producir efecto alguno, aún frente a actos de saneamiento posterior. La solución así adoptada, implica que la oferta podrá llegar a considerarse válida, si del proveedor emanan actos que pueden predicar un supuesto de confirmación del acto nulo (CCyCN, arts. 393 y ss.). Sobre el tema, ver: CNACom, Sala D, "Agosti Facundo Gabriel c/ Compumundo S. A. s/ Sumarísimo", 30/05/2023 (referencia *online*: MJ-JU-M-144276-AR), voto del Dr. Pablo Heredia, considerando "g".

40. CNACom, Sala A, "Piccardi Marcelo Nicolás c/ Viel Automotores S.A. S/Ordinario, 21/11/2019.

41. Así, en el marco de un reclamo judicial de un consumidor respecto a la oferta de venta de un vehículo a un precio sustancialmente inferior, ofrecido mediante una plataforma electrónica, se dijo que: "El contexto fáctico descripto muestra que la publicidad efectuada por la demandada tuvo componentes que bien pueden justificar catalogarla de engañosa, pero la actitud de la actora que no pudo, sana y verosímilmente, ignorar la falla de que, el precio publicado, no podría ser el final, con lo cual, la evidencia muestra que ambas partes contratantes son culpables en su accionar, al tiempo de la manifestación del consentimiento para la celebración del contrato sub examine, el juez no puede tener por formalizado el contrario y debió, como lo hizo, rechazar los reclamos recíprocos…". CNACom., Sala A, "Fedeli Analía Vanina c/ Brendson Autos S.A. s/Ordinario, 17/11/2021. (referencia *online*: MJ-JU-M-135440-AR).

Para autores como Farina, aun frente a los casos donde la oferta no pueda considerarse en sentido estricto –por faltarle algunos de los elementos establecidos en el art. 7–, debe ser considerada vinculante, en tanto supone la creación de una situación jurídica para el proveedor si especifica su objeto, aunque omita las demás condiciones de contratación, ya que dicho anuncio puede incidir en la conducta ajena y, en la medida que ello ocurra, se debe otorgar protección jurídica al sujeto que depositó su confianza en la apariencia creada por quien efectuó la oferta.[42]

Sin embargo, consideramos que es más apropiada la solución indicada por Lorenzetti al señalar que la oferta será vinculante solo si se han omitido los datos referentes a elementos que hacen a la mayor comprensión del consumidor pero que no son los sustanciales.[43] Pues, a nuestro entender, para que la oferta sea vinculante, bastará que existan algunos de los elementos sustanciales de la oferta, siendo aún válida en los casos donde no se indiquen sus limitaciones temporales u operativas, pero no cuando de la oferta no puedan llegar a conocimiento del consumidor sus precisiones básicas para aceptarla.[44]

En esa línea de ideas, se resolvió que

> … para que exista oferta al público esta debe tener la virtualidad de que una aceptación perfeccione el contrato sin más, pero si el aviso al público no precisa las características del bien o servicio ofrecido, ni el precio, ni el modo de pago, no existe la posibilidad de que cualquier persona manifieste su aceptación lisa y llana para que se pueda tener por perfeccionado el contrario; en cambio si el aviso da precisiones sobre el precio y la forma de pago del bien o servicio, podrá entenderse, según las circunstancias, que hay oferta.[45]

42. Farina, Juan M., *op. cit.*, p. 213.

43. Lorenzetti, Ricardo L., *op. cit.*, p. 197.

44. En esa línea de ideas se expresa el Anteproyecto de "Ley de Defensa del Consumidor", presentado en fecha 2018-2019, en cuyo art. 57 determina que: "La oferta es la declaración unilateral de voluntad dirigida a persona determinada o al público, realizada con la intención de contratar por medio de ella si es aceptada y que contiene los elementos y cláusulas suficientes para formar un contrato. Se equipara en sus efectos a la oferta toda información o publicidad, difundida por cualquier medio de comunicación con relación a productos o servicios, que se proporcione por medios publicitarios, *siempre que cumpla con los requisitos establecidos para la oferta*". (La cursiva nos pertenece).

45. CNACAF, Sala III, "Fundación Universidad Católica Argentina c/ DNCI -Disp. 154/10", 12/04/2011" (referencia *online*: MJ-JU-M-70496-AR). Asimismo, se dijo que "… el anuncio o aviso debían considerarse igualmente una 'oferta', en la medida que en ese

De todos modos, cabe señalar que las disquisiciones técnicas así planteadas en modo alguno pueden convertirse en artilugios para que el proveedor deslinde su responsabilidad, amparándose en la falta de elementos esenciales de la oferta. Aquí, coincidimos con Chamatrópulos en que los proveedores que incurran en esa conducta podrían ser acusados de incurrir en prácticas comerciales abusivas, pues a un consumidor le resultará muy difícil distinguir ese tecnicismo jurídico y saber cuándo se le está ofertando y cuándo no.[46]

Aceptación de la oferta

La contracara de la oferta será la aceptación de la misma por parte del consumidor o usuario, lo que implicará la conclusión del contrato (conf. artículo 978 del CCyCN).

En esta temática, reviste especial importancia los casos donde la aceptación de la oferta no puede ser acreditada por el consumidor, ya sea, por defectos en la técnica utilizada o porque ello no puede probarse. Particularmente, cobran relevancia aquellos casos de comercio electrónico donde no se presentan los mecanismos necesarios para manifestar la voluntad de adhesión a la oferta.

A este respecto, será considerada como aceptación toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta. En su caso, el silencio importará aceptación solo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (conf. artículo 979 del CCyCN).[47]

---

anuncio se establecieran de manera concreta los elementos necesarios para el perfeccionamiento del contrato que se promete, pues lo que caracteriza a la oferta es la posibilidad de que, ante la aceptación de un potencial consumidor, se perfeccione el contrato en cuestión". CNACom., Sala A, "Piccardi Macelo Nicolás c/ Viel Automotores S.A. S/Ordinario, 21/11/2019.

46. Chamatropulos, Demetrio A., *op. cit.*, 2019.

47. Así, se ha considerado válida la aceptación efectuada mediante carta documento remitida a una concesionaria de automóviles que publicó la oferta de un vehículo mediante una plataforma de comercio electrónico. CNACom, Sala A, "Piccardi Marcelo Nicolás c/ Viel Automotores S.A. S/Ordinario, 21/11/2019.

Modificación y revocación de la oferta

Está claro que el proveedor podrá modificar o revocar la oferta emitida inicialmente, pero para ello, la LDC establece un mecanismo específico, en miras a la protección de la confianza de los consumidores. Dicho mecanismo permite determinar a partir de cuándo la modificación o revocación puede considerarse oportuna y, por lo tanto, eficaz.

En ese sentido, el artículo 7 determina que "la revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer". Así, se plantea un principio de paralelismo, mediante el cual, la forma de modificar o revocar la oferta debe ser la misma a partir de la cual la oferta se hizo conocida. Esto es lo que permitirá determinar la oportunidad de dicha modificación o revocación, en tanto que, si el consumidor ya la hubiere aceptado, la manifestación no podrá ser considerada válida.

De este modo, habrá que diferenciar si la oferta es realizada en el establecimiento comercial, o por otros medios –*v. gr.*: páginas webs, catálogos, circulares, etcétera–.

En el primer caso, la oferta se considerará modificada o revocada siempre que se informe de manera destacada la modificación realizada, o cuando se retire de su exhibición en el caso de revocación; en cambio, si la oferta fue difundida por otros medios, el proveedor deberá utilizar medios similares para su modificación o revocación.[48]

Incumplimiento y no efectivización de la oferta

Finalmente, la norma en comentario dispone que: "la no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47

48. Así, se confirmó la imposición de una multa formal, por violación al art. 7, a un proveedor que modificó la cantidad de puntos requeridos en un catálogo de premios, por no haber realizado su difusión por medios similares. CNACAF Sala I, "Diners Club Arg Sac y T c/ DNCI -disp. 259/01-", 21/02/2008. (referencia *online*: MJ-JU-M-40396-AR).

de esta ley".[49] Asimismo, el artículo 7, inciso b del decreto 1794/98, establece que:

> Si el proveedor de cosas o servicios no cumple la oferta o el contrato el consumidor podrá, en su caso, alternativamente y a su elección: I) exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que el incumplimiento no obedezca a un caso fortuito o fuerza mayor no imputable al proveedor; II) aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; III) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado y al resarcimiento por daños y perjuicios.

En primer lugar, es menester señalar que el artículo 7 de la LDC presenta un defecto ya que solo se refiere a la no efectivización de la venta, cuando, a decir verdad, los contratos de consumo pueden revestir una innumerable cantidad de supuestos.

Más allá de ello, lo cierto es que, frente al incumplimiento de la oferta, el proveedor podrá ser compelido al cumplimiento forzado de la obligación y, además, pasible de las multas establecidas en el artículo 47.

El primer supuesto es la acción de cumplimiento de la que dispondrá el consumidor para el caso que el proveedor incumpla la oferta señalada. Recordemos que la oferta emitida, vinculante frente a los potenciales consumidores indeterminados, hace a la etapa de la formación del consentimiento del contrato, de suerte tal que si la misma es aceptada, el contrato quedará perfeccionado con total efecto vinculante.

En ese sentido, el incumplimiento de la oferta aceptada implica el incumplimiento de las obligaciones del proveedor que emanan del contrato de consumo,[50] de modo que el consumidor podrá ejercer las acciones previstas por el artículo 10 bis de la ley. A saber: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que corres-

49. Agregado establecido por la reforma de la Ley Nº 26361.

50. Tinti, Guillermo P.; Calderón, Maximiliano R., *Derecho del consumidor*, Córdoba, Alveroni, 4ª ed., 2017, p. 60.

pondan. Esta es la solución prevista por el decreto citado. En honor a la brevedad, nos remitimos al comentario de dicho artículo.

Sin embargo, cabe señalar que la ley, además del mecanismo de cumplimiento, prevé la aplicación de sanciones administrativas por la no efectivización de la oferta –ya sea por imposibilidad de cumplimiento o negación del proveedor–, al considerar esta conducta como una infracción objetiva al plexo normativo.[51] Por ello, aquí se trata de la aplicación de las denominadas multas formales, en la que no será necesario la demostración de perjuicio alguno, sino que bastará con acreditar la infracción establecida en la ley.

Así lo tiene dicho la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, al determinar que

> … dichas infracciones son formales, y su verificación supone por sí la responsabilidad del infractor, sin que requiera la producción de un daño concreto sino simplemente "pura acción" u "omisión"; por ello su apreciación es objetiva y se configuran por la simple omisión que basta por sí para violar las normas.[52]

Artículo 8. Efectos de la publicidad*

Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.

(Artículo sustituido por punto 3.2 del Anexo II de la Ley N° 26994, BO 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 01/08/2015, texto según art. 1 de la Ley N° 27077, BO 19/12/2014).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1101, 1102, 1103 del CCCN.*

51. Shina, Fernando E., *Ley de defensa del consumidor. Comentada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022, p. 174.

52. CNACAF, III, "Supermercados Norte c/DNCI-DISP 364/04", 09/10/06.

* Comentario sobre el artículo 8 por Jorge Surin.

Como ya venimos sosteniendo,[53] la publicidad integra el contrato celebrado con el consumidor o usuario, sea que dicha publicación revista el carácter de oferta al público o que se trate de un simple anuncio publicitario. Es decir, aunque la publicidad efectuada no llegue a constituir una oferta, integra el contenido del contrato con las características, condiciones y limitaciones que la misma contenga.

Surge con claridad del texto de la Ley que la oferta integra el contrato de consumo, cualquiera sea el medio por el cual esta haya sido difundida, y así es interpretado: *"Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor"*.[54]

Ya en nuestra Constitución Nacional,[55] desde la reforma del año 1994 se determina que

> ... los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, amplía luego esa protección, agregando que "La Ciudad sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas."[56]

Y esas disposiciones constitucionales respecto a que la información suministrada por el proveedor debe ser siempre *veraz* y que se deben sancionar los avisos publicitarios que *distorsionen la voluntad de compra* del consumidor o usuario, reafirma lo expuesto en el artículo bajo análisis.

Respecto a las precisiones formuladas en publicidades y las ofertas vinculantes, se ha señalado que

> ... las normas en cuestión se enmarcan dentro de un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación que tienen por finalidad, por un lado, garantizar al consumidor una

53. Centanaro, Ivana y Surin, Jorge, *Leyes de defensa del consumidor: comentadas y anotadas*, Buenos Aires, Lajouane, 2017.

54. CNACAF, Sala V, "Tim S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones s/ Disposición D.N.C.I. N° 164/97", 15/09/1997.

55. Art. 42, CN.

56. CCABA, art. 46.

> posición de equilibrio en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios, y, por el otro, preservar la lealtad en las relaciones comerciales, de manera de evitar que se produzcan desvíos o captación potencial de clientela por medios contrarios a dicha lealtad. Este sistema encuentra su fundamento último en el artículo 42 de la Constitución Nacional, del que se deriva el derecho del consumidor a la debida información y el correlativo deber impuesto al proveedor.[57]

Más allá de lo expuesto, la normativa vigente en materia de publicidad vinculante no permite el abuso de derecho. Así, se ha afirmado recientemente que

> … la oferta pública publicitaria puede estar afectada por un error, y el hecho de que se trate de un contrato de consumo no condena al emisor a cargar con errores en los que no participa la mala fe. El contrato de consumo tampoco habilita a los consumidores a reclamar en supuestos donde la existencia del error es manifiesta, ya que, si bien la oferta pública publicitaria es considerada vinculante, tal efecto cede al comprobarse un error en la formación de la voluntad.[58]

Incluso, en la doctrina internacional citada en fallo aludido precedentemente, se ha afirmado que, además, no puede admitirse lo dicho en la expresión de agravios en el sentido de no ser posible

> … que con la simple voluntad de una de las partes –la que tiene la posición dominante en la relación de consumo, por cierto– pueda anular un contrato y evadirse de la obligación de entregar la cosa, con la simple invocación de un error interno.[59]

Es que tal modo de pensar deja de lado el problema de la recognoscibilidad del error, volviéndose la pretensión así planteada de inocultable mala fe por escindir de la problemática un componente que le es inescindible, ya que si el destinatario de la oferta podía reconocer el error, usando la diligencia ordinaria, no podía confiar en la validez del negocio y, por lo tanto, es justo que sea anulado.

57. CNACAF, Sala IV, "Alto Palermo SA c/ DNCI", 12/05/15.

58. CNCom., Sala D, "Agosti, Facundo c/ CompumundoSa", 30/05/23.

59. Alpa, Guido, *El contrato en general. Principios y problemas*, Perú, Instituto Pacífico, 2015, p. 244.

Y otro fallo similar[60] generó diversas posturas doctrinarias al respecto; se confirmó la sentencia de Primera Instancia, que rechazaba la demanda planteada por un ciudadano contra un Hipermercado, por presunta publicidad engañosa. El demandante planteaba que había retirado un folleto publicitario del establecimiento, en donde había un televisor con precio exhibido a un determinado valor y que, al querer adquirirlo, le informaron que su precio era casi diez veces mayor. Cabe aclarar que en el folleto mencionado habían publicidades voluntarias de precios de una veintena de televisores similares, todos con un precio aproximado a diez veces el valor que figuraba en el aparato en cuestión.

Lo cierto es que se rechazó el planteo del demandante, con el argumento de que en el error obstativo o impropio, la voluntad se había formado correctamente sobre un exacto conocimiento de la realidad, pero la equivocación se produce al declarar o al transmitir la voluntad. Y así fue interpretado por la Justicia, en ambas instancias.

La oferta pública publicitaria puede estar afectada por un error, y el hecho de que se trate de un contrato de consumo no condena al emisor a cargar con errores en los que no participa la mala fe. El contrato de consumo tampoco habilita a los consumidores a reclamar en supuestos donde la existencia del error es manifiesta, ya que, si bien la oferta pública publicitaria es considerada vinculante, tal efecto cede al comprobarse un error en la formación de la voluntad.[61]

Así tenemos tanto a nivel nacional, el DNU Nº 274/19 que sanciona los mensajes engañosos, como la Ley Nº 4827 CABA, que, en igual sentido, legisla casos novedosos sobre diversas formas de engañar, como tamaños ilegibles de letra en legales, ofertas sin indicaciones precisas, precios sugeridos sin informar lugares específicos donde adquirirlos o imágenes humanas retocadas digitalmente, sin comunicar esa modificación.[62]

En materia de publicidad engañosa, la normativa aludida hace referencia a cualquier clase de presentación que, mediante inexactitudes

60. CNACom., Sala D, "De Rueda, Sebastián M. c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ ordinario", 30/07/2009.

61. Furman, Adrián, "Error en la oferta pública publicitaria: un antecedente interesante", en Revista Jurídica Argentina La Ley, Vol. E, Buenos Aires, 2009, pp. 569-570.

62. Arts. 23-30, Ley Nº 4827 CABA.

u ocultamientos, pueda inducir a error, engaño o confusión al potencial consumidor o usuario, respecto de características, precio o condiciones de comercialización de bienes o servicios. Y esta redacción es similar, en principio, a la del artículo 1101, inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación.[63]

Asimismo, en el artículo 1103[64] del Código Civil y Comercial de la Nación se establecieron los mismos efectos de la publicidad mencionados anteriormente. En este sentido, se previó la integración en el contrato de todas aquellas precisiones que se encuentren contenidas en la publicidad. Por lo tanto, las especificaciones efectuadas son exigibles al proveedor oferente por el consumidor una vez perfeccionado el contrato de consumo.

Tengamos presente que las infracciones de este tipo son formales y su verificación supone por sí la responsabilidad del infractor, sin que requiera la producción de un daño concreto sino simplemente "pura acción" u "omisión"; por ello su apreciación es objetiva y se configuran por la simple omisión que basta por sí para violar las normas.

En tal sentido, no se requiere un daño concreto a los derechos de los consumidores sino la posibilidad de su existencia, y las normas legales imponen pautas y conductas objetivas, que deben ser respetadas, bajo apercibimiento de las sanciones previstas en la norma.[65]

El anuncio publicitario es la mejor forma que tiene el proveedor para hacer conocer las bondades de sus productos o servicios y así persuadir al consumidor para que este lo adquiera o contrate. Debiera contener precisiones *objetivas* respecto a las características del bien o servicio promocionado. Y por supuesto, conforme al precepto constitucional de la libertad de expresión, incluir la *subjetividad* propia que le aporta la creatividad y originalidad del anunciante.

63. Surin, Jorge, "Engaños y discriminación en anuncios publicitarios", *Perfil*. Disponible en: https://www.perfil.com/noticias/opinion/jorge-surin-enganos-y-discriminacion-en-anuncios-publicitarios.phtml [Fecha de consulta: 31/10/2023].

64. CCyCN Artículo 1103: "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente".

65. CNACAF., Sala IV, "Wal-Mart Argentina S.R.L. c/ DNCI- s/ Defensa del Consumidor", 20/11/14.

Y ese "gancho" que busca generar la publicidad en el potencial consumidor debe ser expresado con total claridad, de forma tal que sea internalizado adecuadamente por el receptor y pueda ejercer su derecho constitucional a la libre elección.

No basta con una dulce, envolvente y nítida voz de locutora o locutor entonando las bondades del producto ofertado, sino que los legales del anuncio (vigencia temporal, territorial, características, stock de unidades si se limitan, remisión a página *web* del proveedor, etc.) deben escucharse con claridad, sin aceleraciones. Y en el caso de anuncios gráficos, deben poseer caracteres tipográficos que los hagan comprensibles. Y no solo en tamaño de tipografía, sino en claridad de su lectura.

Como he sostenido,[66] el artículo 4 de la Resolución Nº 241/20 –reglamentación vigente del DNU Nº 274/19– define en su redacción, como engañosa, a la publicidad en la que la información suministrada sea incomprensible debido a la velocidad en su alocución, el tamaño de su letra, o cualquier otra característica que la desvirtúe.

Esa definición mantiene la ampliación de lo normado respecto a lo que figuraba en la derogada Resolución Nº 248/2019, en el sentido de demarcarla como la publicidad en donde la información suministrada sea incomprensible debido a la velocidad en su alocución.

La prohibición apunta a los anuncios publicitarios radiales, televisivos y de redes sociales, en donde los legales (remisión a página *web* o teléfono gratuito del anunciante para conocer más información sobre lo promocionado, vigencia territorial, temporal, stock disponible) casi siempre son difundidos con el viejo recurso de *cortar el aire* entre palabras, haciéndolas inentendibles debido a la velocidad de su alocución. Más allá de esta técnica publicitaria, que podría eventualmente obedecer a los altos costos del segundo en radio y TV y redes sociales y su consecuente ahorro al reducir el tiempo de las publicidades, lo cierto es que con la velocidad que se locutan los legales de los anuncios en esos medios, su comprensión se torna imposible. Cabe tener presente, respecto a su fiscalización, que la radiofonía es un tema de competencia federal, excepto los canales y radios locales de cada jurisdicción.

66. Surin, Jorge, "Publicidad engañosa y discriminatoria. Marco legal" en Ameal, Oscar y Centanaro, Ivana, *Manual de Derecho del Consumidor,* Buenos Aires, Editorial Estudio, Cap. V, 2022.

Como ya he sostenido, en los avisos que se difunden por internet y en la vía pública, toda la información complementaria debe ocupar como mínimo el 2% del total de la pieza publicitaria. En televisión, se exige que tenga una permanencia continua en pantalla de 3 segundos, el mismo tiempo que se establece para los avisos en radio que superen los 20 segundos de duración; si duran menos pueden indicar una página *web* o una línea 0800.[67] La normativa vigente a nivel nacional determina[68] respecto a los caracteres tipográficos de los legales en publicidades *"... la letra será legible, clara y no deberá confundir al lector..."*.

Se mantiene la definición de publicidad engañosa que figuraba en la derogada Resolución Nº 248/2019, en el sentido de definirla como la publicidad en donde la información suministrada sea incomprensible, debido al tamaño de su letra. Cabe señalar a este respecto que durante casi veinte años estuvo vigente la Resolución Nº SICyM 789/1998 hasta que fue derogada por la Resolución Nº SC 915/2017, que hoy, con sus modificaciones vigentes, establece los requisitos legales para las publicidades incluidas en los artículos 11 y 14 del DNU Nº 274/2019, 1101 del CCyCN y en los artículos 4 y 36 de la Ley Nº 24240.

Mantengo mi disidencia respecto a limitar la exhibición de las leyendas legales con expresiones del estilo de "para más información ingrese a la *web*", ya que los adultos mayores no están aún familiarizados con el uso de tecnologías. E, incluso, cualquier lector de anuncios gráficos o redes sociales tiene *derecho* a conocer la *totalidad* de las condiciones de comercialización, las limitaciones y cualquier dato que haga a la esencia misma del bien o servicio publicitado.

Lo cierto es que las previsiones incluidas en la antigua Resolución Nº 789/98 se *aggiornaron* en desmedro de los potenciales consumidores, y aquella determinación que obligaba a consignar en las publicidades emitidas por cualquier medio la información que resultare esencial para la salud, seguridad e intereses de los consumidores y usuarios, –los llamados legales–, devino en un permiso del nuevo marco legal, que le permite a los proveedores anunciantes escatimar difusión de información, mediante una simple remisión a página *web* o teléfono

67. Gioberchio, Graciela, "Las 11 claves para detectar las publicidades engañosas", *Infobae*. Disponible en: https://www.infobae.com/tendencias/2017/08/23/las-11-claves-para-detectar-las-publicidades-enganosas/ [Fecha de consulta: 31/10/2023].

68. Art. 4, punto 1) b.i. Res. Nº 915/E/17.

gratuito de la empresa anunciante, en donde sí figuren esos datos de vital importancia para comprender lo publicitado.[69]

A pesar de lo señalado, cabe destacar que la mayoría de los anunciantes continúan con la *antigua* práctica publicitaria de incluir la mayor cantidad de leyendas legales al pie del anuncio, buscando evitar una eventual sanción de los organismos de defensa al consumidor, por incumplimiento al deber de información suficiente o a la no inclusión de vigencia temporal o territorial de las ofertas, regulado en la normativa protectoria de consumidores y usuarios vigente.

Ahora bien, los mensajes publicitarios, cada vez más sofisticados, buscan siempre persuadirnos de necesitar cosas que, de no haber visualizado los mismos, no las buscaríamos.

Ya el conocido autor británico Herbert George Wells, conocido por escribir los *bestsellers La Guerra de los Mundos* o *La Máquina del Tiempo,* aún hoy exhibidos en cine o televisión por cable, también decía que la publicidad era "el arte de enseñar a la gente a necesitar cosas".

Y cuánta razón tenía. Los anuncios publicitarios siempre son maravillosamente atractivos. Su música suele ser emotiva y envolvente. Los mensajes que transmiten nos crean la idea cierta de que "la expectativa se hace realidad" respecto a lo que precisan. Incluso una reciente publicidad de una conocida marca de galletitas reafirmó ese concepto difundiendo una publicidad en donde se mostraba un chupete publicitario con la imagen gráfica de un joven y esas galletitas que, precisaba el anuncio, traían chips de chocolate, y el joven salía del anuncio y *era igual su imagen,*[70] trasmitiendo la idea cierta de que el producto promocionado traería esos ingredientes, es decir, lo que prometía el anuncio se haría realidad.

Esta nueva modalidad publicitaria resulta ser redundante, pues conforme lo determinado por el artículo 8 de la Ley Nº 24240, todo lo que se precisa se debe cumplir. Y, tanto el anuncio aludido, como otros recientes de autoplanes de ahorro donde se publicitan como "Un Plan Transparente" o aseveran mediante *Mandamientos* de tal marca de autos, "Que tu Plan para tener un Auto sea Tan Claro como las Ganas de

69. Res. Nº SC 915/2017 art. 4 (modificado por art. 22, Res. Nº SCI 248/2019 y ratificado por Res. Nº SCI 241/2020).

70. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=J0tRkApAnNY [Fecha de consulta: 31/10/2023].

Tenerlo", están repitiendo algo que es obvio. Pues si un anuncio no fuese *transparente* o *claro*, violaría los artículos 8 –precisiones de la publicidad– y 4 –deber de información– de la Ley Nº 24240 y sería pasible de una sanción, conforme lo determina la normativa protectoria de consumidores y usuarios, con multas de entre 0,5 a 2100 canastas básicas para el hogar 3 que publica el INDEC (Art. 47, Ley Nº 24240).

¿Pero cuántas veces hemos vivido en carne propia que "nos vendan gato por liebre"? Que lo precisado en la publicidad comercial no coincidía en nada con lo efectivamente adquirido. Desde aquel famoso anuncio en el que se promocionaba una hamburguesa supuestamente elaborada con lomo, y era de cuadril, hasta aquella publicidad que aseguraba que unas zapatillas tonificadoras para caminar quemaban más calorías y mejoraban la salud, y en realidad la empresa no pudo acreditar científicamente ninguna de esas afirmaciones.

O esa bebida energizante que afirmaba darte alas y, ante una denuncia colectiva de consumidores que se sintieron engañados, tampoco pudo acreditar con aval científico que diera más alas que las que da un café.

Y el caso de esa conocida empresa aérea *low cost* que, hace unos años, publicitaba pasajes de cabotaje por tramo desde 9 pesos y, en realidad, resultaba ser que el precio efectivamente final era de 299 pesos, engañando a los potenciales adquirentes y siendo sancionada por publicidad engañosa, con confirmación de la Justicia.[71]

Por ello, destacando en primer lugar la primacía del principio constitucional[72] que consagra la libertad de expresión y que, a mi entender determina que la misma debe ser el derecho "menos relativo" de todos, casi absoluto por naturaleza en materia publicitaria. Y por ello, tal como se reafirma en la normativa legal vigente de lealtad comercial,[73] los anuncios publicitarios solo pueden ser fiscalizados con posterioridad a su emisión. Incluso esta aseveración incorporada en el artículo 12 del DNU Nº 274/19 es utilizada desde hace unos años para avalar que

71. CCATyRC, Sala I, "FB LINEAS AEREAS SA c/ DGDyPC sobre Recurso Directo sobre resoluciones de Defensa al Consumidor", EXP 1067/2019-0, 30/10/20.

72. Art. 14, CN.

73. Art. 12, DNU Nº 274/19. "Control posterior. La Autoridad de Aplicación no podrá requerir autorización o supervisión previa a la difusión de la publicidad y la fiscalización se efectuará únicamente sobre la publicidad que haya sido difundida en el mercado".

las promociones sin obligación de compra, sorteos o concursos que se realizan por parte de proveedores, en los términos de la normativa de lealtad comercial[74] se fiscalizan luego de ser publicadas o emitidas.

La práctica de efectuar anuncios en redes sociales, vía pública, páginas *web*, medios gráficos, radiales o televisivos es válida, siempre y cuando informe debidamente y en forma clara, veraz, sin ocultamientos ni inexactitudes,[75] respecto a las características, modalidades y precio final –si lo incluye– de los bienes o servicios que ofrece a consumidores potenciales indeterminados.

Cabe destacar que esta modalidad de hacer anuncios originales coloca a nuestro país junto con Brasil como unos de los de mayor creatividad a la hora de elaborar publicidades. Y eso se refleja en cada festival internacional publicitario, en donde siempre nuestras agencias obtienen premios por la originalidad de sus anuncios.

La publicidad debe respetar en todas sus formas tanto la Constitución Nacional como el resto del orden jurídico, sin mengua del derecho a la libertad de expresión en materia de publicidad y de la protección de la libertad de comercio que expresa esta actividad. Ese valor constitucional no obsta a que el aporte de la nueva legislación deba necesariamente conjugarse con otras regulaciones futuras que defiendan el juego armónico entre la libertad y el deber de informar adecuadamente.[76]

Por otra parte, desde hace tiempo y con mayor presencia a partir del advenimiento de la pandemia de COVID-19 en marzo del 2020 se acrecentaron notablemente las transacciones comerciales a través de la *web* por parte de consumidores y usuarios que, a la hora de adquirir bienes o contratar servicios optaron por hacerlo desde sus hogares.

> En este contexto, en atención a la profundización de la debilidad del consumidor, la confianza emerge como uno de los principales pilares sobre los cuales descansa el comercio electrónico. Dicha cuestión fue tenida en cuenta en las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas. Allí, en la directriz 63, se estableció: "Los Estados Miembros deben esforzarse por fomentar la confianza de los consumidores en el

74. Art. 14, DNU Nº 274/19.

75. Art. 11, DNU Nº 274/19.

76. Tambussi, Carlos E., "Análisis del DNU 274/19 que deroga la Ley de Lealtad Comercial", Thomson Reuters AR/DOC/1647/2019.

> comercio electrónico, mediante la formulación de políticas de protección del consumidor transparentes y eficaces, que garanticen un grado de protección que no sea inferior al otorgado en otras formas de comercio". En la citada norma se demuestra la especial preocupación que existe con respecto a la seguridad de las transacciones electrónicas, la cual debe ser cementada por la confianza que dichos medios deben generar. Lo expuesto, permite colegir que los proveedores construyen una imagen, la cual generan expectativas en los consumidores y lo invitan a utilizar sus plataformas electrónicas para adquirir sus bienes y servicios. Por lo tanto, la confianza generada a través de los avisos publicitarios debe ser honrada por quien ofrece sus bienes y servicios utilizando los medios electrónicos, lo cual permitirá cementar las relaciones que se den el mentado marco. Por tal motivo, la publicidad efectuada por esta vía con la posibilidad de comprar con tan solo precisiones de su contenido.[77]

Las precisiones que se afirman en publicidades obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato celebrado con el consumidor. Una cosa es, por ejemplo, publicitar la imagen de una pizza que se comercializa envasada y congelada, cubierta de un queso rebosante y de excelente color, e indicar al pie del anuncio: "La imagen es a título ilustrativo. No contractual". Y otra muy distinta es, como alguna vez sucedió –sin llegar a instancia judicial–, promocionar la imagen de una pizza con morrones cubriendo la misma y resultando ser que, al adquirir el producto promocionado, la pizza no traía ese producto. Ahí sí sería una precisión incumplida y violaría los preceptos del artículo 8 de la Ley Nº 24240.

Y respecto al deber de informarse en forma veraz en las publicidades, vale recordar que

> … la obligación de informar se incumple por parte del vendedor del producto o prestador del servicio, no solo al omitir información, sino también cuando se da información de modo parcial, contradictorio o engañoso, o de cualquier otro idóneo para inducir a error a los potenciales interesados.[78]

Respecto a este tipo de conductas engañosas, y al exiguo tamaño de los caracteres tipográficos utilizadas en estas leyendas y en las que figuran siempre al pie del anuncio publicitario, *complementando e infor-*

77. CCATyRC, Sala III, "TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. c/ GCBA sobre Recurso Directo sobre resoluciones de Defensa al Consumidor", Actuación 14667546/20, EXP J-01-00265185-4/2021-0, 11/08/22.

78. CNAPE, Sala A, "Arcos Dorados S.A. s/ Ley 22.802", 09/08/04.

mando sobre las modalidades de comercialización, vigencia temporal y territorial del bien o servicio ofrecido, y exhibidas de tal forma que, más que informar parece que buscaran *desinformar*, ya desde hace muchísimos años se hablaba del tema.

Según decía el historiador Cayo Suetonio Tranquilo comentando la voracidad fiscal del antiguo emperador romano Cayo Calígula:

> Hizo satisfacer impuestos nuevos, desconocidos hasta entonces [...] no hubo persona o cosa a que no se impusiese gravamen [...] Habían se proclamado estos impuestos, pero no publicado, y como por ignorancia se cometían muchas contravenciones, se decidió al fin, por instancias del pueblo, a fijar en público la ley, pero la hizo escribir en letra tan menuda y la expuso en sitio tan estrecho, que no pudieron sacarse copias.[79]

Recordemos que

> ... el fundamento tenido en cuenta por el legislador parece razonable que haya sido la protección de la confianza del consumidor, lo que esperaba del producto o servicio de conformidad con la información publicitaria o, dicho de otro modo, la correspondencia entre el objeto tal como ha sido debidamente delimitado en el mensaje y el bien o la prestación en concreto que no ha satisfecho sus expectativas.[80]

Aquellas antiguas expresiones que hacían referencia a que los anuncios publicitarios te ofrecían "supuestos" espejitos de colores y luego te daban "gato por liebre", lamentablemente se han visto reflejadas en varios casos que terminaron en sanciones por publicidades engañosas.

Tal es la importancia que tiene la *información* que se brinda en un anuncio publicitario, que la mayoría de las infracciones que se detectan desde organismos jurisdiccionales de lealtad comercial de todo el país, se materializan por no incluir –"ocultamientos" dice la normativa– datos de suma importancia, sin los cuales la promoción no puede ser entendida claramente por el potencial adquirente de esos bienes o servicios publicitados.

---

79. Cayo Suetonio Tranquilo, *Los doce Césares*, Barcelona, Editorial Iberia S.A., 1972 (citado por Condomí, Alfredo Mario; "Primeros pasos en el derecho del consumo. Segunda parte"; 25/10/2013; www.infojus.gov.ar; Id SAIJ: DACF130328.)

80. Stiglitz, Rubén S., "Prácticas comerciales abusivas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista de responsabilidad civil y seguros,* Nº 12, Año 14, 2012.

Una variante de este tipo de infracciones es el no cumplimiento de lo precisado por parte de autoservicios, supermercados de cercanía o hipermercados[81] que no efectivizan los descuentos publicitados en sus plataformas de ventas *web* al no aplicarlos, por ejemplo, a una compra realizada por un consumidor, en la forma convenida –en el caso del 3x2 y 80% de descuento en la segunda unidad de algunos productos–, omitiendo asimismo informarle al mismo en forma clara y detallada, al momento de confirmar la compra, de qué forma dichos beneficios serían aplicados.

Otra situación ilegal que se da recurrentemente y que se imputa, según cómo se inicien las actuaciones, es la diferencia del precio exhibido en la góndola del supermercado con el que efectivamente se abona en la caja de esos establecimientos. De acuerdo a cómo se inicie la actuación la imputación difiere. Si hay relación de consumo –artículo 3 Ley Nº 24240– y hay un perjuicio económico –en el caso sería la diferencia entre el precio promocionado/exhibido y el que se abonó– se debe formular una denuncia, a fin de obtener la devolución del dinero mal cobrado por parte del establecimiento. Y, en caso de no arribarse a un acuerdo en instancia conciliatoria, se impone una sanción con eventual imposición de daño directo a favor del consumidor perjudicado. Así, recientes Disposiciones sancionatorias de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor (DGDyPC) del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo avalan, expresando, por ejemplo, que

> … luego de una detenida compulsa de las constancias obrantes en las presentes actuaciones, era dable inferir que esa proveedora no habría respetado el precio publicado en góndola del local/supermercado para el producto adquirido por el consumidor, el que habría sido cobrado a un precio mayor.[82]

Decíamos que hay dos maneras de tratar por parte de las autoridades de aplicación la infracción por publicidad engañosa/precisiones de la publicidad, en el sentido de no respetarse el precio exhibido en

81. DGDyPC, Disposición Nº 5871-2022 por infracción al artículo 8° de la ley 24.240, "Coto Centro Integral de Com. S.A.", EX-2021-19064418-GCABA-DGDYPC.

82. DGDyPC, Disposición Nº 3432-2023 por infracción art. 8 ley 24.240, "DIA ARGENTINA SA", EX-2023-08110329-GCABA.

góndola, en perjuicio del consumidor. Y la otra posibilidad es que, ya sea mediante inspecciones de oficio por parte del cuerpo de inspectores de cada organismo, o por solicitud de inspección efectuada por ciudadanos,[83] se envíe una inspección a supermercados o establecimiento comerciales, a fin de constatar precios en góndola (con imagen fotográfica del fleje en donde figure el valor del bien) y verificar en línea de cajas si el valor coincide o no. Y, en su caso, se labraría el acta de infracción que, previa instrucción de sumario y descargo del proveedor, finalizaría con una eventual sanción por infracción al artículo 11 del DNU Nº 274/19. Es decir, en este caso sería una publicidad engañosa que, potencialmente podría afectar a consumidores. En el caso de la infracción al artículo 8 de la Ley Nº 24240 es una publicidad engañosa, en el marco de una relación de consumo.

La obligatoriedad por parte de los comerciantes de exhibir precios obedece al derecho constitucional a la libertad de elección consagrada en el artículo 42 de nuestra Carta Magna. Al poder conocerse el precio de un bien antes de adquirirlo, se efectiviza con libertad e información clara, veraz y suficiente la decisión de compra. Y es importante destacar que los precios deben estar a la vista del consumidor y en pesos ($). No tienen ninguna validez legal los carteles que dicen "Vidriera en Preparación". Las vidrieras se arman fuera del horario de atención al cliente.[84]

Un caso emblemático en materia de incumplimiento a las precisiones efectuadas en un anuncio publicitario fue el de un hipermercado que viene promocionando desde hace años en los matutinos de mayor tirada del país un 20% de descuento en todos los productos, si se abona usando tal o cual tarjeta. Luego, el mismo anuncio remite mediante un pequeño asterisco a una cita que indica una extensa cantidad de productos que quedan excluidos de esa promoción.

Al respecto, en el año 2014, la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sanción de

83. Aplicación BA 147 para reportar diferencias góndola-caja en perjuicio de consumidores potenciales.

84. Surin, Jorge, "La exhibición de precios es una ley, incluso si hay inflación", *Perfil*. Disponible en: https://www.perfil.com/noticias/opinion/la-exhibicion-de-precios-es-una-ley-incluso-si-hay-inflacion.phtml [Fecha de consulta: 02/11/2023].

$ 100.000 impuesta por la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, manifestando en sus argumentos confirmatorios que

> … es razonable lo sostenido por la autoridad administrativa en el sentido de que el aviso cuestionado se prestaba a error o engaño en la medida en que en esa publicidad se había expresado que el descuento se aplicaría sobre "Todos los Productos".

Agregando que

> … las excepciones o salvedades se introdujeron en una nota al pie de página y en una letra de tamaño considerablemente menor, circunstancia que redujo la posibilidad de comprensión inmediata del alcance de la oferta por parte de los potenciales consumidores…

Así lo detallaron los camaristas Jorge Federico Alemany y Pablo Gallegos Fedriani.[85]

Hace unos años,[86] a raíz de dos actuaciones de oficio, se confirmaron dos sanciones de multa de $100.000 dictadas por Defensa al Consumidor de la Ciudad, a dos empresas internacionales de pastas dentífricas por publicidad engañosa, ya que en una de ellas publicitaban ser "la número uno recomendada por odontólogos, para dientes sensibles" y la otra ser "la número uno recomendada por odontólogos", no pudiendo acreditar fehacientemente lo afirmado. Cabe mencionar que, luego de la confirmación de las sanciones aludidas, los proveedores dejaron de incluir esas expresiones engañosas.

Y la infracción se materializó en la no información de la encuesta significativa del universo de odontólogos matriculados, que acreditase las afirmaciones aseveradas en los anuncios referidos.

Cada vez se emiten más anuncios en redes sociales, televisión y radio en donde se aseveran expresiones del tipo de "la más recomendada por…", "la más usada por…", "el mejor puntuado de la Argentina", "el más vendido en Argentina" o "la número 1 en…". Este tipo de *precisiones* deben incluir encuestas serias y representativas, en el cuerpo principal del anuncio, en los *claims* o legales, con tipografía mínima de dos milímetros o que ocupe el dos por ciento de la imagen y sentido

85. Surin, Jorge, "Publicidad Engañosa y Discriminatoria. Marco Legal" en Ameal, Oscar; Centanaro, Ivana, *op. cit.*

86. CCATyRC, Sala III, "Glaxosmithkline Argentina SA c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", Expte. Nº D65239-2013/0, 15/09/2016.

de escritura similar al de la mención de la marca promocionada. Así el anuncio podría ser comprendido con claridad.

Se ha señalado que "la publicidad puede ser persuasiva pero debe informar".[87]

Hace unos años[88] Defensa al Consumidor de la Ciudad sancionó por una investigación de oficio con motivo del día de la madre, a una prestigiosa marca de alfajores por publicidad engañosa. En el anuncio, contratapa de la revista *Viva* del diario *Clarín*, la mención de la marca que promocionaba un determinado precio en chocolates figuraba en forma horizontal y los legales que indicaban la fecha de duración de esa promoción, la vigencia territorial y la limitación de stock, se exhibían en forma vertical.

Recordemos que este tipo de maneras de publicitar están prohibidas por la reglamentación vigente del DNU Nº 274/19.[89]

Si la nueva "religión" de la posmodernidad es el consumo, y su templo mayor el *shopping center*, la publicidad es sin dudas su catequesis.[90] Así la publicidad constituye el principal protagonista para la captación de nuevos consumidores. Las relaciones de mercado han dejado de ser contratos celebrados entre dos sujetos iguales que previo a una negociación arriban a un acuerdo para dar lugar a operaciones masificadas, despersonalizadas y estandarizadas en la que la publicidad es el principal impulso para la contratación. Si en los contratos clásicos el eje fundamental estaba en la regulación del consentimiento, en los contratos de la posmodernidad el eje estará en la regulación de las prácticas de mercado, entre ellas la publicidad.

Tal como se sostiene en doctrina,[91] al proveedor que realiza un anuncio publicitario puede exigírsele que como mínimo respete los presupuestos básicos para considerar que una publicidad es lícita: el contenido del mensaje no puede vulnerar la normativa vigente; la veracidad: el contenido debe poder confrontarse objetivamente con la

87. CNACAF, Sala II, "Danone Argentina SA C/ DNCI", Expte. Nº 3993/07, 02/08/2021.

88. DGDyPC, Disposición Nº 957-16, "Havanna S.A.".

89. Art. 4, Res. Nº 241/20.

90. Barocelli, Sebastián, "La regulación de la Publicidad en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho del Consumidor*, Número 1, 30/11/16 IJ-CCXI-180.

91. Córdoba, Lucrecia en Tambussi, Carlos (dir.), *Ley de Defensa al Consumidor. Comentada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2022.

realidad; y la autenticidad o reconocimiento: el contenido del mensaje publicitario debe ser percibido como tal por sus receptores. Es decir que los potenciales consumidores deben saber que están frente a una publicidad y no que el mensaje pueda ser percibido como una información. A título de ejemplo, podemos citar algún tipo de publicidad gráfica que se edita con la apariencia de un artículo de divulgación científica (simula referirse a un tema médico y en realidad está publicitando un nuevo medicamento). En este sentido, la Ley Nº 26522 que regula los servicios de medios audiovisuales establece en el artículo 81, incs. e) y ñ) que la publicidad debe emitirse en el mismo volumen de audio y separada del resto de la programación y que cada tanda publicitaria televisiva se deberá iniciar y concluir con el signo identificatorio del canal o señal, a fin de distinguirla del resto de la programación.

Continuando con el análisis del artículo 8 de la Ley Nº 24240, su segundo párrafo determina que

> En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente.[92]

Y esta decisión se fundamenta en el deber de información, de raigambre constitucional: un consumidor o usuario que, atraído por las bondades de un anuncio publicitario, adquiere un bien o contrata un servicio determinado, y luego detecta un engaño respecto a las *precisiones* efectuadas en la pieza, debe conocer fehacientemente los datos de identificación del proveedor que hace la publicidad. Más allá de que esos datos fiscales deberían figurar en la factura emitida y enviada por el mismo,[93] lo cierto es que lo normado aporta más claridad, certeza y suficiencia a la información que debe obtenerse para efectuar una eventual denuncia ante un organismo estatal de defensa al consumidor o ante la justicia competente en consumo de la jurisdicción respectiva.

Al respecto, es importante ponderar la incorporación legislativa que se efectuó en el artículo 29 de la Ley Nº CABA 4827[94] agregando a

92. Ley N° 24787.

93. Res. Gral. de AFIP N° 1415/03 vigente con sus modificaciones.

94. Art. 29. Ley Nº 4827 CABA de Publicidad voluntaria de precios en recitales o shows musicales.

las previsiones del artículo 8 *in fine* de la Ley Nº 24240, la obligatoriedad de que

> En todo anuncio publicitario de venta de localidades para recitales o shows musicales, difundido en medios gráficos que circulen por el ámbito la Ciudad de Buenos Aires y en toda publicidad de venta de localidades para recitales o shows musicales, que sea difundida en la vía pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es obligatoria la mención de la razón social y domicilio legal del proveedor o responsable del servicio de venta de localidades y del organizador del evento musical, así como también un número de teléfono. La leyenda aludida deberá ocupar como mínimo el dos (2) por ciento de la altura de la pieza publicitaria y deberá tener un sentido de escritura horizontal, contraste de colores equivalente al de la mención del bien ofrecido y tipo de letra fácilmente legible. En todas las boleterías o centros de venta de las localidades citadas, ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se deberá colocar en forma destacada y visible un cartel que indique lo determinado precedentemente.

Tal como sostuvimos[95] este artículo vino a receptar los cientos de reclamos de consumidores que, ante un problema surgido en un recital musical, por ejemplo su suspensión, no sabían a quién reclamarle, ya que en las publicidades no se informaba respecto a quiénes eran los organizadores, ni se brindaba dirección de la empresa o medios alternativos de atención personalizada.

Una mención respecto a la publicidad subliminal, incorporada en la ley nacional de servicios de comunicación audiovisual,[96] en donde se determina la prohibición a los licenciatarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual de emitir publicidades subliminales, entendidas estas como las que poseen aptitud para producir estímulos inconscientes presentados debajo del umbral sensorial absoluto.

Otra cuestión no menos importante y en *eterno e interminable* debate parlamentario[97] para su regulación es el caso de publicidades comerciales difundidas por *influencers* en redes sociales; adelanto mi opinión

95. Centanaro, Ivana y Surin, Jorge, *Leyes de defensa del consumidor: comentadas y anotadas*, Lajouane, 2017.

96. Art. 81 inc., f), Ley Nº 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual. Publicado en el B.O. el 10/10/2009.

97. Proyecto de Ley Nº 1358/20 sobre Régimen legal para influencers en servicios publicitarios digitales y en redes de telecomunicaciones por vía electrónica.

favorable en el sentido de que deban *identificarse* las mismas claramente y en nombre de quién se efectúan. Tengamos presente que este tipo de anuncios son muy visualizados por niños, niñas y adolescentes, yque muchos de los *influencers* tienen millones de seguidores. Es decir, pueden ser formadores de opinión en esa franja etaria hipervulnerable.

A pesar de la demora en legislar al respecto, rigen códigos de ética y de autorregulación en la actividad privada; por ejemplo, para agencias publicitarias el Código de Ética del Consejo de Autorregulación Publicitaria del CONARP que consiste en un sistema adoptado por la misma industria, con el objeto de preservar la ética profesional y la práctica de una publicidad responsable. Y esta entidad que nuclea a agencias de publicidad argentinas, a través de sus respectivas cámaras, dictó una guía para comunicaciones con fines comerciales efectuadas por *influencers* con recomendaciones para cuando los mismos realicen anuncios.[98] Y este tema de la autorregulación, de amplia aplicación y efectividad en España e Inglaterra, es de suma importancia para evitar la difusión de anuncios que, potencialmente, confundan o engañen a los consumidores y eventualmente generen sanciones a los proveedores. Y garantiza, además, el principio constitucional de la libertad de expresión.

Al respecto, recientemente[99] en Francia se avanzó en la regulación de posibles engaños por parte de mensajes emitidos en redes sociales por *influencers* o *youtubers*. La reciente normativa prohíbe la promoción de determinadas prácticas –como la cirugía estética– y regula fuertemente la promoción de varios productos sanitarios. También prohíbe la promoción de productos que contengan nicotina. Legisla sobre las apuestas deportivas y los juegos de azar, determinando que ahora los influencers ya no podrán promocionar suscripciones a pronósticos deportivos, y la promoción de juegos de dinero se limitará a plataformas que restrinjan técnicamente el acceso a menores.

En sintonía con esto último, es muy acertada la inclusión de esta restricción en la normativa francesa. Los niños, niñas y adolescentes son *receptores inexpertos* de este tipo de anuncios efectuados a través de plataformas *online*. La normativa también determina cierta restricción a

98. Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONARP) conarp.org.ar

99. Ley 2023-451 francesa, sancionada el 9 de junio de 2023, publicada en el Boletín Oficial francés el 10/6/23. Disponible en: https://abogados.com.ar/nueva-regulacion-francesa-sobre-la-actividad-de-loslas-influencers/33222 [Fecha de consulta: 06/11/2023].

la promoción de productos financieros o criptomonedas. Y, de suma importancia, obliga a informar a los *influencers* si se usan filtros en las imágenes. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las imágenes humanas retocadas y/o modificadas digitalmente en anuncios publicitarios de vía pública deben ir acompañadas de la leyenda "La imagen de la figura humana ha sido retocada y/o modificada digitalmente".[100] Y similar legislación existe en varias jurisdicciones del país y en Inglaterra.

Tengamos presente que los anuncios de alimentos supuestamente saludables y de medicamentos de venta libre que *ayudarían* a disminuir el peso corporal, efectuados por influencers, se han convertido en una característica muy presente en los contenidos de las redes sociales. Y los mismos fomentan cánones de belleza poco realistas, sobre todo entre los niños, niñas y adolescentes y generan una idea de salud errónea.

Recordemos que se entiende por publicidad engañosa[101] aquella que en razón de datos falsos o inexactos, o por su ambigüedad, omisión u otras circunstancias induce o puede inducir a error en sus destinatarios sobre elementos esenciales del producto: naturaleza, composición, propiedades, calidad, etcétera; este tipo de anuncios, efectuados por famosos, con millones de seguidores, requiere mayor responsabilidad por parte de los que ponen su imagen para promocionar este tipo de productos, tener especial cuidado con los mensajes que se dan a los adolescentes.

Para erradicar estas prácticas comerciales perjudiciales, las autoridades de aplicación y control de las publicidades que se emiten en páginas *web*, Instagram, Facebook, otras aplicaciones, o diarios, revistas, radio, televisión, cine, vía pública; cuentan con el artículo 1101 del Código Civil y Comercial de la Nación que considera ilícitas las publicidades engañosas.

Es más, integrando esta normativa con el DNU Nº 274/19 o la Ley de Defensa al Consumidor (Nº 24240), pueden sancionar a los proveedores infractores con considerables multas y –lo que es más importante– con la orden de emitir el anuncio "corregido", rectificación publicitaria o la llamada "contrapublicidad".

100. Art. 30, Ley Nº 4827 CABA.

101. Mercuriali, Carlos E. y Giay, Gustavo, "Publicidad Comparativa. Un aporte al debate de su legalidad o ilegalidad", en *LL* Nº 43 2005-B-1/8.

La contrapublicidad ha sido incorporada en la normativa nacional y faculta a las autoridades de aplicación en materia de lealtad comercial a ordenar la rectificación del anuncio sancionado como engañoso o discriminatorio y difundirla, a fin de que la ciudadanía se anoticie de la corrección ordenada y del engaño o discriminación realizada por el proveedor sancionado.

Y esto último es lo más relevante a los efectos de corregir las conductas disvaliosas de los proveedores en falta ya que los ciudadanos se podrán enterar, leyendo la publicación del anuncio corregido en los medios, de lo que la Autoridad de Aplicación determine con relación al anuncio en infracción.

Y para un proveedor[102] es mucho más perjudicial que se le ordene rectificar una publicidad sancionada por engañosa o discriminatoria y publicarla corregida en un medio masivo de comunicación, que tener que abonar una multa pecuniaria millonaria. El marketing negativo de esa publicación es una estocada en la imagen corporativa de la empresa, difícil de levantar. Es probable que esto último motive algún día que se dejen de crear y difundir anuncios engañosos y discriminatorios.

Artículo 8 bis: Trato digno. Prácticas abusivas*

Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.

102. Surin, Jorge, *El engaño y la discriminación de género en las publicidades*, Microjuris. Disponible en: https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/10/26/doctrina-el-engano-y-la-discriminacion-de-genero-en-las-publicidades/ [Fecha de consulta: 06/11/2023].

* Comentario sobre el artículo 8 bis por Gabriela A. Iturbide y Manuel J. Pereira.

Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

(Artículo incorporado por art. 6 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Concordancias: *artículo 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1097, 1098 del CCCN.*

El artículo 5, inciso f) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, dispone que los Estados deben garantizar "el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques". En la Argentina puede verse una norma de este tipo en la Ley Nº 24782, que se refiere al acceso a lugares bailables.

El artículo 8 bis fue incorporado por la Ley Nº 26361, que introdujo diversas reformas a la ley original. Se amplía y jerarquiza la figura del consumidor y usuario, en consonancia con el artículo 42 de la Constitución Nacional.[103] En esta línea se enrolan también los artículos 1 y 27, última parte, de la Ley de Defensa del Consumidor.

El objetivo principal perseguido es:

> … fortalecer la posición de la parte más débil en la relación de consumo, que todos sabemos que es el consumidor y el usuario, para establecer una situación de equidad y de equilibrio que es necesaria en el libre juego de las reglas del mercado.[104]

Desde el momento en que el constituyente otorgó rango constitucional a la tutela del usuario y del consumidor ha admitido una realidad: todas las personas son usuarios y consumidores. Asimismo, lo aludido en el párrafo anterior implicó admitir el estado de indefensión en el cual se encuentran los usuarios, frente a los proveedores de bienes y servicios.

103. "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo […] a condiciones de trato equitativo y digno".

104. Cámara de Diputados de la Nación, versión taquigráfica de la 25ª reunión, 18ª sesión ordinaria del 9/8/2006 ("Modificación de la Ley de Defensa del Consumidor 24240"), intervención de la diputada Stella Maris Córdoba.

Fuentes del trato digno

La exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta a la situación subjetiva, al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones ni mortificaciones.

La norma legal debe ser vista también como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia constitucional de trato digno y equitativo al consumidor prevista en el artículo 42 de la CN. En el proyecto original aprobado por Diputados se incluía, siguiendo al régimen brasileño, una enumeración ejemplificativa de prácticas y conductas prohibidas por abusivas, pero esta mención fue suprimida en la versión de la reforma aprobada en Senadores y luego remitida a la Cámara de Diputados.[105]

El artículo 8 bis de la Ley Nº 24240 introducido por la Ley Nº 26361 sigue los principios contenidos, entre otros, en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que estableció que toda persona tiene derecho "al reconocimiento de su dignidad". También, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declararon la "dignidad inherente a la persona humana". Este último también prevé la obligación de prohibir por ley "Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya la incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia" (art. 20, inc. 2).

En rigor, si bien es saludable que se dicten este tipo de normas, ya que lo que abunda no daña y contribuye al necesario cambio cultural, lo cierto es que aun cuando este artículo no se hubiese dictado sería posible arribar a conclusiones similares siguiendo los princi-

105. La Ley de Protección del Consumidor de Perú (t.o. según decreto legislativo 716), en su art. 5, inc. d, dispone el "Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios", habiendo especificado la ley 27049: "Precisase que al establecer el inc. d del art. 5, decreto legislativo 716 que todos los consumidores tienen el derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial, se establece que los consumidores no podrán ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole, en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público".

pios generales, en especial, los que se refieren a la igualdad entre las personas y la no discriminación.

Entre otras disposiciones emergentes de los pactos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone:

> Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

A su vez, el artículo 24 señala que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

Como explica Bidart Campos, se establece en forma operativa (no programática) la proscripción de discriminaciones. Así, el artículo 26 del PIDCP expresa que "la ley prohibirá toda discriminación" y "garantizará" a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquiera de ellas.[106]

Puede apreciarse que las normas referidas no se contentan con establecer el principio de igualdad y con vedar la discriminación por las causas que allí se enuncian, sino que obligan a los Estados a dictar leyes tendientes a garantizarla, esto es, a despejar el camino de cualquier obstáculo a la igualdad real. En esta búsqueda, los Estados deben adoptar medidas concretas, en algunos casos de discriminación inversa (medidas de acción positiva), para corregir las desigualdades existentes.

En esta orientación, el inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional, en el apartado tercero, dispone que el Congreso debe sancionar leyes que consoliden "la igualdad real de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna".[107]

106. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. III, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 187.

107. Un antecedente legislativo en el que se utiliza la técnica de definir motivos específicos de discriminación se encuentra en la Ley Antidiscriminatoria N° 23592, de 1988. En su art. 1, luego de referirse a las conductas discriminatorias en forma genérica, señala que "se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios

En materia de igualdad se encuentra involucrado un valor fundamental, la dignidad de la persona humana. Es la igual dignidad de todos los hombres lo que determina que no puede tolerarse la discriminación de derechos fundamentales de las personas por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional, condición social, enfermedad, etcétera.

La igualdad contemplada por el artículo 16 de la Constitución Nacional debe aunarse con el desarrollo del principio de la no discriminación, y debe descartarse la vieja idea de igualdad para los iguales, reemplazándosela por otra más humana y equitativa que consista en la igualdad de oportunidades y de trato para todos.

Así, cabe hablar de "igualdad en dignidad", lo que significa que todos aquellos derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad de la persona corresponden a todos por igual, y su regulación normativa debe ser idéntica para unos y otros. La dignidad es, en definitiva, la fuente de todos los derechos; de ella dimanan derechos inviolables que le son inherentes, lo que la eleva a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social.[108]

En ese sentido, ha de señalarse que se prohíbe y sanciona la discriminación negativa, entendida esta como aquella conducta u omisión que

> … distinga, excluya, restrinja, menoscabe o prefiera de manera arbitraria por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier otra circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción, preferencia o menoscabo, y que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.[109]

---

determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

108. Kiper, Claudio, *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1998, p. 121.

109. Gil Domínguez, Andrés, "Derecho a la no discriminación negativa y alquileres: la fuerza normativa de la Constitución en las relaciones horizontales", La Ley, 2006-F-379.

La dignidad humana como principio general

La dignidad es un principio elemental y de carácter supraestatal.

Enseña Sagüés que el derecho a la dignidad es uno de los derechos constitucionales no enumerados, comprendidos en el artículo 33 del plexo constitucional, y entre sus contenidos sostiene que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "Sejean":

> … enunció que exigía que las necesidades del hombre fuesen satisfechas con decoro, en orden a la realización de la persona (característica, por lo demás, de toda sociedad sana, apunta el tribunal), y siempre que no se ofenda la moral o el orden público, ni se perjudique a terceros (Fallos 308:2268, considerando 7). Y en el caso Pupelis, definió la dignidad humana como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución (Fallos 314:424).[110]

En efecto, la existencia del derecho a la dignidad humana es uno de los principios fundamentales del hombre que debe ser tutelado en cualquier Estado moderno, y una de sus más eficaces funciones es la de poner coto, límite a eventuales excesos de proveedores de bienes y/o servicios básicos, debido a que por la mera obligación de tratar con dignidad a todos los administrados, se restringe, por lo menos en teoría, de modo evidente, la posibilidad de que unos sean objeto de un trato más digno que otros, con las indeseables desigualdades que el trato discriminatorio podría suscitar en el marco de una misma situación jurídica.

Surge así un derecho inescindible de la naturaleza humana: el de recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes (sean estatales o las que presten por vía de concesión servicios públicos) ya que estas están obligadas a resguardar la integridad física, psíquica y moral de las personas, la cual se ve menoscabada en el supuesto de que esas personas sean objeto de un trato indigno, discriminatorio, agresivo o violento por parte de esas autoridades.

Los pactos internacionales también consagran este derecho. Así, podemos citar el preámbulo y el artículo 33 de la Declaración

110. Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional*, T. 2, Buenos Aires, Astrea, p. 341. En el mismo sentido: Schvartz, Liliana, "El trato digno y equitativo al consumidor", *ElDial.com*.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los artículos 1 y 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

Agrega Sagüés que el concepto de dignidad se constituye también en fuente de otros derechos, como es el derecho al honor, reconocido también por el más Alto Tribunal en los conocidos casos "Costa"[111] y "Campillay".[112]

Se ha dicho que el trato digno es el derecho "que tiene todo hombre a ser considerado como un fin en sí mismo", o también como "el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano con todos los atributos de su humanidad".[113]

De este principio se deriva para el proveedor –en coincidencia con el art. 8 bis de la Ley Nº 24240– el deber de garantizar al consumidor condiciones de atención y trato digno. La expresión genérica empleada en la norma impone al proveedor conductas positivas concretas que resultarán de las circunstancias de persona, tiempo y lugar relativas a la naturaleza de cada relación de consumo. Así, la observancia del deber puede significar, entre otras cosas, que el proveedor tenga que contar con la organización y personal idóneos para la atención al consumidor; que no lo someta a largar esperas; que existan habilitados centros de atención de reclamos con capacidad operativa para dar respuestas en tiempo razonable; que se cuide la calidad del servicio; que en la atención y prestación del servicio se considere la situación de los consumidores más vulnerables, etcétera.

111. CSJN, Fallos: 310:525.

112. CSJN, Fallos: 308:800.

113. Ekmekdjian, Miguel Ángel, "El valor de la dignidad y la Teoría del Orden Jerárquico de los Derechos Individuales", en Bidart Campos, Germán J. (coord.), *Los valores en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Ediar, 1999.

El trato digno en la relación contractual

Santos Briz sostiene que

> … el derecho a la contratación, como el derecho privado en general, se basa en la dignidad y en la libertad de desenvolvimiento de la personalidad del individuo, lo cual no puede darse sin el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales.[114]

La referencia al trato equitativo y digno apunta también a impedir que en la relación de consumo se produzcan aprovechamientos por parte de la parte más fuerte de la relación, los ofertantes, en perjuicio de la más débil, es decir los consumidores o usuarios. Las condiciones indignas, inequitativas, usurarias o que se aprovechan de la ignorancia o desconocimiento de aquellos podrán ser impugnadas con base en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

De este modo, todas las circunstancias, los hechos o las situaciones en que se encuentre el consumidor antes, durante y después de formalizar un contrato de consumo, deben estar signadas por el respeto de parte del proveedor por los derechos del consumidor, debiendo tener en cuenta y considerar cabal y responsablemente (con cortesía y urbanidad) cuáles son los deseos del consumidor, las necesidades que pretende satisfacer, e informarlo y asesorarlo de buena fe en tal sentido, conforme a la oferta de bienes y servicios de que disponga el oferente, entre otros aspectos a considerar.[115]

Se sostiene que el trato digno importa un contenido prestacional del contrato de consumo. En este sentido, afirma Ariza que las reformas introducidas a través del artículo 8 bis reflejan también una perspectiva realista del contrato inmerso en el campo de la realidad económica. Ocurre que la disposición mencionada, sirviéndose de modelos comparados que abrieron camino en esta materia –como el Código del Consumidor de Brasil–, apunta a evitar que el equilibrio normativo del contrato no resulte menguado o desvirtuado por la práctica comercial o por la conducta de hecho impuesta como operatoria. Es decir, se advierte que la lesión al interés del consumidor puede surgir no tanto de

114. Santos Briz, Jaime, *Los contratos civiles. Nuevas Perspectivas*, Granada, Comares, 1992.

115. Suárez, Enrique, "Una saludable y acertada 'novedad' en la reforma: el trato equitativo y digno", en JA 2008-II-1238.

la cláusula contractual misma, sino de un modo de aplicación de esta o sencillamente de conductas no descriptas en el contrato pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas.[116]

Dentro de las clases de prácticas vedadas por el artículo 8 bis pueden reconocerse:

a. *la práctica abusiva general*: esta tipología sociológica encuentra fundamento en la propia denominación incluida en la norma y constituye una contravención al trato equitativo expresamente impuesto por la Constitución Nacional y por la ley. El listado de situaciones que el proyecto originario describía constituye en su mayoría una ejemplificación no taxativa de tales prácticas abusivas;
b. *la práctica vejatoria o vergonzante*: constituidas por aquellos procedimientos aplicados en la formación del contrato o en su ejecución que se caracterizan por colocar al consumidor en estado de sospecha, vergüenza o intimidación. Cualquier actitud que moleste, denigre, tienda a colocar en situación de inferioridad al consumidor, infundiéndole miedo o temor, encuentra aquí cabida.[117] Son prácticas que lamentablemente buscan aprovechar la necesidad o inexperiencia de las personas;
c. *la práctica discriminatoria*: la disposición describe un caso específico al respecto constituido por la imposición de condiciones contractuales diferentes para el consumidor extranjero, salvo aquellas situaciones expresamente autorizadas por la autoridad correspondiente. Consideramos que la práctica discriminatoria debe ser interpretada en clave constitucional abarcando

116. Ariza, Ariel, "Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado", en *Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, La Ley, abril de 2008, p. 49.

117. Se dice que por "vergonzante" cabe entender todo aquello que puede resultar deshonroso o humillante; lo vejatorio alude a conductas del proveedor representativas de maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos para el consumidor; en tanto que lo intimidatorio refiere a comportamientos que le infundan temor. Todos los calificativos empleados conducen a preservar el derecho del consumidor al trato digno y equitativo, establecido en la primera parte de la disposición analizada, en concordancia con el texto constitucional del art. 42 (Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos, "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", en JA 2008II1212).

aquellos supuestos de discriminación por cualquier otro motivo que resulte contrario a la Constitución Nacional.

Con esta tipología incorporada al artículo 8 bis se cierra el círculo protectorio que tendrá vigencia en el contrato y en la relación de consumo, de modo tal que el proveedor queda obligado no solo a un contenido normativo equilibrado del contrato (art. 37) y preservar la salud del consumidor (art. 5), sino también a observar una conducta en la ejecución del intercambio que no vulnere en los hechos dichos intereses. Si bien entre las consecuencias que la norma imputa a estas prácticas se mencionan la resarcitoria y la sancionatoria –con el mecanismo de la multa civil– hay que considerar que, como toda conducta que se reputa en pugna con el principio general de buena fe, la práctica abusiva adolecerá también de ineficacia negocial.[118]

En cuanto al listado de prácticas abusivas, consideramos que es meramente enunciativo.[119]

Carlos Hernández y Sandra Frustagli señalan que el tema de las prácticas de comercialización se vincula –*a priori*– con las estrategias de mercadotecnia o marketing, motivo que razonablemente conduce al legislador a proteger al consumidor frente a aquellas técnicas y métodos de comercialización utilizados por los proveedores para gestionar, facilitar, promover o incentivar la concertación de operaciones de consumo. Sin embargo, hay consenso en afirmar que las prácticas abusivas no se limitan al período formativo del contrato, sino que también pueden tener lugar durante la ejecución del contrato e incluso al tiempo de su extinción.[120]

Por ello, la flexible caracterización de las prácticas abusivas que encierran los artículos 1097 a 1099 del Código Civil y Comercial conduce a considerar atrapadas dentro de su ámbito material tanto las cláusulas abusivas como las distintas formas de publicidad ilícita

118. Ariza, Ariel, "Más que una reforma. Desplazamientos del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado", op. cit., p. 49.

119. Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia, "Visión integral de la nueva ley del consumidor", en *Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, DJ 2008I-1108, abril de 2008, p. 57.

120. Frustagli, Sandra A. y Hernández, Carlos A., "Prácticas comerciales abusivas", en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos A., *Tratado de Derecho del Consumidor*, T. I: Parte General. Relaciones de consumo. Prácticas comerciales, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, p. 601.

(engañosa, abusiva o discriminatoria) y a cualquier comportamiento de los proveedores que viole los estándares previstos en las disposiciones citadas, siendo irrelevante que sus efectos se desplieguen en el camino al contrato o durante su ejecución o con posterioridad a él.

Hay que evitar la subordinación e indefensión ante las quejas y reclamos. Comúnmente, ante una queja o un reclamo el consumidor es tratado como si se le estuviera haciendo un favor, poniendo en el proveedor la decisión acerca de la procedencia del reclamo o reparación, los tiempos en los que se efectuará, etcétera, cuando en realidad está ejerciendo el derecho que le asiste en la relación contractual en la que ya cumplió su prestación, a diferencia del proveedor que la cumplió con deficiencias o defectos.

En cuanto a las prácticas vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, se ha dicho que "vergonzante" es toda aquella situación que resulte deshonrosa o humillante para el consumidor; "vejatoria" refiere a conductas del proveedor representativas de malos tratos, persecuciones o padecimientos para el consumidor; en tanto con la voz "intimidatorio" se alude a comportamientos dirigidos a infundir temor.[121]

Chamatropulos ha hecho un estudio completo y profundo de las conductas que pueden ser consideradas conductas contrarias al trato digno: problemas en los controles de seguridad de los comercios, hoy la falta o deficiencia en la Atención al Cliente, la afectación del derecho a la imagen de los consumidores, el trato preferente a ciertos consumidores, los premios, las ventas bola de nieve o piramidales, el spam y las llamadas telefónicas masivas por parte de proveedores, la sobreventa de pasajes o entradas a espectáculos deportivos, las ventas atadas y la afectación de la libertad de elección, la vulneración de la privacidad, la inclusión del consumidor en registros superiores a los legales, la falta de entrega de comprobantes fiscales, la negativa injustificada a contratar, las situaciones de abuso de la posición dominante, la falta de talles en locales de venta de indumentaria, inmuebles que presentan una superficie menor a la consignada en el boleto de compraventa, entre otras prácticas ilícitas.[122]

121. Stiglitz, Gabriel, *La defensa del consumidor en Argentina, 30 años de derecho, sin políticas*, T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 74.

122. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Estatuto del Consumidor Comentado*, Buenos Aires, La Ley, T. I, 2019, p. 345 y ss.

El derecho a la información

La información es un deber fundamental que le es debido al cliente en toda la relación de consumo; tanto la doctrina como la jurisprudencia son uniformes acerca de este punto; su violación genera responsabilidad.

"La información es el tema, el gran asunto de los tiempos modernos que el Derecho recoge".[123] La información es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato;[124] la información es un bien que tiene un valor jurídico y consecuentemente protección jurídica.

Se interrelaciona el derecho a la información con el derecho a un trato digno, ambos con reconocimiento constitucional, dado que el derecho a la información también es recibido por el artículo 42 de la Constitución Nacional, apareciendo como un elemento nivelador de las relaciones interpersonales y como herramienta para el ejercicio de los restantes derechos. Un ejemplo de ello sería el derecho a contratar libremente.

Es necesario que el proveedor cuente con personal capacitado, de modo que pueda atender al público de manera eficiente y cortés, atendiendo y solucionando en concreto los requerimientos y problemas diversos que puedan suscitarse a raíz de la interacción oferente-demandante, brindando de modo claro y concreto en todo momento, en forma cierta y objetiva, información adecuada, veraz, detallada, eficaz y suficiente y en forma gratuita, a fin de colaborar en el proceso de decisión que realiza el consumidor para discernir la mejor manera de defender sus intereses económicos.

Debe exigirse información especial en torno a productos o servicios peligrosos para la salud e integridad del consumidor. De igual manera, cabe ejercitar este derecho exigiendo los presupuestos pertinentes en la contratación de servicios, es decir, el detalle del trabajo a realizar o el servicio a prestar, sus modalidades en cuanto al tiempo, materiales a utilizar, garantía y costos.

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil prohíbe la publicidad abusiva o discriminatoria en el parágrafo 2° del artículo 37. Se

123. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 78.

124. Stiglitz, Rubén, "La obligación precontractual y contractual de información: el deber de consejo", JA 1997-II-764.

considera abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza. Así, por ejemplo, ningún anuncio puede favorecer o estimar cualquier especie de ofensa, de discriminación racial, social, política, religiosa o de nacionalidad, etcétera.

En tal sentido, debe alertarse al consumidor acerca de la publicidad engañosa y abusiva, que promete efectos milagrosos o pondera inadecuadamente las cualidades del producto sin que ellas se correspondan con la realidad. De la misma manera, la publicidad debe atender a la capacidad intelectual del consumidor al que está destinada, de manera de no confundir más al usuario o consumidor.

El derecho a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno en la relación de consumo

La libertad de elección requiere precios justos y variedad de productos y servicios. Para ello deben descalificarse los monopolios que imponen determinados productos a los precios fijados unilateralmente, de manera que el usuario o consumidor no tiene opción. Esto se da comúnmente con los servicios eléctricos o telefónicos, cuando una sola empresa maneja el mercado.

El trato equitativo y digno se vincula con la discriminación en las relaciones de consumo, de modo tal que no se podrá excluir a consumidores por razones políticas, raciales, religiosas, de sexo, sociales o de otra índole. La no discriminación está referida al consumo o uso de servicios de oferta pública, porque si se trata de consumos o servicios de oferta limitada o cerrada, a criterio del prestador de los mismos, y no existiendo violación de normas de orden público que impidieran dicha limitación, la discrecionalidad del ofertante prevalece, en principio, por imperio de la libertad de mercado.[125]

La no discriminación o arbitrariedad permite a la población la misma calidad en los productos, sin distinción de condiciones sociales o económicas. Se evita así la distinción entre alimentos para ricos y alimentos para pobres, estos últimos de menor calidad o con defectos.

125. Iturbide, Gabriela, "Reflexiones sobre el trato equitativo y digno en la relación de consumo", en ElDial.com, *elDial*, DCB6A.

La situación de los extranjeros

La Constitución Argentina, tras enumerar derechos en el artículo 14 pertenecientes a "todos los habitantes de la Nación", se refiere a los extranjeros en el artículo 20:

> Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite alegando y probando servicios a la República.

Además, hay que tener presente que el Preámbulo invita a los extranjeros a habitar el suelo argentino.[126]

Señala González Calderón que, de acuerdo con el referido texto, la Constitución distingue a los habitantes del país en dos categorías: ciudadanos y extranjeros, correspondiendo a estos últimos "todos los derechos civiles del ciudadano". Agrega que "ciudadanía" es lo mismo que "nacionalidad", y que "nacionalización" es lo mismo que "naturalización" (arg. art. 21), de manera que son equivalentes las expresiones "argentinos" o "ciudadanos argentinos", así como ciudadanía argentina vale decir nacionalidad argentina. De modo que la nacionalidad argentina se adquiere por nacimiento o por naturalización. Quienes no reúnen esta condición son extranjeros, al menos mientras no se naturalicen.[127] Hay que tener presente que nuestro país adoptó la regla del *ius soli*.

Admitido que el extranjero se transforma en habitante y, como tal, goza de todos los derechos que prescriben los artículos 14 y 18 de

126. Dice: "… promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino".
No se desconoce que, correlativamente al derecho de ingresar que le asiste al extranjero, existe también el derecho del Estado de admitir y, en su caso, rechazar dicho ingreso, pues aquel no es absoluto. Sin embargo, este derecho de control que puede ejercer el Estado debe hacerse en forma razonable y, en lo que nos interesa, sin discriminación, pues esta siempre es arbitraria e injustificada.

127. González Calderón, Juan A., *Curso de Derecho Constitucional*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1974, p. 163.

la Constitución, se encuentra sometido a la jurisdicción de la Nación. A la vez, pesan sobre él las mismas obligaciones que para los demás ciudadanos. La protección que se concede al extranjero en territorio argentino alcanza también a sus bienes y capitales radicados en el país, aun cuando su titular no sea habitante.[128] También alcanza a las personas jurídicas.

Ha señalado Kemelmajer de Carlucci que

> … la Constitución Argentina es una de las más generosas del mundo a la hora de reconocer derechos al no nacional. Esta solución puede gustar o no a los espíritus más o menos nacionalistas, pero la amplitud del art. 20 no deja margen de dudas. Si alguna vez, en algún lugar de la tierra se creó una comunidad sobre la base de la igualdad de derechos civiles de la extranjería con los naturales, ese lugar fue la Argentina de 1851 a 1930; muy pocos pueblos de la tierra acogen sin reticencia alguna al extranjero, como el argentino de ayer y de hoy. Señalo que esta igualdad, a diferencia de lo que sucede en otros países, no está sujeta a la reciprocidad diplomática ni legislativa; tampoco cabe distinguir según se trate o no de derechos fundamentales, inherentes o no a la dignidad humana.[129]

Según se desprende del texto constitucional, la equiparación es a los efectos del ejercicio de los derechos civiles; en cambio, no se atribuye a los extranjeros igualdad en lo que concierne a los derechos políticos.

Asimismo, diversos instrumentos internacionales prohíben la discriminación por el "origen nacional" de una persona. Esto significa que todos los extranjeros deben recibir el mismo trato, sin que sea posible diferenciarlos por su origen.

Hay que tener presente que la diferenciación basada en el origen nacional está expresamente prohibida por la Declaración Universal (art. 2.1), por el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (art. 2.1), y por la Convención Americana (art. 1.1). Más aún, puede constituir una forma de discriminación racial, de acuerdo con los términos de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

128. CSJN, Fallos: 150:89; 186:421.

129. STJ Mendoza, su voto en la causa "Sanhueza", LL 1996-C-525, 25/03/96.

El régimen legal

Un supuesto de práctica discriminatoria previsto especialmente, basado en la nacionalidad, se encuentra regulado en la parte final del artículo 1098, en línea con lo establecido en la última sección del párrafo primero del artículo 8 bis de la Ley N° 24240. A diferencia de esta última ley, la solución del Código Civil y Comercial otorga mayor tutela al trato igualitario a los ciudadanos extranjeros pues obsta la posibilidad de que la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas admita excepciones que avalen el trato de desigual (conf. art. 8 bis). Esta facultad, que antes había sido muy criticada por la doctrina porque relativizaba la censura de las prácticas discriminatorias, ahora ha perdido vigencia.[130]

Se trata de un sector vulnerable, ya que carece de la debida información y puede encontrarse en inferioridad de condiciones. Esta disposición –según algunos– puede ser perjudicial para determinados consumidores nacionales, sobre todo en lugares de turismo donde es común encontrar tarifas preferenciales para los nacionales que obviamente pagan con una moneda depreciada.

Señala Lorenzetti que la legislación consumerista es un régimen de orden público que se aplica a los consumidores extranjeros que consumen en el país.[131] Sin embargo, si bien la ley les resulta aplicable, la realidad demuestra que muchas veces estos son objeto de tratos inequitativos, fundamentalmente en materia de precios. Es de dominio público que las empresas aéreas, por citar un ejemplo, mantienen dos tarifas disímiles para un mismo servicio, en sus vuelos de cabotaje a distintos centros turísticos del país según el usuario resulte argentino o no. A su vez, es sabido que muchas veces los comerciantes mutan la moneda asignada a sus precios de vidriera, logrando que mágicamente un valor de cien pesos se convierta para el extranjero en cien dólares o euros, según los rasgos o el idioma del pretenso comprador. Así entonces, a fin de evitar (en principio) un tratamiento diferencial

130. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Prácticas abusivas en los contratos de consumo", en el Suplemento Especial - Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos, febrero de 2015, pp. 237-253.

131. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, *op. cit.*, p. 85.

entre el consumidor argentino y el que no lo es, la reforma incorpora un pasaje en el nuevo artículo 8 bis.

Ahora bien, sobre la base de lo expuesto, expresa Álvarez Larrondo que

> La ley de defensa del consumidor será aplicable a todos por igual, excepto que la autoridad de aplicación decida distinguir entre argentinos y extranjeros, previo cumplimiento de los recaudos allí expuestos. En consecuencia, en materia de calificación *ratione personae*, el ámbito de aplicación resulta modificado, atento que ahora la ley es aplicable a las personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, persigan fines de lucro o no, argentinas o extranjeras, salvo que para estas últimas, la autoridad disponga regímenes excepcionales. Más allá de los cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la norma, nos formulamos otros planteos tales como si la misma se extiende a las personas jurídicas, dado que nuestro país no reconoce nacionalidad a las sociedades. Atento el sostenimiento constante de la "Doctrina Irigoyen", podríamos válidamente afirmar que no se puede limitar el trato equitativo respecto de las personas jurídicas constituidas en el extranjero, por cuanto, según criterio de la República Argentina, las mismas no tienen nacionalidad. De hecho, la Ley Nº 19550 (t.o. 1984) y modif., en su artículo 118 solo habla de sociedades "constituidas en el extranjero", no de sociedades de nacionalidad extranjera. De allí entonces que estas se encuentren en mejores condiciones que las de una persona física de cualquier nacionalidad distinta de la argentina. Esto de por sí resulta ilógico y obviamente, contrario al art. 42 de la Constitución Nacional que establece la obligación de brindar un trato equitativo y digno, a todo aquel que cuadre en el concepto de consumidor. En consecuencia, entendemos que este pasaje merecería una redefinición.[132]

Jurisprudencialmente, se ha resuelto que no resulta procedente la demanda promovida por una asociación de consumidores y una usuaria con residencia en el extranjero contra una línea aérea nacional, en relación a una supuesta conducta antijurídica por parte de la empresa, consistente en discriminar a los usuarios extranjeros cobrándoles un precio mayor que el fijado para usuarios argentinos por el mismo servicio, dado que uno de los factores que se tienen en cuenta al momento de la construcción de una tarifa es la residencia, pero nunca la nacio-

132. Álvarez Larrondo, Federico, "El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el Derecho del Consumo", en *Sup. Esp. Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*, abril de 2008, p. 25.

nalidad, y es por ello que existen las llamadas tarifas de residentes y de no residentes en Argentina, no existiendo en consecuencia tarifas fundadas en razón de la extranjería.[133]

En un reclamo por diferencias de precio de un bus turístico, el reclamo fue rechazado bajo el argumento de que no existió violación al artículo 8 bis por cuanto el cuadro tarifario simplemente se limitó a fijar tarifas promocionales que no tuvieron en cuenta la nacionalidad de los usuarios, sino su lugar de residencia y, precisamente, lo que se busca es alentar a los residentes a que tomen el bus.[134] La solución del fallo ha sido criticada por una parte de la doctrina, pues sostiene que en realidad existió un cobro de un precio más elevado a los extranjeros en abierta contradicción con la garantía constitucional de igualdad y del artículo 8 bis.[135]

Excepciones

Se establece como única excepción la autorización administrativa previa emanada de la autoridad de aplicación de la ley, que establezca condiciones diferenciales de precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios, respecto de consumidores extranjeros. En todos los casos dicha autorización administrativa, que deviene obligatoria a estos fines, deberá estar debidamente fundada en razones de interés general.

Derecho a la salud

La Ley Nº 25871 expresamente reconoce en su artículo 8 que: No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria, y agrega que "Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar

133. Cám. Civ. y Com. Fed., Sala 3, "Proconsumer y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ Proceso de conocimiento", 01/08/2017.

134. CNCom., Sala C, "Asociación Protección Cons. del Mercado Común del Sur c/ Derudder Hnos-Rotamund UTE s/ sumarísimo", 14/10/2014.

135. Azar-Baud, María José, "Discriminación positiva y negativa en la Ley de Defensa del Consumidor", en *LL* 2015-A-462.

orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria".[136]

Las cláusulas abusivas

La inclusión de prácticas abusivas era una tendencia que se venía generando en la doctrina, pues es tal vez la forma más perversa de actuación de las empresas, ya que no necesitaban inscribirlo en sus contratos, era una cuestión invisible y lacerante para el ser humano.[137]

El trato digno y equitativo del consumidor también exige que no sean empleadas cláusulas abusivas como las enunciadas en el artículo 37 de la ley y en el artículo 1119 del Código Civil y Comercial, las cuales se tienen "por no convenidas". El módulo para la apreciación del carácter no abusivo de la cláusula concierne a las exigencias de la buena fe y a evitar un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor.[138]

Conforme al artículo 38 de la Ley Nº 24240 tales cláusulas son vigilables por la autoridad de aplicación cuando "hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio"; con relación a ellas el decreto reglamentario dispone:

> … la autoridad de aplicación notificará al proveedor que haya incluido cláusulas de las previstas en el artículo 37 que las mismas se tienen por

136. Un examen de esta cuestión puede verse en Palacios, Carmen, "Derechos humanos y el acceso a la salud para todos los habitantes en la República Argentina. Inmigrantes en condición irregular. Información y difusión de sus derechos", en *LL* 2005F-930.

137. Weingarten, Celia, *Los derechos del consumidor*, Buenos Aires, Ed. Universidad, 2006. Se puede caracterizar a una cláusula como abusiva cuando la misma entraña una ventaja exclusiva del empresario, un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, siempre que lo sea en contrato por adhesión concluido entre un empresario y un consumidor, unilateralmente pre-redactado por el primero (Stiglitz, Gabriel y Stiglitz, Rubén, *Derechos y Defensa de los consumidores*, Buenos Aires, La Rocca, 1994, p. 233).

138. Corresponde declarar la ineficacia de la cláusula del contrato de tarjeta de crédito que obliga al usuario a dar aviso por escrito a la emisora de la pérdida o robo del plástico como única vía válida para probar la denuncia, pues, dicha disposición resulta contraria al art. 37, inc. a, de la ley de Defensa del Consumidor, en tanto desnaturaliza la obligación y restringe el derecho del consumidor, poniéndolo en desventaja frente a la entidad emisora, sin contemplar el sistema de denuncia telefónica impuesto por la ley 25.065 (Cám. 4a Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria, Mendoza, "CMR Falabella S.A. c/ Neme Nader, Raúl", *La Ley*, 08/05/2008 (cita online: AR/JUR/1819/2008).

> no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije. En caso de incumplimiento será pasible de las sanciones previstas por el artículo 47 de la Ley Nº 24240.

En el mismo sentido, la Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor prevé "con carácter enunciativo" cláusulas consideradas abusivas y establece que, cuando han sido incluidas en contratos de consumo, se tendrán por no convenidas y los proveedores deberán removerlas de los respectivos instrumentos contractuales y notificarlo a los consumidores con contratos vigentes.

La Resolución General Nº 6/2003 de la Inspección General de Justicia enuncia cláusulas abusivas en la contratación de planes de capitalización y ahorro. La Resolución Nº 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica enuncia cláusulas abusivas en los contratos de prestación de servicios de medicina prepaga, de prestación de servicios de comunicaciones móviles y de prestación de servicios financieros y/o bancarios.

Por otra parte, el artículo 1121 del CCyCN establece límites en cuanto a la abusividad de las cláusulas, pues prevé que no podrán ser consideradas tales: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio; b) las que reflejen lo regulado en tratados internacionales o normas legales imperativas.

Reclamos extrajudiciales

En los reclamos extrajudiciales de deudas los proveedores "deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que les otorgue la apariencia de reclamo judicial",[139] siendo pasible, quien no cumpliera con la norma, de las sanciones genéricas del artículo 47 (apercibimiento, multa, etc.) así como de la nueva multa civil establecida en el artículo 52 bis de la ley (llamada por la reforma "daño punitivo"), penalidades que resultan extensivas solidariamente "a quien actuare en nombre

139. El art. 42 del Código del Consumidor brasileño preceptúa al respecto que "En la cobranza de deudas, el consumidor incumplidor no será expuesto a ridículo, ni será sometido a ningún tipo de coacción o amenaza".

del proveedor".[140] La norma pretende poner fin a ciertas prácticas relacionadas con métodos de cobranza de morosos mediante las cuales se persigue el cobro de deudas en instancia extrajudicial invistiendo al requerimiento con apariencia de reclamo judicial.

Esta norma también limitará los métodos de telecobranza que realizan las instituciones financieras o comerciales, en detrimento de la tranquilidad y dignidad del consumidor. Los consumidores tienen derecho a que las empresas de cobranzas no informen a otros sobre la deuda, como los vecinos, la familia o el jefe (está en juego la intimidad) y especialmente no poner en riesgo su situación laboral. Tampoco deberían ser molestados fuera de horarios razonables y en días hábiles; ni ser objeto de malos tratos, ya que está en juego su dignidad. Si bien el deudor debe cumplir con sus obligaciones (pagar), ello no significa que pueda ser amedrentado, ni que se pueda cobrar de cualquier manera.[141]

Los abogados que utilicen estos sistemas, además de incurrir en falta ética, podrían comprometer su responsabilidad personal, porque se trata de hechos ilícitos en sentido lato (art. 1066, Cód. Civil), para los cuales no rige la teoría de la representación (art. 1869, Cód. Civil). En lo que hace a la multa, teniendo en cuenta que, conforme el artículo 2 los servicios de profesionales liberales estarían excluidos de la ley de defensa del consumidor,[142] algunos sostienen que solo servirá para evitar los abusos de las agencias de cobranzas, pero que

140. En relación con la responsabilidad solidaria consagrada en el párrafo final, queda claro que si en cumplimiento de su obligación de garantizar las debidas condiciones de atención y trato de los consumidores el oferente terceriza actividades o servicios, ya sea el propio oferente o quien actuó en su nombre quien incurra en un incumplimiento de la obligación de dar un trato digno, ambos podrán resultar responsables.

141. En Chile, "Que no te asusten cuando te cobren", es el eslogan de una campaña que impulsa el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), que busca dar a conocer los derechos de los consumidores frente a las cobranzas extrajudiciales y denunciar a aquellas que utilizan procedimientos abusivos.

142. La ley sigue manteniendo fuera del marco legal los servicios prestados por profesionales liberales (médicos, odontólogos, abogados, contadores, etc.), excepción hecha de la publicidad que estos hagan de sus servicios (ej.: publicidad engañosa). Algún ejemplo de ello se observa en algunos tratamientos médicos que se publicitan como infalibles cuando en realidad no lo son. Por otro lado, se contempla en la reforma el supuesto en que se presenten denuncias que no se vinculen con la publicidad de los servicios profesionales, en cuyo caso la autoridad de aplicación deberá informar al denunciante sobre el ente de contralor de la respectiva matrícula; *v. gr.* Colegios Profesionales.

no alcanza a los abogados. Para otros (*v.gr.*: Vázquez Ferreyra), sí podrían ser sancionados estos profesionales.

Señala Vázquez Ferreyra que el nuevo artículo 8 bis incorporado a la ley podría llegar a ser la puerta de entrada para que algunos profesionales o empresas de cobranzas queden alcanzados por la ley de defensa del consumidor. En efecto, dicho artículo prohíbe al proveedor efectuar reclamos de deudas extrajudiciales con apariencia de reclamo judicial: "¿Qué pasa, por ejemplo, con aquellos abogados o estudios de abogados que realizan cobranzas y recuperos de créditos en nombre de empresas o del propio Estado y remiten una intimación con dichas características? Este es uno de los interrogantes que la doctrina y la jurisprudencia tendrán que ir respondiendo. Por nuestra parte no tenemos dudas respecto de la aplicación en tal sentido de la norma. Sobre el particular, recordamos un precedente de la Cámara Nacional Comercial, en el que se condenó a un abogado a indemnizar el daño moral reclamado por una docente deudora de una entidad financiera que había recibido notificaciones con tinte intimidatorio y con apariencia de notificación judicial. Puntualmente, dos requerimientos habían sido remitidos por un profesional a los directores de los establecimientos educativos en los que la actora se desempeñaba, informando a los mismos la existencia de deuda en mora y de lo infructuoso de las diligencias de cobro intentadas, y una tercera notificación había sido recibida por la deudora y tenía la apariencia de una cédula judicial que comunicaba la decisión de ejecutar y embargar, sin precisar monto concreto adeudado ni fijar plazo para recibir el pago. El Tribunal entendió que la conducta del abogado importó un ejercicio abusivo de los derechos en los términos del artículo 1071 del Código Civil, quedando así comprometida su responsabilidad extracontractual respecto a la deudora receptora de las notificaciones de acuerdo al artículo 1109 de dicho cuerpo legal ("Lloyds TSB Bank c/ F., M.E.", del 10/02/2006 de la CNCom., Sala E, con nota de Vázquez Ferreyra, Roberto A., "Responsabilidad civil por el envío de una carta documento. Interpelación o intimidación", *JA* 2006III-85)".[143]

143. Vázquez Ferreyra, Roberto A. y Avalle, Damián, "Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios", en *LL* 2008D-1063.

A tenor de la prohibición establecida en la ley carece de efectos el reclamo extrajudicial de deudas con apariencia de reclamo judicial. Ello sin perjuicio de las sanciones correspondientes.[144]

Sanciones. Solidaridad. Otros efectos

La violación del deber de garantizar condiciones de atención y trato equitativo y digno y la consumación de prácticas en los términos del citado artículo 8 bis, entre otras, la intimación extrajudicial de deudas con apariencia de reclamo judicial, son pasibles de las multas que establece el artículo 47, pudiendo aplicarse, asimismo, la multa civil que introduce el artículo 52 bis a favor del consumidor (daños punitivos), y las restantes indemnizaciones que puedan corresponder al consumidor, *v. gr.*, daño directo en los términos del nuevo artículo 40 bis, o las que surjan del Código Civil y Comercial.

La aplicación de multas es importante, pues se trata de una herramienta para erradicar las prácticas que ofendan la dignidad del consumidor o usuario. Las multas deben ser severas, pues de lo contrario no cumplirán su función disuasiva. De no ser así, al discriminador le puede convenir pagar para seguir haciéndolo.

Teniendo en cuenta la naturaleza de las transgresiones que sanciona la ley, se establece que ambas penalidades son extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

De la locución "ambas penalidades", y más precisamente del término "penalidades" que utiliza la norma, se extrae que la solidaridad se establece respecto de las multas que se impongan en los términos del artículo 47, LDC, y en concepto de daño punitivo (art. 52 bis), pero no por una eventual indemnización por daño directo (art. 40 bis), salvo, claro está, que se aprueben los presupuestos de la responsabilidad a su respecto.[145]

En cuanto a otros efectos, además de multas e indemnizaciones, dada la pluralidad de situaciones posibles, los mecanismos de tutela han de ser todos los emergentes del Estatuto de Defensa del Consumidor, que pueden implicar tanto el acceso a los bienes y servicios

144. Gómez Leo, Osvaldo y Aicega, María, "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", en SJA, 20/08/2008.

145. Ídem.

injustamente denegados como el ejercicio de acciones tendientes a la cesación de la práctica abusiva.

Normas sobre trato digno en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires rige la Ley de Trato Digno N° 4389, que fue sancionada el 29 de noviembre de 2012 y promulgada el 2 de enero de 2012 (BOCBA N° 4077 del 18/01/2013). Esa ley prevé en su artículo 1° que será práctica abusiva:

a. Toda práctica y/o conducta que la autoridad de aplicación determine contraria a la establecida en el art. 8 bis de la Ley Nacional de Defensa al Consumidor (Ley Nº 24.240);
b. Toda práctica de atención al público que implique permanecer en filas con esperas mayores a 30 minutos;
c. Toda práctica de atención al público que implique permanecer en filas a la intemperie en el exterior de instituciones y/o locales comerciales;
d. Toda práctica de atención al público que obligue a esperas en instituciones y locales comerciales mayores a 90 minutos, incluso aunque se provea de suficientes asientos, existan instalaciones sanitarias y el orden de atención sea según ticket numerado.

Según el artículo 2° de la misma ley, el consumidor podrá denunciar la infracción al trato digno en el libro de quejas, sin perjuicio de utilizar los demás canales habilitados para denuncias. La autoridad de aplicación iniciará actuaciones administrativas de oficio o por denuncia, todo de acuerdo al procedimiento establecido por la Ley N° 757. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las sanciones previstas en el artículo 15 de la Ley de Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidores y del Usuario (N° 757), en el artículo 47 de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor (N° 24240) y en el Capítulo IV de la Ley de Lealtad Comercial (N° 22802) –hoy Decreto N° 274/2019–.

Por otra parte, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires existen otras leyes que se relacionan con el trato digno a los consumidores: a) la Ley Nº 2221, que establece la obligatoriedad de contar con una oficina de atención, dentro de la Ciudad, donde el usuario y/o consumidor pueda

efectuar los reclamos y/o consultas correspondientes en forma personal; b) la Ley Nº 2247 que prevé que los establecimientos comerciales deben contar con un libro de quejas, reclamos y sugerencias; c) la Ley Nº 2475 que regula el servicio de atención telefónica con operadores; d) la Ley Nº 3175 que modifica la ley sobre el "Registro No Llame"; e) la Ley Nº 3678 que crea un Sistema de Información de Denuncias; f) la Ley Nº 4388 que prevé que frente a un reclamo existe la obligación para las empresas proveedoras de bienes y servicios de solicitar el mail y luego enviar por dicha vía el reclamo efectuado; g) la Ley Nº 4827, que prevé la exhibición y publicidad de precios en la Ciudad, entre muchas otras.

Trato digno y los servicios de entidades bancarias

Los servicios que prestan las entidades bancarias y financieras suelen ser ámbitos en los que los derechos de los consumidores no son respetados, no solo por falta de información adecuada, o por ser víctimas de estafas virtuales, sino también por el trato indigno que las entidades bancarias y sus intermediarias brindan a los usuarios.

Kemelmajer de Carlucci ha hecho un estudio pormenorizado sobre la materia y ha identificado distintos casos en que se han aplicado sanciones pecuniarias y daños punitivos a los proveedores:[146] a) por trato irrespetuoso y desaprensivo hacia el cliente;[147] b) porque el banco intimó confusamente y de modo intimidante a proporcionar datos a un cliente de 70 años, que cobra su jubilación a través del banco, y cuando él concurrió a la entidad bancaria a aclarar la situación, la empleada con quien debía contactar no trabajaba en la sede y recibió un trato descortés porque se le pedían datos sobre una importante suma que estaba acreditada en su cuenta, pero esa cantidad provenía de un juicio que el jubilado había cobrado al sistema de la seguridad y, por lo tanto, no

146. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Los daños punitivos y la responsabilidad civil de entidades bancarias hacia los clientes consumidores", *La Ley*, 01/02/2023, LL 2023-A-235 (referencia: TR LALEY AR/DOC/3703/2022).

147. CNCom., Sala F, 19/08/2014 (referencia: TR LALEY AR/JUR/57743/2014), comentario de Farinati, Eduardo, "Actualidad en Derecho bancario", RDCO, 06/2014, año 47, LL 2014-B-693.

podía presumirse que venía del narcotráfico como invocaba el Banco;[148] c) porque la entidad pretendió el cobro del crédito por medios intimidantes, en particular, con el correo electrónico enviado por un estudio jurídico titulado "Último aviso por embargo de haberes" con apariencia de reclamo judicial, dirigido también a allegados del actor, luego de 4 años de la finalización de la relación entre las partes;[149] d) porque el banco se condujo desaprensivamente en tanto: (i) durante meses no dio al cliente ninguna respuesta sobre la denuncia de fraude que este había realizado; (ii) informó erróneamente al BCRA que el consumidor era moroso "irrecuperable", replicándose dicha información a través de numerosas empresas; (iii) se mantuvo en una posición de indiferencia, pese a haber reconocido que la información suministrada se encontraba erróneamente conformada;[150] e) porque el banco sumió una conducta dilatoria y negligente, poniendo trabas para concretar la rescisión del contrato que ya se había producido por propia decisión del usuario (manifestada a través de una carta documento), enviándole numerosos reclamos de pago de obligaciones que no eran a su cargo y que culminó en informar erróneamente que la actora era deudora morosa;[151] entre otros muchos casos compilados por la autora.

Sobre el tema también se ha pronunciado Vazquez Ferreyra, quien al referirse a las "Ciberestafas bancarias", ha señalado la importancia de que nuestros tribunales no solo deben dar tutela pronta y efectiva a través de medidas cautelares, sino también resarcir las consecuencias dañosas y sancionar conductas denigrantes hacia los consumidores.[152]

Resta señalar que se encuentra vigente la Comunicación del Banco de la República Argentina que prevé normas sobre "Protección de los Usuarios de los Servicios Financieros" (Comunicación "A" 7744, t.o. del 17/04/2023) y, en particular, prevé que

> Las políticas, prácticas y procedimientos de los sujetos obligados no podrán representar un trato discriminatorio de los usuarios. Los sujetos

148. JPaz Viedma, "M., Miguel Ángel c/ Banco Patagonia S.A. s/ menor cuantía (jp) (digital)", 10/02/2022.

149. CNCom., Sala C (referencia: TR LALEY AR/JUR/110837/2022), 24/08/2022.

150. CNCom., Sala F (referencia: TR LALEY AR/JUR/37820/2019), 29/10/2019.

151. CFed. Córdoba, Sala A (referencia: TR LALEY AR/JUR/24353/2015), 23/06/2015.

152. Vazquez Ferreyra, Roberto A., "Ciberestafas bancarias y procesos de consumo", en *La Ley* del 30/8/2023.

> obligados deberán adoptar los recaudos necesarios a los efectos de prevenir particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, edad, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos. En particular, no corresponderá el rechazo de solicitudes de financiación por el solo dato de la edad del solicitante, cuando su nivel de ingresos proyectados sea suficiente y sea posible tomar cobertura por su riesgo de muerte mediante la contratación de un seguro de vida sobre saldo deudor. Ello, no obstante, será decisión del sujeto obligado contratar o no dicho seguro. Asimismo, en el trato que dispensen a todas las personas humanas –incluso cuando no revistan el carácter de usuarias de servicios financieros– deberán evitar las prácticas o acciones detalladas en el punto 2.4.

Jurisprudencia

Lamentablemente, la vida cotidiana ofrece numerosos ejemplos, como el caso de los lugares bailables que hacen esperar a los jóvenes en la puerta durante largo tiempo para ingresar, para que se vea mucho público; la irritante situación de llamar por teléfono y esperar mucho tiempo para ser atendido, además de tocar previamente diversas opciones, etcétera. Mencionamos algunos fallos:

> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a brindarles a los consumidores un trato digno (art. 42 Constitución Nacional), lo que implica que se deben adoptar medidas para que sean atendidos como unas personas humanas con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece, incluyendo la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo.[153]

En el mismo sentido ha resuelto que en el caso del pasajero transportado, el trato digno significa la adopción de las diligencias mínimas para que el tren, una vez en marcha, circule con las puertas correcta-

153. CSJN, Fallos: 331:819.

mente cerradas, y para evitar que viajen pasajeros ubicados en lugares peligrosos para la seguridad del transporte.[154]

En la causa "Bauer de Hernández, Rosa c/ Carrefour Rosario", se resolvió:

> Es procedente la indemnización del daño moral reclamado por un consumidor que con motivo de la activación de las alarmas instaladas a la salida del hipermercado del demandado, fue objeto de un control abusivo por parte de los dependientes de este a través de un innecesario despliegue que afectó su honor, a lo cual debe sumarse la circunstancia de que ante el resultado negativo del control, las disculpas del caso no fueron explicitadas con igual resonancia para su conocimiento por todos los concurrentes.[155]

En la causa "Zagame" se dijo que no se cuestionan:

> … actitudes prepotentes y autoritarias que violan abiertamente los derechos, de rango constitucional también, de los sujetos que asisten como clientes a tales establecimientos. Lo que procuro decir es que de ninguna manera el indiscutible derecho de vigilancia de la empresa puede ejercerse en detrimento del honor de integridad física o psíquica de las personas; aceptado lo cual, el error y exceso son irrefutablemente fuente de responsabilidad del agente de seguridad que los comete, y en tal sentido, extensible objetivamente a quien ha contratado tales servicios.[156]

También se ha dicho que

> Corresponde responsabilizar al supermercado y a la empresa de seguridad demandadas por el daño moral que causó a la actora el obrar de los guardias de seguridad, quienes le atribuyeron un ilícito sobre la base de afirmar como cierto un dato falso ante los dichos de una empleada que sospechó que estaba sustrayendo algún elemento de los colocados en las góndolas, pues aun cuando la actora en poco contribuyó para que el asunto pasara lo más desapercibido posible dicha reacción debió ser neutralizada por el personal que está entrenado para llevar adelante el procedimiento sin escándalo.[157]

154. CSJN, Fallos 333:203.

155. C. Civ. y Com., Rosario, Sala II, 12/02/99, LL Litoral 2000-554.

156. C. Civ. y Com., Lomas de Zamora, Sala II, "Zagame Roberto c/ Carrefour Argentina S.A.", JA 2003-IV-257.

157. C. C. Civ., Com. y Contencioso Administrativo, 2ª Nominación, Río Cuarto, 02/08/2004, LLC 2005-129, JA 2005II-189.

Otro fallo interesante fue dictado por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con fecha 23 de noviembre de 2004, en los autos caratulados "Aguirre, Alicia de las Mercedes y otro c/ Centro Integral de Comercialización S.A. s/ daños y perjuicios". En ese caso, fruto del error del personal de un supermercado, los actores recibieron un trato indigno, ya que fueron tratados "como delincuentes que pretendían sustraer mercadería del supermercado". El trato indigno provino del hecho de que los actores adquirieron distintos productos en el supermercado, y el personal del mismo olvidó retirar a unas sábanas adquiridas los sensores, destacándose que, como consecuencia de ello, los actores "recibieron públicamente el trato que se dispensa a quien intenta sustraer mercadería de un comercio".[158]

Hemos señalado que, sin duda alguna, un error (en este caso, el del empleado del supermercado que no retiró el sensor de los productos adquiridos) puede existir, y el proveedor puede equivocarse, pero ese error no debe generar una situación en la cual, basado en ese error, el proveedor agravie la dignidad del usuario y consumidor, y hasta afecte su honor y buen nombre, lo que ocurre, tal como lo señalaron los vocales de la Sala, cuando un grupo de personas se reúnen alrededor del usuario sospechado injustificadamente de haber cometido un hecho ilícito, y hasta maltratado por personal de seguridad del local en el cual se suscitan los hechos.[159]

Debe reparar el daño moral la empresa cuya empleada infirió un maltrato a un consumidor. El artículo 9 del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles RSC. 490/1997 establece el derecho a favor del cliente de ser tratado con cortesía y corrección, por lo que el maltrato vertido por una empleada de la empresa queda captado por la previsión genérica del artículo 1066 del Código Civil.[160]

Aunque no se alude allí expresamente a la ley de defensa al consumidor, cabe citar el fallo dictado por el Juzgado Federal en lo

158. Ver Considerando II del voto del Dr. Posse Saguier. Un examen detenido de este caso puede verse en Lowenrosen, Flavio, "La dignidad, derecho constitucional de los usuarios y consumidores", en *El Dial.com*.

159. Ídem.

160. C. Civ. y Com. Córdoba, 4ª, "Cuello, Fernando v. Telecom Personal S.A.", 29/03/2005, JA 2006III318.

Contencioso Administrativo Nº 1, en autos "Unión de Usuarios y Consumidores Libres c/ Secretaría de Transporte".[161]

En ese caso, el magistrado, luego de efectuar una interesante reseña de los principios doctrinarios, jurisprudenciales y legales en relación al principio de igualdad, afirma:

> Que, de una hermenéutica de conjunto de las normas reseñadas, se derivan en lo inmediato, algunas conclusiones trascendentes. Por empezar, que la prohibición de discriminación consiste en algo más que en una simple censura al trato desigual, pues existe un verdadero mandato constitucional de interdicción de tales conductas que repercuten negativamente en la conformación social, desde que el tratamiento secundario de algunos seres humanos comporta un atentado directo a la propia dignidad del hombre en base a la cual se construyen los derechos fundamentales. De otro lado, se desprende, asimismo, que la discriminación es una conducta calificada por el resultado, por manera que la intención del sujeto que discrimina es absolutamente irrelevante a los efectos de establecer la efectiva existencia de discriminación. En esta derivación hacia una formulación objetiva de la noción de discriminación han sido determinantes los textos internacionales citados, que progresivamente han puesto de manifiesto la intrascendencia del elemento intencional para la tipificación de un caso de discriminación. Corolario de ello, por lo demás, resulta el carácter autónomo de la prohibición de discriminación, que cabe reconocerle actualmente. En efecto, se debe descartar que la prohibición de discriminación carezca de significado propio y específico y solo se la conciba como una técnica de salvaguarda del alcance de otros derechos, de modo que solo resulte relevante en la medida en que perjudique el ejercicio pleno de tales derechos, ya que ello conduce a un complejo entramado de valoraciones sobre el recorte del derecho y su razonabilidad. Y cuando esto sucede, la prohibición queda desplazada hacia una mera función de simple cartabón o pauta de regularidad en el ejercicio de otros derechos. Dicha autonomía ha sido consagrada claramente en los tratados internacionales, siendo solo un ejemplo de esto que se viene diciendo la norma consagrada en el art. 26 del citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de esta forma, tales notas de objetividad y autonomía que actualmente definen los contornos de la prohibición de discriminación, vienen a enlazarse perfectamente, en su formulación más moderna, como clara garantía del derecho

161. Sentencia del 07/11/2005, publicada en *La Ley online*.

> fundamentalísimo y axiomático del que gozan todas las personas no en virtud de su nacimiento, sus características, méritos, excelencias o condición social, sino, solamente, en cuanto seres humanos, a ser tratadas con la misma consideración y respeto.

El juez advierte en su fallo que pudo verificar directamente, como consecuencia de las diligencias realizadas,

> ... la desigualdad de trato en que la asociación accionante funda la demanda, el verdadero tratamiento secundario [...] al que son sometidos actualmente los usuarios de la Línea Sarmiento en el corredor eléctrico Once/Moreno. Me basta para formular esta afirmación el recuerdo del estado de los trenes que tuve que abordar. Se encontraban sucios los vagones y rotos los asientos y los vidrios de las ventanas y puertas; aunque, para ser más fiel con la realidad, en casi todos los coches faltaban completamente los vidrios de algunas ventanas y no habían sido repuestos. Desde luego, ninguno de los vagones contaba con aire acondicionado, ni cestos para la basura, y los furgones se encontraban, en todos los casos, en deplorable estado. Por el contrario, los trenes de la Línea Mitre, que tampoco son gran cosa, por lo menos estaban limpios, en ninguna ventana de ningún coche faltaban vidrios, ni los había rotos; existen cestos para la basura y espacio para discapacitados –a los que estos pueden acceder fácilmente y no como ocurre en el caso del Sarmiento–, y los furgones, más amplios, no presentaban diferencias manifiestas, en cuanto a su estado de mantenimiento, con el de los vagones comunes.

Ante semejante panorama, el magistrado concluye en que en el caso se concreta efectivamente un supuesto de discriminación que corresponde suprimir en razón de que el tratamiento desigualitario es injusto. Dice el fallo:

> Pareciera que la menor o más precaria condición social autorizaría, aun inconscientemente [...], la prestación de un servicio de menor calidad, y esto no es un descubrimiento, porque, precisamente, es la consecuencia típica que, en todos lados, trae aparejada la discriminación cuando tiene lugar en razón de la condición social del individuo que la padece; y por ello es prohibida. Porque así como en democracia nadie puede reclamar una mayor consideración o respeto sobre la base de su condición o posición social, nadie, tampoco, debe soportar que, por tal circunstancia, se menoscabe la consideración y el respeto que merece y se le debe. Y en segundo término, como no es aceptable presumir que todos o la generalidad de los usuarios de la Línea Sarmiento se dediquen, durante los viajes,

> a destruir los vidrios y los asientos (lo que sería verdaderamente asombroso), creo que ello autoriza a sospechar que se concreta en el caso una efectiva difamación de los mismos, y cuando se trata de la difamación colectiva, la situación es más grave, aparte de compleja, porque la discriminación que se funda en una difamación de este tipo no está dirigida contra un individuo determinado, aunque el sufrimiento que provoca sea un fenómeno individual, sino contra todo un grupo indeterminado de personas, lo cual tiene como efecto una expansión que no es siquiera posible mensurar y que, por su habitualidad, no es extraordinario que culmine generando actos de violencia, cuya represión también terminan soportando las mismas personas victimizadas por la discriminación.

Sobre esas bases, el magistrado ordena a la empresa Trenes de Buenos Aires S.A.:

> … abstenerse de otorgar a los usuarios de la Línea Sarmiento un trato desigual y secundario respecto de los usuarios de la Línea Mitre, que implique una violación a la prohibición de discriminación consagrada en las normas, nacionales e internacionales, citadas en el consid. 6º) de este pronunciamiento. A tales fines, deberá proceder inmediatamente a la limpieza de los vagones que se utilizan en las formaciones que prestan el servicio en el mencionado corredor eléctrico y, dentro del plazo de diez (10) días de quedar consentida o ejecutoriada la presente sentencia, deberá proceder a la refacción o reposición de los vidrios (de manera que en ninguna ventana y/o puerta falte alguno) y asientos de esos mismos vagones. Durante la etapa de ejecución, con la participación de la ONG accionante, y de otras que quieran sumar su aporte en ese momento –dado el carácter colectivo que reviste la presente acción– y el contralor del perito designado en autos, así como de la CNRT y del Estado Nacional (a través de la Secretaría de Transporte del Mº de Infraestructura y Vivienda de la Nación), se resolverá sobre las medidas que habrán de ser adoptadas en el futuro a fin de equilibrar adecuadamente la prestación de los servicios de ambas Líneas, en cuanto al material rodante, a la cantidad de formaciones, al tiempo de espera, sobre todo en las horas/pico y –en definitiva– a la eficiencia y eficacia del servicio que se presta.

Es procedente la reparación de los daños ocasionados a un titular de tarjeta de crédito por el rechazo indebido de autorización para efectuar determinados gastos sin previa intimación o advertencia, pues la omisión de brindar al usuario una información completa y oportuna del funcionamiento del sistema y del alcance de sus derechos,

obligaciones y límites de consumo, conculca la plena operatividad del art. 42 de la Constitución Nacional en cuanto reconoce a los consumidores y usuarios de bienes y servicios el derecho a la protección de sus intereses económicos y a condiciones de trato equitativo y digno.[162]

Corresponde instrumentar por vía del amparo el reclamo a una empresa de medicina prepaga por cambio unilateral de condiciones en perjuicio del afiliado, pues resulta aplicable la norma constitucional que consagra el derecho de consumidores y usuarios –en la relación de consumo– a la protección de la salud y a condiciones de trato equitativo y digno –art. 42, Constitución Nacional– atento la operatividad de tales garantías y la función no solo restauradora sino preventiva del amparo en la emergencia.[163]

Otro fallo importante para resaltar es el que dictó la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en autos "P. D. N. c/ General Paz Hotel S. A. s/ Daños y Perjuicios". En ese caso, una pareja, al querer contratar los servicios de un hotel alojamiento, recibió como respuesta una negativa en virtud de ser las personas del mismo sexo, lo que constituye, la conducta adoptada por el albergue transitorio, una clara discriminación en razón de la orientación sexual. La Sala H de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, teniendo en cuenta la ratificación por parte del Estado Argentino de los instrumentos de derechos humanos, que desde el año 2010 en nuestro país se encuentra vigente el matrimonio igualitario y la lucha incansable de colectivos LGTB por el reconocimiento de sus derechos, concluyó que la conducta desplegada por el hotel resulta inaceptable y discriminatoria, por lo cual condenó a la empresa a un resarcimiento de los daños ocasionados.[164]

En otro caso se consideró que una empresa de telefonía había vulnerado el trato digno del consumidor porque, luego de percibir el pago del servicio para la instalación de una línea telefónica familiar, demoró más de un año en cumplir con la obligación a su cargo sin brindarle al cliente información alguna de las razones de su demora, comportamiento que no comparecería con la conducta esperable de quien tiene

162. CNCom., Sala A, 13/07/2001, DJ 20013-546, LL 2001F-681, ED 196-184.
163. CNCom., Sala C, 23/11/2000, ED 194-223, LL 2001B-743, DJ 20012-493.
164. CNCiv., Sala H, 16/12/2015. Disponible en ijeditores.com.ar

a su cargo la explotación exclusiva de un servicio público domiciliario de carácter esencial.[165]

En otro caso se acogió un reclamo por daño moral contra un abogado de una entidad financiera. Para así decir, la Cámara afirmó que

> Ocasiona un daño moral por su carácter intimidatorio y amenzante la nota con apariencia de cédula judicial que el letrado apoderado del banco enviara a la escuela donde trabajaba la deudora docente, con indicación de la decisión de ejecutar, aviso de embargo, sin indicar monto adeudado ni fijar plazo para recibirlo, dando cuenta de la existencia de deuda en mora y de lo infructuoso de las diligencias de cobro intentadas, máxime si la deudora había cuestionado el monto de la deuda.[166]

En suma, un usuario padece un trato indigno, entre otras situaciones, cuando la atención es deficiente o irrespetuosa por parte del dependientes del proveedor o por este mismo, cuando se lo trata como un delincuente cuando se activa alguna alarma en el local comercial donde se realiza la relación de consumo, cuando debe esperar mucho tiempo para ser atendido,[167] cuando no se le solucionan sus reclamos y quejas, o se difieren, o cuando la presenta y es objeto de burla, cuando se difunden sin autorización sus datos o sus imágenes,[168] cuando el local comercial donde se realiza la relación de consumo se encuentra en condiciones sucias o antihigiénicas o en él hay malos olores, cuando al usuario deudor se lo trata de modo indigno o se lo discrimina o se divulga la situación a terceros de manera directa o indirecta, cuando el proveedor no resguarda, ni garantiza, con su prestación, la vida de los usuarios y consumidores,[169] cuando el proveedor pretende limitar su responsabilidad en el marco de las prestaciones, afectando, así, la vida humana.

165. C.Civ.Com., Córdoba, "Benejam, Onofe Alejandro c/ Telecom Argentina SA s/ abreviado -cumplimiento/resolución de contrato", LLC 2014 (junio), p. 581.

166. CNCom., Sala E, "Lloyds TSB Bank c/ F., M. E.", 10/2/2006, JA 2006-III-43 (el reclamo de la consumidora tuvo carácter reconvencional).

167. Se han establecido pautas reglamentarias que obligan al proveedor a atender con rapidez y diligencia al usuario, lo que ocurre en el tema del peaje.

168. "La publicación de las fotografías del actor constituyó una práctica abusiva por parte de la demandada a expensas de la dignidad del accionante" (CNCiv., Sala J, el 31/08/1999, "P., Fabio Ángel c/ Diario Clarín y otros s/daños y perjuicios").

169. "Es procedente la acción de amparo incoada contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que en el menor tiempo posible se ejecuten medidas tendientes a acondicionar el deficiente servicio de guardia que brinda un establecimiento

Palabras finales

A treinta años de sancionada la Ley Nº 24240 de defensa de los consumidores no caben dudas de que todavía queda mucho camino por recorrer. Muchas veces los servicios de atención al público no existen o son deficientes. Otras tantas es imposible hablar con una persona humana para obtener una respuesta. Las alternativas que el proveedor ofrece al consumidor suelen consistir en enviar un correo electrónico, gestionar un reclamo en una página *web* o utilizar el servicio de mensajería instantánea para ser atendido por inteligencia artificial. Y aun cuando fuera posible mantener una conversación telefónica, muchas veces hay que atravesar largos tiempos de espera o aguardar a que la llamada sea derivada al sector específico. En algunos casos la solución al problema del consumidor nunca llega.

La situación de desventaja en la que se encuentra el usuario es notable pues resulta difícil emprender reclamos contra proveedores, ya sea por falta de tiempo o de elementos de juicio. Esa realidad exige que los tribunales civiles y comerciales no sean restrictivos a la hora de despachar medidas probatorias anticipadas o medidas cautelares. La propia naturaleza de estos reclamos habla de la urgencia en disponer medidas judiciales, debiéndose tener en cuenta que en varias ocasiones el consumidor carece de pruebas, o le resulta difícil obtener información si no lo es por medio de un aseguramiento de pruebas o diligencias preliminares.

Los procesos deben adecuarse a los tiempos que vivimos y no apegarse a formalismos propios de siglos pasados, máxime si se repara en la función preventiva que en la actualidad posee la responsabilidad civil (art. 1710 y ccs., Cód. Civil y Comercial), lo cual exige una respuesta jurídica rápida que corrija situaciones injustas y asegure el trato digno al que alude el artículo 42 CN.

---

psiquiátrico causado por el exceso de pacientes, pues el derecho a la salud integral se halla amparado tanto en la Constitución Nacional como en la Constitución de la Ciudad y en el orden local la ley 1990 declaró la emergencia sanitaria autorizando la designación del personal necesario para brindar un servicio adecuado" (Contencioso, Administrativo y Tributario, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, 25/06/2007, *LALEY* 2007-E-100, con nota de Inés D'Argenio, *Sup. Const.*, 2007 (noviembre), p. 73).

Artículo 9. Cosas deficientes usadas o reconstituidas*

Cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indicarse las circunstancias en forma precisa y notoria.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100, 1106, 1107, 1111 del CCCN.*

El presente artículo establece una regulación relacionada con la oferta pública a consumidores indeterminados de bienes que presentan algún tipo de deficiencia, son usados o fueron reconstruidos. En estos casos, es obligación del proveedor indicar dicha circunstancia en forma precisa y notoria, de manera de que no existan dudas por parte de los consumidores, sobre las características del bien que desean adquirir.

La norma en análisis guarda una relación estrecha con la oferta y con el contenido del mensaje publicitario dirigido a consumidores indeterminados. Cuando se comercialicen cosas usadas, deficientes o reconstruidas, dicha situación debe desprenderse en forma cabal de la oferta, a efectos de que los consumidores a los que va dirigida la propuesta de contratación sobre una cosa que reúna las características enunciadas, puedan comprender adecuadamente las particularidades del bien que se comercializa.

Debemos recordar que la oferta de un bien o servicio a consumidores indeterminados es una propuesta de contrato que se integra con las características esenciales del producto que se comercializa y con su precio, de manera que la aceptación del consumidor trae aparejado el perfeccionamiento del contrato. Por dicho motivo, el proveedor que ofrece o comercializa cosas usadas, deficientes o reconstruidas, debe indicar dicha circunstancia en forma precisa y notoria, para evitar generar falsas expectativas en el consumidor.

Con respecto a las distintas situaciones a las que alude la norma, podemos definirlas de la siguiente manera:

a. Cosas deficientes. Por deficiencia puede entenderse algún defecto o imperfección que afecta parcialmente alguna de sus

* Comentario sobre los artículos 9 y 10 por Patricio Cánepa.

partes o su funcionalidad. Este tipo de productos se ofrece en condiciones deficientes, sin reparar.

b. Cosas usadas. Son operaciones que se realizan con un bien que tuvo un dueño anterior. El bien, por su uso, no se encuentra en las mismas condiciones en las que se encontraba cuando fue adquirido por primera vez. Actualmente, es muy normal que en páginas *web*, en locales comerciales o en ferias, se ofrezcan este tipo de productos.

c. Cosas reconstruidas. En estos casos la norma se refiere a productos que contienen algún defecto de fabricación y que requieren algún arreglo previo para su venta. Son cosas a las que se le efectuaron arreglos o reparaciones para que pueda ser utilizado en condiciones normales.

Deber de información reforzado

De la letra del artículo 9 se desprende que las operaciones con cosas deficientes, usadas o reconstruidas son lícitas, pero se pone en cabeza del proveedor una obligación reforzada del deber de información, debiendo indicar la circunstancia en forma precisa y notoria.

El deber de información reforzado tiene como finalidad proteger el proceso de formación de la voluntad del consumidor, quien tiene derecho a conocer el estado del bien que se comercializa. Lo que constituye una infracción a la ley no es la oferta a consumidores indeterminados de un bien usado, deficiente o reconstruido, sino el ocultamiento de esa información.

Como bien señala Farina,

> Del juego de los arts. 4 y 9 resulta que quien ofrece cosas en estas condiciones debe no solo aclararlo, sino que ha de suministrar –en forma precisa notoria, cierta y objetiva– información veraz, detallada y suficiente sobre dichas circunstancias.[170]

Con respecto a los alcances del deber de información, de una lectura de la norma, se desprende que el proveedor debe indicar en forma de-

170. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008, p. 234.

tallada las deficiencias de la cosa comercializada y las afectaciones al uso normal del producto que esa circunstancia pudiera llegar a producir. No alcanza con indicar que la cosa es usada, deficiente o reconstruida, sino que debe brindar información precisa sobre las características del bien.

Principio de buena fe

La norma en análisis no solo tutela la voluntad del consumidor en las transacciones comerciales mediante el deber reforzado de información en cabeza del proveedor que realiza una oferta de un bien deficiente, sino que protege también la buena fe, principio general del derecho y uno de los pilares del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN).

El artículo 9 del CCyCN establece como principio general que los derechos deben ser ejercidos de buena fe. Por su parte, el artículo 961 instituye que los contratos deben celebrase, interpretarse y ejecutarse de buena fe y obligan no solo a lo que está expresamente convenido, sino también a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances que razonablemente un contratante previsor se habría obligado.

Con respecto a este principio, la doctrina tiene dicho que los principios generales del derecho apuntan a los valores fundamentales de un ordenamiento jurídico, y que con la incorporación del principio de buena fe en el título preliminar del CCyCN

> El criterio metodológico adoptado supone adoptar al mayor grado de generalización de la buena fe; no ya una cuestión particular de la materia contractual, ni siquiera de los actos jurídicos, sino más ampliamente –como se verá– como un principio que informa todo el ordenamiento jurídico.[171]

Se ha sostenido también[172] que el deber de cooperación se acentúa en el marco de las relaciones de consumo y que en este contexto la buena fe se encuentra relacionada con el deber de información, en virtud de que el contrato de consumo exige un conocimiento superior por parte de quien contrata sobre las particularidades del negocio.

Por lo que este principio adquiere una importancia especial en el proceso de formación, celebración y ejecución de un contrato, e

171. Alterini, Jorge (dir.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético*, La Ley, 3° ed., 2019, Tomo I, p. 79.

172. Ibídem, Tomo V, p. 55.

impone al proveedor el deber de adoptar un comportamiento honesto, probo y correcto.

En base a lo expuesto, se encuentra en cabeza del proveedor la obligación de informar en forma precisa y notoria sobre la cosas usadas, deficientes o reconstruidas que comercializa, y las demás cuestiones atinentes a este tipo de productos, como una forma de materializar la aplicación del principio de buena fe en la oferta masiva de bienes y servicios, de manera que el consumidor comprenda cabalmente el estado del bien que está adquiriendo y las demás circunstancias relevantes de la operación.

Incumplimiento del proveedor

El proveedor que comercialice cosas deficientes, usadas o reconstruidas, sin informar adecuadamente dicha circunstancia, es responsable frente al consumidor por los daños que genere su incumplimiento.

Asimismo, como bien señala destacada doctrina,

> Las obligaciones del proveedor no finalizan con la entrega del bien, debe además garantizar que se podrá utilizar de acuerdo a su verdadero destino y a la naturaleza y estado en que se ha sido transmitido, consecuencia de ello, de la buena fe y lealtad que debe exigirse. Esta manda tiene entre sus señeros objetivos garantizar al débil jurídico la posesión útil del bien, debiendo responder por los defectos que hicieran a la cosa impropio para su uso, o disminuyeren su idoneidad o utilidad.[173]

Con respecto a las consecuencias del incumplimiento del proveedor de las previsiones del artículo en comentario, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 bis de la ley 24240, el consumidor podrá exigir el cumplimiento forzado de la obligación si ello fuera posible, reclamar otro producto equivalente o rescindir el contrato con la restitución de lo pagado, sin perjuicio de las acciones por daños y perjuicios que correspondan según las circunstancias del caso.

Por su parte, en caso en que se verifique un incumplimiento de la norma en análisis, la autoridad de aplicación en el marco de las actuaciones administrativas labradas, podrá imponer al proveedor las sanciones enumeradas en el artículo 47 del estatuto consumeril.

173. Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 107.

Por último, debo señalar que los bienes referidos en el artículo en comentario se encuentran alcanzados por las disposiciones de la Ley Nº 24240 referidas a la garantía legal. El artículo 11 inciso 2 establece que las cosas que se comercializan tienen una garantía legal de tres meses cuando se trata de cosas muebles usadas o de seis meses cuando son nuevas, sin perjuicio de que el proveedor pueda ofrecer en forma convencional un plazo mayor.

En el caso de las cosas reconstruidas, si fueron reparadas en el proceso de producción, con anterioridad a su comercialización en una primera venta, en base al principio protectorio, deberá interpretarse el artículo 11 de manera más favorable al consumidor, aplicando el plazo de seis meses.

Jurisprudencia

> A partir del resultado de las pruebas aportadas es dable concluir en la responsabilidad del proveedor, al haber entregado un producto de condiciones distintas a las ofrecidas, ya que publicitó neumáticos nuevos y, sin advertirlo al comprador, vendió neumáticos cuya antigüedad incide negativamente en sus prestaciones, en las posibilidades de uso en condiciones de seguridad, y en el tiempo de utilidad remanente.
> [...] de conformidad con lo establecido en el art. 10 bis, inc. a, LDC, corresponde admitir esta pretensión y, en consecuencia, condenar a al demandado a entregar al actor tres neumáticos marca Michelin, modelo 'Pilot Street Radial STI', medidas: 180 55 17.
>
> La doctrina más calificada en la materia es conteste en sostener que no se satisface la exigencia legal [art. 9, ley 24.240] con la simple mención de que la cosa es usada, ni tampoco con mención de generalidades que den por entendido la existencia de falencias, sino que requiere una enumeración de ellas, detallando el estado real del objeto ofrecido. Ello a los fines de permitir al consumidor realizar una evaluación exacta de la conveniencia de su adquisición, habida cuenta que el deber de información se dirige a salvaguardar los intereses económicos del consumidor en la elección contractual, en consecuencia, la información debe ser de tal manera que permita una elección satisfactoria evaluando precio y prestaciones del producto, de modo que las falencias de este no desvirtúen las legítimas expectativas de un producto útil, según el parámetro de lo que verosímilmente el consumidor crea a partir de la expectativa desarrollada por la oferta.[174]

174. CCiv. y Com. San Salvador de Jujuy, Sala III, "Férron, Dominique Jacky Yves c/ Fronteras Motors SRL s/Ds. Y Ps.", Expte. N° B-221076/2009, 15/09/2019.

El art. 9° refiere a cosas deficientes usadas o reconstruidas y dispone que cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstruidas debe indicarse las circunstancias en forma precisa y notoria" (CNCom., Sala E, 09/05/12 "Errecalde, Pablo Daniel c. Udaondo Automotores").

"Corresponde confirmar la sanción impuesta en sede administrativa, con fundamente en que el fabricante no dio al consumidor información precisa y detallada de las características del producto a pesar de que presentaba alguna deficiencia, pues dicha sanción fue impuesta por considerarse acreditado el incumplimiento del artículo 9 de la ley 24.240 y no aparece como arbitraria o ilegítima.[175]

Artículo 10. Contenido del documento de venta

En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar:

a. La descripción y especificación del bien.
b. Nombre y domicilio del vendedor.
c. Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere.
d. La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley.
e. Plazos y condiciones de entrega.
f. El precio y condiciones de pago.
g. Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente.

La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

175. CNFCont. Adm., Sala V, "Hilu Hnos. SA c/Secretaría de Comercio e Inversiones", L.L. 1997-C-845, 15/04/1996.

Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto.

Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor.

La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley.

(Artículo sustituido por art. 7 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100, 1106, 1107, 1111 del CCCN.*

La presente norma establece condiciones de comercialización en las operaciones de compraventa de bienes, que se deben perfeccionar por escrito. La obligación de incluir en el documento de venta la información detallada en el artículo en comentario, están relacionadas con la protección del consumidor como sujeto débil jurídico, quien en el marco de la relación de consumo, se encuentra en una situación de vulnerabilidad estructural.

El objetivo del legislador con esta reglamentación es que quede una constancia escrita de ciertas cuestiones atinentes a la contratación, como una forma de tutelar los derechos de los consumidores.

Las condiciones del documento de venta enumeradas en el presente artículo materializan el deber de información en cabeza del proveedor en cuestiones relacionadas a la identificación de las partes, contenido de la operación, precio del bien y sus adicionales, condiciones de garantía, forma y plazo de entrega y demás circunstancias anexas a la operación en cuestión.

Esta información está estrechamente relacionada con el proceso de formación de consentimiento por parte del consumidor, quien al realizar la compraventa de un bien, debe tener un conocimiento cabal de los términos y condiciones de la transacción, con la finalidad de comprender adecuadamente el contenido del contrato.

Como bien señala destacada doctrina,

> El consumidor o usuario tiene que estar tutelado en la etapa de la negociación previa y sobre todo en el momento de perfeccionamiento del contrato, momento en el cual tiene derecho a conocer exactamente los

> términos del contrato que suscribe y a recibir una documentación que le permita saber [...] cuáles son sus derechos y obligaciones.[176]

Asimismo, la información que debe incluirse en el documento de venta y el detalle de las condiciones de la operación y de la garantía, está relacionado también con uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico que es la buena fe. Este deber en cabeza de las partes atraviesa todo el *iter* negocial, incluyendo la etapa pre contractual y el momento del perfeccionamiento del contrato y exige al proveedor, que cuando ofrece un bien o servicio, informe adecuadamente al consumidor sobre las particularidades del contrato.

Otro de los deberes relacionados con el artículo en comentario es la obligación del proveedor de dispensar un trato digno al consumidor, absteniéndose de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. El incumplimiento del proveedor de brindar información esencial relacionada con las condiciones de venta o el ocultamiento de circunstancias que tiene el deber legal de informar, trae aparejado también una violación a la obligación de brindar trato digno a los consumidores.

Por último, en caso en que existan discordancias entre la descripción del bien objeto de venta y lo efectivamente entregado, se perfeccionaría un incumplimiento obligacional y el consumidor quedaría habilitado a hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. Como bien señala la doctrina,

> La falta de identidad entre lo ofrecido, lo entregado y el cumplimiento de la finalidad a la que está destinado el bien importa un incumplimiento de la oferta y del contrato que autoriza al consumidor a dejar sin efecto la operación y a reclamar los daños padecidos con motivo de tal inobservancia.[177]

Documento de venta. Contenido

El artículo enumera como piso mínimo de información, los datos obligatorios que debe contener el documento de venta, sin perjuicio

176. Farina, Juan M., *Defensa del Consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008, p. 237.

177. Tambussi, Carlos E., *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2017, p. 112.

de que las partes pacten la inclusión de otros datos adicionales que brinden mayor claridad y certeza a la operación.

El documento debe contener la descripción específica del bien objeto de la contratación, el nombre y domicilio del vendedor, fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere, las características de la garantía conforme a lo establecido en la ley, el plazo y las condiciones de entrega, el precio y las condiciones de pago y deben estar especificados los costos adicionales que formen parte del precio final que deba pagar la persona que adquiere el bien.

Con relación a la forma de redacción del documento de venta, el artículo en comentario establece que debe efectuarse en castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible. Asimismo, no debe contener reenvíos a otros textos o documentos que no se entreguen en forma previa o simultánea.

En el caso en que se incluyan cláusulas adicionales, aquellas deberán consignarse en forma escrita y en letra destacada, y deben ser suscriptas por ambas partes. Por último, deben redactarse una cantidad de ejemplares similar a la cantidad de partes intervinientes en el contrato y el consumidor debe conservar un original.

Cuestiones incluidas en la reglamentación

El último párrafo del artículo en comentario delega al decreto reglamentario de la ley la potestad de establecer modalidades más simples de documentar las operaciones, cuando el bien objeto de la contratación o las condiciones de la operación así lo permitan, y siempre y cuando se garantice el cumplimiento de los fines perseguidos por la norma.

El Decreto 1798/94 reglamentó el artículo en comentario, con un criterio de practicidad para facilitar las operaciones y el tráfico comercial, pero sin perder de vista los fines tuitivos del estatuto del consumidor.

El inciso a establece que cuando el vendedor se encuentra autorizado por normas impositivas a extender un ticket, en el caso de que el objeto de venta sea un bien mueble, el documento podrá contener una descripción genérica de la cosa o la referencia al rubro de pertenencia, pero siempre y cuando la operación sea fácilmente individualizable para el consumidor.

Este inciso establece también que podrán omitirse los plazos y condiciones de entrega cuando esta se realice en el momento de la operación, y que se podrán omitir también las condiciones de pago cuando se realice de contado.

El inciso b, por su parte, instituye que cuando se comercialicen cosas o servicios que cuenten con garantía, el documento de venta deberá incluir una referencia expresa que contenga los alcances y características del certificado que deberá entregarse al consumidor. Asimismo, en los casos en que la venta se documente mediante ticket, bastará con la entrega del certificado respectivo.

Cuando el bien o servicio que se comercialice no cuente con garantía, tal circunstancia deberá quedar asentada en forma expresa en el documento de venta. En caso de que se omita la mención referida, el decreto reglamentario establece que se interpretará que la cosa no tiene garantía.

Esta última disposición debe ser interpretada en forma conjunta con el artículo 11 y siguientes del estatuto del consumidor, que reconoce la obligación del proveedor de otorgar al adquirente de un bien mueble no consumible una garantía legal de tres meses si el producto es usado y de seis meses si el producto es nuevo, y con el artículo 24 del mismo texto legal que regula la garantía en la prestación de servicios.

En base a estas disposiciones, no hay dudas sobre los bienes y servicios en los que se le reconoce al consumidor el derecho a obtener una garantía legal. Por lo que en el caso de que un bien no se encuentre alcanzado por la misma, pesa sobre el proveedor la obligación de informar tal circunstancia al consumidor y la omisión a ese deber lo hará pasible de la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la ley 24240.

Por último, el inciso c establece que el proveedor que incumpla los plazos y las condiciones de entrega será pasible también de recibir las sanciones previstas en la legislación consumerista.

Jurisprudencia

> Corresponde confirmar la multa impuesta a una empresa dedicada a la venta de electrodomésticos por infracción a los incs. d y e del art. 10 de la ley 24.240 al haber entregado una heladera comprada por la denunciante en mal estado y sin la garantía correspondiente, toda vez que la firma al momento de fundar los agravios contra la disposición impug-

nada describió genéricamente el procedimiento que utiliza al momento de entregar un producto pero no realiza consideraciones con respecto al proceder de su empresa respecto al caso concreto, no demuestra su diligencia al momento de entregar el documento de venta al cliente.[178]

Una empresa que comercializa planes de ahorro para la compra de automóviles y una concesionaria deben ser multadas por infracción a los arts. 4, 8 bis, 10, 10 bis, 19, 36 y 40 de la ley de 24.240, por haber omitido explicar a un cliente el rubro sobre diferimiento de alícuotas que se le cobró y haberle cobrado las primas de un seguro que no había contratado, pues la conducta de aquellas no se ajustó a lo que es propio en una relación de consumo, dado que en el trámite administrativo no contestaron debidamente los requerimientos del usuario, no acompañaron las documentales requeridas y le hicieron suscribir una solicitud de adhesión cuyo formulario pre impreso estaba incompleto y tenía información insuficiente.[179]

Debe confirmarse la sanción impuesta por la autoridad administrativa en orden a la infracción al art. 10 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) cometida por una concesionaria de automóviles que omitió informar en el documento de venta, las características de la garantía y la fecha de entrega del vehículo, pues la agencia no puede alegar ningún impedimento externo, toda vez que al momento de celebrar el acuerdo de la operación y en forma previa a la entrega del instrumento que así lo acredita, es imprescindible haber convenido con el adquirente las condiciones en que se otorgará la garantía del rodado.[180]

El artículo 10 de la ley 24.240 prevé que el contrato debe hacer constar la descripción y especificación del bien, el nombre y domicilio de quien vende, las características de la garantía; el plazo y las condiciones de entrega y el precio a pagar; con el fin de que el comprador cuente con la mayor información posible. El instrumento agregado no cumple con tal finalidad, pues no se especifica el costo del flete y a cargo de quien se encontraba, siendo éste un aspecto relevante, ya que el contrato se celebró en Buenos Aires y la entrega debía efectuarse en Tierra del Fuego. Tampoco prevé el modo de reintegro de las sumas abonadas, en caso de

178. CCATyRC, Sala III, "Garbarino S.A.I.C. e I. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", 19/03/2015, MJ-JU-M-92358-AR.

179. STJ Formosa, "Volkswagen S.A. de Ahorros para Fines Det. s/apelación ley pcial. 1480", 25/03/2015, TR LALEY AR/JUR/5221/2015.

180. CCATyRC, Sala I, "Francisco Osvaldo Díaz S.A. c/Ciudad de Buenos Aires", 05/02/2004, TR LALEY AR/JUR/2555/2004.

incumplimiento. Ello así resulta debidamente acreditada la violación al art. 10, ley 24.240, que exige la instrumentación de las disposiciones en el contrato, sin que las presuntas conversaciones a la que alude el recurrente, resulten suficientes para eximirla de responsabilidad.[181]

Artículo 10 bis. Incumplimiento de la obligación*

El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

a. exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuere posible;
b. aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
c. rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Todo ello, sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.

(Artículo incorporado por el art. 2 de la Ley Nº 24787, BO 02/04/1997).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1076 a 1091 del CCCN.*

La norma regula los efectos derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el proveedor frente al consumidor (y que lesionan su *interés de prestación*), estableciendo algunas diferencias respecto del tratamiento de la misma cuestión en la normativa general del CCCN (art. 730),[182] sin perjuicio de que, al haber este último cuerpo normativo regulado los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122), complementando el dispositivo estatutario, su preceptiva también resulta aplicable a la materia en tratamiento por aplicación del principio de interpretación normativa favorable (art. 1093 CCCN).

181. CNACAF, Exp. CAF 003293/1996, 15/10/1996.

* Comentario sobre el artículo 10 bis por Juan C. Boragina y Jorge A. Meza.

182. Zentner, Diego H., *Contrato de consumo*, Buenos Aires, La Ley, 2ª. ed., 2016, pp. 265 y ss.

Por ende,

> … las normas que regulan las relaciones de consumo no son únicamente las incorporadas a la Ley Nº 24240. Por el contrario, el artículo 3 de esa misma ley recepta el principio de integración normativa, según el cual las disposiciones de esa ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo. Esta integración con normas generales o especiales conforman lo que se denomina el Estatuto del Consumidor, que se encuentra conformado, entre otras, la Constitución Nacional (art. 42), la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Lealtad Comercial, la Ley de Defensa de la Competencia y el Código Civil y Comercial de la Nación.[183]

Ello así, dado que lo relativo al *interés de protección* de la persona y bienes del consumidor se encuentra contemplado en los arts. 5, 6 y 40 de la ley, que tutelan el deber legal de seguridad, funcionalmente autónomo respecto del deber primario (de prestación) y cuya finalidad, precisamente, es preservar la indemnidad del consumidor en relación a los daños que, con motivo de los actos de ejecución del contrato, pudiere sufrir en sus bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, posibilitando así la satisfacción íntegra de la utilidad esperada.[184]

De este modo, la tutela del interés de prestación por parte del artículo en comentario se concreta en distintas posibilidades que asisten al consumidor frente al incumplimiento relativo o absoluto del deber primario comprometido por el proveedor (entrega de un producto apto para el consumo o prestación de un servicio), ejerciendo las acciones de cumplimiento forzoso (sea en especie –incluyendo la aceptación de otro producto o servicio equivalente– o por contravalor dinerario) o acudiendo a la posibilidad resolutoria del contrato y al reclamo de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento o de la frustración del negocio (tutela reparatoria del crédito).

183. CNACom., Sala B, "Medina, Gonzalo Ramón Oscar c/ La Nueva Cooperativa de Seguros Limitada s/ordinario",26/04/2023. Disponible en: elDial.com, AAD68B, 22/05/2023; Meza, Jorge; Boragina Juan C., "Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos", en Wierzba, Sandra M.; Meza, Jorge A.; Boragina, Juan C., *Derecho de daños*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2ª ed., 2023, pp. 357 y ss.; Rusconi, Dante, (dir.) y AA. VV., *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 132 y ss.

184. Meza, Jorge; Boragina, Juan C., "Responsabilidad por daños…", *op. cit.*, pp. 357 y ss.

Vale aclarar, no obstante, que la normativa bajo análisis también se proyecta sobre el incumplimiento de la oferta, esto es, sobre el desconocimiento, por parte del proveedor, del carácter vinculante que esta tiene.[185]

Estas acciones pueden ser ejercidas por el consumidor "a su libre elección", es decir, indistinta o facultativamente, superando así la disputa existente en derredor de la regulación del artículo 730 del CCCN (antes 505 del Código Velezano), acerca de si era obligatorio ocurrir, en primer lugar, a la acción de cumplimiento forzoso "directo" (o específica) e intentar la acción de cumplimiento forzoso indirecto (equivalente dinerario de la prestación) en forma subsidiaria.

En suma, la norma adopta un criterio amplio y flexible que se corresponde con el interés del consumidor, sin sujetar el procedimiento a un orden preestablecido.[186]

El incumplimiento (sea de la obligación principal como de los deberes secundarios de conducta que coadyuvan a satisfacer el crédito de manera íntegra)[187] que da nacimiento a las acciones que habilita el artículo 10 bis LDC, claro está, podrá ser absoluto (cuando la imposibilidad definitiva de pago acaece debido a causas atribuibles al deudor, o cuando la imposibilidad provisoria –también imputable al proveedor– impide el cumplimiento dentro de un plazo esencial o cuando, en suma, frustra el interés del acreedor de modo irreversible, artículos 955 y 956 del CCCN o *relativo*, sea por *mora* (arts. 886 y ss. CCCN) o por *defecto* (por caso –en materia de productos elaborados– de diseño, de fabricación, de conservación, de información o instrucción, etc.),[188] toda vez que, en cualquiera de tales casos, el proveedor –ante la falta de ejecución o ejecución inexacta– no ajusta su conducta al proyecto prestacional comprometido.[189]

185. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la Ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, p. 199.

186. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores,* Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 284 y ss.; Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones,* Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1999, T. 2, p. 205.

187. Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho..., op. cit.*, T. 2, p. 205.

188. Meza, Jorge; Boragina, Juan C., "Responsabilidad por daños...", *op. cit.*, en Wierzba, Sandra M.; Meza, Jorge A.; Boragina, Juan C., *Derecho de daños, op. cit.*, pp. 357 y ss; Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado, op. cit.*, T. 2, p. 478.

189. Bueres, Alberto, "El incumplimiento de la obligación", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario,* Santa Fe, Ed. Rubinzal Culzoni, 1998, p. 95.

También debe destacarse que, conforme la redacción del artículo 10 bis bajo comentario, todas las obligaciones de consumo serían, en relación al proveedor, de resultado, esto es, objetivas o enancadas en un factor de atribución de tal naturaleza (garantía), puesto que únicamente puede eximirse de los efectos del incumplimiento acreditando imposibilidad absoluta de cumplir por existencia de caso fortuito o fuerza mayor.[190] La locución "siempre que ello fuere posible" introducida en el inciso a) de la norma cuando alude al cumplimiento forzado de la obligación, debe interpretarse sistemáticamente con la eximente aludida, pues confirma la necesidad de demostrar la incidencia de una causa ajena como única posibilidad exonerativa.[191]

Acción de cumplimiento forzoso *in natura*

Sentado entonces que el consumidor está habilitado para intentar indistintamente cualquiera de las acciones previstas por la norma, puede dirigirla a obtener el cumplimiento forzoso en especie de la prestación –producto o servicio–, como mecanismo propio de la tutela satisfactiva del crédito (inc. a).

Por ende, si la prestación consistiera en la *entrega de un producto* se trataría de una obligación de dar, razón por la cual serían aplicables a la misma las disposiciones generales propias de esta clase de deberes que consagra el CCCN (conf. arts. 1, 2 y cc.), entre otras, que la cosa comprometida exista, que se encuentre en el patrimonio del proveedor, que este ostente legítimamente su posesión, etc.[192] Y ello sin perjuicio del abastecimiento de los deberes secundarios de conducta que también integran su objeto, tales como el deber de conservación, de entregarlo con sus accesorios, da habilitar la inspección del producto, etc. (arts. 746 y ss. del CCCN).

En virtud de los principios generales, también resulta aplicable la normativa atinente *a riesgos* de la cosa (dependiendo si se trata de cosas ciertas inmuebles, muebles registrables o sin registro, o de cosas

190. Zentner, Diego H., *Contrato de consumo*, *op. cit.*, pp. 265 y ss; Farina, Juan M., *Defensa del consumidor...*, *op. cit.*, p. 200.

191. Lorenzetti, Ricardo L.; *Consumidores, op. cit.*, pp. 284 y ss.

192. Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

genéricas), frutos *y* mejoras, (arts. 755, 754, 755, 762 y cc. del CCCN) y régimen de garantías, saneamiento, responsabilidad por vicios redhibitorios, evicción, etc. (arts. 1033, 1044, 1051, ss. y cc. del CCCN y normativa del estatuto particular, arts. 11, 14, 18 y cc. LDC).

La acción de cumplimiento forzoso específico también admite, en estos casos, la imposición de astreintes ante la resistencia o renuencia del deudor, toda vez que se trata de un mecanismo compulsivo habilitado por el derecho de fondo (art. 804 CCCN) frente al incumplimiento de obligaciones de dar.[193]

El consumidor podría aceptar otro producto equivalente (opción que permite el art. 10 bis inc. b. LDC) lo que no mutaría la naturaleza de la acción (cumplimiento en especie), aunque ello sería facultativo del acreedor y no podría serle impuesto por el proveedor, cuyo compromiso está ceñido a la prestación comprometida en la obligación.

También –por aplicación del principio de interpretación normativa favorable–[194] el consumidor podría optar por la ejecución por un tercero a costa del proveedor, forma del cumplimiento específico que autoriza el artículo 730 inc. b del CCCN sin requerimiento judicial previo, especialmente cuanto se trate de obligaciones de género, dado que, de consistir la prestación en la entrega de una cosa cierta habida dentro del patrimonio del deudor, la resistencia de este último obstaría tal posibilidad.[195]

Si el objeto de la obligación consistiera, en cambio, en la *prestación de un servicio*, debería ser categorizada como una obligación de hacer (art. 773 CCCN), con la advertencia de que siempre será de resultado (inc. b. y c. de la misma norma) habida cuenta de que, según lo que señalamos en párrafos anteriores, todas las obligaciones de consumo son, en relación al proveedor, objetivas o enancadas en un factor de atribución de tal naturaleza (garantía).

Tratándose en tal caso de una obligación de hacer, resultan también aplicables las normas generales del CCCN en relación a este tipo de deberes calificados, entre otras, su cumplimiento "en el tiempo, lu-

193. Ibídem, p. 220.

194. Zentner, Diego H., *Contrato de consumo*, *op. cit.*, pp. 265 y ss.

195. Wierzba, Sandra M., *Manual de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters, La Ley, 2ª ed., 2019, pp. 94-99.

gar y modo acordado por las partes" (art. 773) y la limitación de ejercer fuerza en relación a la persona del deudor.

También se proyectan sobre la regulación de esta clase de deberes las disposiciones comunes que norman, en general, los servicios y las obras (arts. 1251 y ss. del CCCN), especialmente la posibilidad que asiste al prestador de eventual cumplimiento por otro –"excepto que de lo estipulado o de la índole de la obligación resulte que (el proveedor) fue elegido por sus cualidades para realizarlo personalmente en todo o en parte"– (arts. 776 y 1254), esto es, que el despliegue de actividad por parte del deudor tuviere especial relevancia (*intuitu personae*) para el consumidor.

Del mismo modo, la *opción* que tiene el consumidor, frente a la inejecución de la obligación por parte del proveedor o de quien hubiere incorporado a tal efecto, de hacerlo *cumplir por un tercero de su elección*, a costa del incumplidor (art. 777 inc. b. CCCN).[196]

El acreedor, además, estaría asistido del derecho a exigir la *destrucción* de lo mal realizado, si la prestación del servicio consistiera en la realización de un hecho, siempre que dicha posibilidad no implique una conducta abusiva (art. 775 CCCN).

Va de suyo que también en este caso la acción de cumplimiento forzoso específico admite la imposición de *astreintes* ante la resistencia del obligado, dado que se trata del campo más propicio para aplicarlas cuando se trata de prestaciones no fungibles, de cumplimiento posible.[197]

Ejecución forzada indirecta o acción de cumplimiento forzoso por equivalente dinerario

La tutela del interés de prestación, tal lo señalado, también se concreta en el ejercicio de la acción de cumplimiento forzoso por contravalor dinerario (*id quod interest o estimatio rei*) como modalidad de la tutela satisfactiva, esto es, persiguiendo el equivalente pecuniario de la prestación (ejecución forzada indirecta), posibilidad que contempla el artículo 10 bis del estatuto *in fine*, cuando hace referencia a "las acciones de daños y perjuicios que correspondan".

196. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor..., op. cit.*, p. 200.

197. Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho..., op. cit.*, T. 2, p. 220.

En efecto, si bien la referencia a tales acciones indemnizatorias se corresponde con la tutela o protección resarcitoria del crédito del consumidor, también comprende el valor económico de la prestación (propio de la tutela satisfactiva), dado que, en virtud del medio empleado (dinero), suelen asimilarse ambos conceptos, cuando su naturaleza es claramente distinta, en tanto el equivalente dinerario no es una prestación distinta de la debida en origen.[198]

Tutela resolutoria

Conforme lo ya señalado, el artículo 10 bis también autoriza al consumidor, en caso de incumplimiento, a "rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato".

Técnicamente se trata de la resolución tácita del contrato de consumo[199] que prescinde de la exigencia de la interpelación previa que regula el artículo 1088 inc. c) del CCCN, no obstante no tratarse de una cláusula resolutoria expresa.[200]

En efecto, la norma prevé un medio de extinción del contrato operativo en la etapa de ejecución, propio de la resolución implícita (pacto comisorio tácito), esto es, un acto jurídico unilateral que produce la extinción del vínculo contractual –y su consiguiente ineficacia– por causas que han sobrevenido al nacimiento del negocio y que han producido el incumplimiento de las obligaciones allí previstas.[201]

Ello así, entendemos que la posibilidad resolutoria prevista en la LDC participa de los caracteres generales del instituto (resolución tácita) previstos en el CCCN, especialmente:

a. el deudor debe encontrarse en mora (art. 1088 inc. b) o en situación de incumplimiento definitivo.

198. Bueres, Alberto, "El incumplimiento de la obligación", *op. cit.*, p. 95; Pizarro, Ramón D.; Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de Derecho…*, *op. cit.*, T. 2, pp. 204 y ss.

199. Zentner, Diego H., *Contrato de consumo*, *op. cit.*, pp. 265 y ss.

200. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor*, *op. cit.*, p. 201.

201. Manrique, Elsa, "El pacto comisorio en el Código Civil y Comercial de la Nación", en *Revista Científica Semestral In Iure*, año 7, vol. 1, pp. 25-43.

b. se ejerce mediante comunicación fehaciente recepticia de la extinción del contrato a la otra parte, extrajudicial o judicial, dado que la notificación de la demanda también opera con este efecto (art. 1078 inc. a y b).
c. si la otra parte no impugna la decisión resolutoria extrajudicial al recibir la comunicación, la extinción se produce de pleno derecho y sus efectos se retrotraen a la fecha de la mora (art. 1078 inc. f.).
d. la opción resolutoria puede ejercerse aun cuando el consumidor hubiere optado previamente por la acción de cumplimiento o, intentada esta y obtenido una sentencia condenatoria, la misma no fuere cumplida por el deudor (art. 1085).
e. la decisión de resolver inhabilita un planteo posterior de cumplimiento forzoso, al operar la resolución de pleno derecho con efecto impeditivo de la posibilidad de exigir el cumplimiento (art. 1078 inc. f. CCCN).
f. la resolución produce efectos retroactivos entre las partes y no afecta los derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso (art. 1079).
g. en nuestro criterio, siendo que el incumplimiento priva al consumidor de lo que sustancialmente tenía derecho a esperar de la relación de consumo (es obvio que no hubiera contratado de no haberse el proveedor obligado a su cumplimiento), deviene esencial a los fines de habilitar su resolución, sin perjuicio de ejercer la opción también frente a un incumplimiento intencional o anunciado (conf. art. 1084).
h. el consumidor puede plantear la resolución total o parcial del contrato, pero esa posibilidad es excluyente, de modo que si planteó una de ellas, no puede luego hacerlo en relación a la otra (art. 1083 del CCCN).[202]

Entendemos que el consumidor también podrá ejercer la opción resolutoria si, durante su ejecución, sobreviene alguna alteración extraordinaria que frustre de manera definitiva *la causa fin* o razón de ser jurídica del negocio (art. 1090 CCCN).

202. Herrera, Marisa; Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* Buenos Aires, Infojus, T. III, 2015.

Tutela resarcitoria

Según lo que llevamos dicho, el consumidor puede reclamar adicionalmente los daños y perjuicios derivados del incumplimiento –relativo o absoluto– de la prestación (daño al interés positivo) o de la frustración del negocio (daño al interés negativo o de confianza). Así lo reconoce la norma en comentario en su inciso c. *in fine.*

En caso de incumplimiento relativo, el reclamo se limitará a los daños moratorios (sobrevenidos por la ejecución morosa de la prestación) , en tanto que frente a un incumplimiento definitivo, además del valor equivalente de la prestación (*id quod interest*) podrá perseguir la indemnización de los daños adicionales o suplemento de daños (los derivados de la inejecución definitiva de la prestación comprometida o daño compensatorio), que también incluirá el moratorio, dado que este último resulta acumulable a aquel (art. 1747 del CCCN).[203]

En el supuesto de extinción de contrato de consumo por resolución, según lo adelantado, se indemnizarán los daños derivados de la frustración del negocio, esto es, los perjuicios que reconocen su causa adecuada en el ilícito frustratorio del acto, los sufridos por el consumidor a causa de haber confiado en la vigencia de un contrato que fracasó (interés de confianza).

En ambos supuestos de tutela resarcitoria, la indemnización comprenderá el daño patrimonial (daño emergente, lucro cesante, pérdida de una chance de obtener ganancias, art. 1738 CCCN) y también el *extrapatrimonial* (art. 1741),[204] que se presumirá en caso de que se afectaran bienes extrapatrimoniales del consumidor (art. 1744 CCCN); y que, por el contrario, este deberá acreditar en caso de que los bienes menoscabados fueren de naturaleza patrimonial.[205] Ello, en virtud de que la reparación del daño, en todos los casos, deberá ser *integral*, pro-

203. CNCiv., en pleno, "Civit c/Progress S.A.", en JA, 1990-III-49 y ss., 22/02/90, voto del Dr. Bueres.

204. Brebbia, Roberto, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, ed. La Rocca, 1987, pp. 167 y ss., en especial p. 227; id. Venini, Juan C., "Incumplimiento contractual", en JA, 1986-I-795 cap. IV, ap. f.-; Lowenrosen, Flavio, "El daño moral del consumidor por incumplimiento del proveedor en los contratos de consumo", elDial.com., 02/10/2020, editorial Albremática, Buenos Aires, 2023.

205. Meza, Jorge; Boragina Juan C., "El daño extrapatrimonial en el Código Civil y Comercial", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año XVII Nº 4, abril 2015, pp. 105 y ss.

pendiendo a "la restitución de la situación del consumidor damnificado al estado anterior al hecho dañoso" (art. 1740 CCCN).

Además, también procederá el *daño punitivo* o –con mayor propiedad– la multa civil que autoriza el art. 52 bis LDC, no como reparación, sino como mecanismo de prevención y sanción a quien ha actuado con *grave* indiferencia hacia los derechos del consumidor.

La norma autoriza al juez a aplicarla a instancias del damnificado, debiendo graduarla "en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso".

En cuanto al factor de atribución, si bien la norma solo exige el incumplimiento por parte del proveedor "de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor", sin más, la jurisprudencia ha exigido, para su aplicación, que el incumplimiento sea derivado de culpa grave o dolo,[206] sea directo o eventual (cuando demuestra grave indiferencia respecto de los derechos del consumidor) o cuando implica abuso de poder;[207] o cuando la conducta desplegada –por sobre cualquier construcción subjetiva– importa un accionar contrario a la buena fe.[208]

206. CNACom., CABA, 03/04/2020; Id SAIJ: NV23420; CCiv. y Com. Azul, Sala II, , "Rossi, Laura V. c/ Whirlpool Argentina S.A." RCyS 2013-IX, 99, 11/06/2013.

207. CCiv. y Com. de Mar del Plata, Sala II, "Machinandiarena Hernández c/Telefónica de Argentina", en *LL* 2009-C-647, 27/05/20090; "Graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios" (CCiv. y Com. Rosario, Sala II, "Rueda, Daniela c/Claro Amx Argentina S.A.", en *LL* 2010-f-397, 29/07/2010.

208. SCBA, 17-10-2018.CCiv. y Com. Azul, Sala II, "Rossi, Laura V. c/ Whirlpool Argentina S.A." RCyS 2013-IX, 99, 11/6/2013; CCiv. y Com. Azul, Sala II, "Dabos, Marcos Alberto c/ BBVA Banco Francés S.A. s/ Daños y Perj. Del./Cuas. (Exc. Uso Aut. y Estado)" 05/04/2017; CCivil y Com., Azul, Sala II, "Barcelonna, María Paula y otro/a vs. Naldo Lombardi S.A. y otro/a s. Daños y perjuicios", 05/06/2018; Galdós, Jorge M., (con la colaboración de Gustavo Blanco y Maria Eugenia Venier), "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", en Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos, *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2015, T. III, p. 259; y "Otra vez sobre los daños punitivos", en SJA 2016/06/08-1; en JA 2016-II; "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998. Primeras aproximaciones", en RCyS, 1999-23; "Daño moral colectivo. Daños punitivos y legitimación procesal activa", en RDD Nº 6-Daño Moral, p. 133; "La sanción pecuniaria disuasiva ambiental", en *Revista de Derecho Ambiental*, Nº 31 julio/septiembre 2012, p. 86; Llamas Pombo, Eugenio M., Galdós Jorge M., "Daños punitivos. Diálogos de Doctrina", en LL 2011-E-1155). Cf. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión Nº 10: Derecho privado comparado. Las penas privadas "Conclusiones", celebradas desde el 23 al 25 de septiembre de 1999 en Santa Fe, en JA 2000-I-1035.

Finalmente, en cuanto al monto de la pena, el artículo 52 bis remite al artículo 47, inciso b) de la LDC estableciendo un tope máximo del monto de la sanción, en tanto que para su graduación puede acudirse en forma analógica a los criterios que el art. 49 LDC prevé para las sanciones administrativas (el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario; la posición en el mercado del infractor; la cuantía del beneficio obtenido; el grado de intencionalidad; la gravedad de la falta; la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización; la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del caso; el carácter antisocial de la inconducta, etc.).[209]

Artículo 10 ter. Modos de rescisión*

Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación.

La empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las SETENTA Y DOS (72) horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario.

(Artículo incorporado por art. 8 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1097, 1098, 1100 del CCCN.*

El artículo en comentario viene a materializar uno de los principios generales de las relaciones de consumo, que es la reciprocidad en el trato. Según la letra de la norma, cuando una contratación de un servicio se efectúe en forma telefónica, electrónica o similar, el consumidor o usuario, a su elección, podrá rescindirla mediante el mismo

209. CCivil y Com., Azul, Sala II, "O., María del Rosario c/ AMX Argentina (Claro) S.A. s/ Daños y Perjuicios", Daño punitivo. Cuantificación. Consumidores. Cláusulas abusivas, Expte. N° 63121, 28/08/2018.

* Comentario sobre el artículo 10 ter por Patricio Cánepa.

medio utilizado para la contratación. La previsión alcanza a los servicios públicos domiciliarios.

Lo que la norma busca evitar es que las empresas proveedoras de servicios establezcan mecanismos ágiles y sin formalidades para perfeccionar el contrato o gestionar el alta del servicio, que contrasten con procesos burocráticos y complejos para obtener la baja.

El espíritu de la ley es que el consumidor pueda desvincularse del servicio de manera sencilla. Si el proveedor tiene a su disposición mecanismos técnicos y administrativos para gestionar con simplicidad y celeridad el alta, debe aplicar esos mismos mecanismos cuando se le solicite la baja.

No debemos perder de vista que la situación de mantener cautivo de un servicio a un consumidor o usuario, mediante procedimientos tediosos llenos de requisitos no establecidos legalmente, vulnera los intereses económicos de los consumidores y trae aparejada una violación al trato digno y equitativo que se le debe dispensar.

La previsión establecida en el artículo en comentario debe interpretarse en un contexto en donde la aplicación de medios tecnológicos adquirió una relevancia especial en el perfeccionamiento del contrato. Actualmente, la mayoría de las contrataciones se realizan a través de medios electrónicos, mediante el uso de teléfonos móviles o computadoras y, la mayoría de las veces, los consumidores son abordados vía telefónica o a través de publicidad en redes sociales o en sitios *web*.

En ese contexto, es razonable que el consumidor tenga a su disposición los mismos medios para gestionar la baja. Lo que el estatuto consumeril busca es que la gestión de la baja esté desprovista de formalidades que la obstaculicen.

En un sentido concordante con lo establecido por el artículo en comentario, la resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, en su anexo establece un catálogo de cláusulas abusivas en los términos de lo normado por el artículo 37 de la ley 24240, que no podrán ser incluidas en los contratos de consumo, por ser opuestas a los criterios allí establecidos.

El inciso h del anexo incluye dentro del catálogo las cláusulas que "supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por el consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor". Por lo que, el sistema normativo autorreferente de protección de

los derechos de los consumidores y usuarios impide que se condicione la baja del servicio, a la cancelación de deudas.

Obligaciones del proveedor

El segundo párrafo del artículo en comentario establece las obligaciones en cabeza del proveedor cuando el consumidor o usuario peticiona la baja del servicio. Lo que se busca con estas previsiones es aportar claridad al trámite y brindar certezas sobre la efectivización de la baja.

En primer término, la norma exige que, una vez recibida la solicitud, el proveedor debe remitir sin cargo al domicilio del consumidor una constancia fehaciente de recepción de la solicitud de baja, dentro de las 72 horas.

Posteriormente, a fin de garantizar el derecho a la información, el artículo en comentario establece que en la factura o documento equivalente que la empresa remita regularmente al consumidor, se deberá incluir el contenido del artículo de manera que el consumidor o usuario tenga conocimiento de su derecho a resolver el contrato.

Normativa de la Ciudad de Buenos Aires

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la legislatura porteña sancionó una norma que robustece los derechos de los consumidores y usuarios, en relación con la solicitud de baja de los servicios.

La ley 2697 establece la obligación de las compañas de telefonía móvil, medicina prepaga, servicios de televisión por cable y/o internet, que presten servicios en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, de entregar a los consumidores y usuarios que soliciten la recisión del servicio un certificado de baja.

Reconoce también, que los consumidores y usuarios tienen el derecho a realizar el trámite en forma personal y en un sentido concordante con el artículo 10 ter. Establece que cuando la contratación se realice en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario por el mismo medio.

La norma instituye que, en las oficinas de atención al público de las empresas alcanzadas, se deberá exhibir un cartel en forma clara y

visible con la siguiente frase "Señor Usuario: ante la solicitud de cancelación del servicio el titular tiene derecho a ser atendido en forma personal y a exigir el correspondiente certificado de baja".

El artículo 3 pone en cabeza del proveedor la obligación de remitir el certificado de baja sin cargo al domicilio del consumidor y usuario, dentro de las 72 horas de efectuado el pedido de recisión. Cuando la solicitud del servicio se realice en forma personal, el certificado deberá entregarse en ese mismo momento.

La ley 4531 modificó el artículo 3, incorporando los siguientes párrafos:

> La rescisión o baja del servicio solicitada por el consumidor o usuario, interrumpe los plazos de facturación del mismo a partir de la fecha de su solicitud, y en el caso que el pago sea por adelantado, el servicio se interrumpirá cuando finalice el período abonado.
> Si el proveedor continuara proveyéndole servicio pese a la solicitud de rescisión o baja realizada por el usuario, no podrá facturar cargo alguno por los períodos posteriores a la misma. Si a la fecha de baja, ya se hubieran facturado sumas correspondientes a períodos posteriores –aún no abonados por el usuario– se deberá realizar la correspondiente nota de crédito automáticamente. La rescisión o baja del servicio es válida aunque el consumidor o usuario adeude sumas al proveedor, y se considera abusiva en los términos del art. 37 de la ley 24240 cualquier cláusula que supedite el ejercicio de la facultad de resolución contractual por parte del consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.

Este agregado es importante, en virtud de que se establece la interrupción de los plazos de facturación a partir de la fecha de solicitud, impidiendo el cobro por los servicios que se presten con posterioridad a esa fecha y estableciendo que, si se abonaron periodos posteriores, se deberá realizar una nota de crédito.

Asimismo, en forma concordante con lo establecido por la resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, reconoce el derecho del consumidor a obtener la baja del servicio, aunque adeude sumas por la prestación de este, y considera abusivas las cláusulas que supediten el ejercicio de la facultad de recisión contractual por parte del consumidor a la cancelación anterior de las sumas adeudadas.

Jurisprudencia

Con relación a la exigencia del envío de una misiva en los términos aludidos –y que fue oportunamente cumplimentada por la actora, conforme admitió la demandada en su conteste, ver fs. 128– constituye una práctica abusiva y que carece del fundamento que la empresa pretende atribuirle respecto a la necesidad de corroborar fehacientemente la identidad del titular y su manifestación de voluntad inequívoca, siendo una medida de seguridad también para el cliente; puesto que se advierte que la demanda comercializa tanto equipos telefónicos como sus respectivas líneas, con distintas alternativas de planes, a través de su plataforma web que, a no dudarlo, debe revestir adecuadas medidas para dotar de seguridad a las operaciones efectuadas en forma electrónica, por lo que, en mérito a lo dispuesto por el art. 10 ter de la L.D.C., debió haber previsto idéntico sistema para que los clientes pudieran acceder a la rescisión contractual de idéntica manera.[210]

La resolución administrativa que imputa responsabilidad a una empresa telefónica por infracciones a los artículos 10 ter y 37 inc. B de la ley 24.240 es ajustada a derecho, pues la exigencia de remisión de carta documento para la cancelación del servicio implica un procedimiento más complejo que el previsto para activarlos, condicionando la cancelación de las líneas de envío de tales misivas en franca violación a las normas citadas.[211]

Si bien la empresa recurrente, en su expresión de agravios explica con detalles como se realiza la contratación en forma telefónica, de manera que los datos del cliente son tomados de esa misma manera, informando al cliente los medios de pago, modo de habilitación y procedimiento para dar de baja, no logra probarlo de forma suficiente, que se haya informado al cliente las condiciones para dar de baja al servicio de internet.[212]

210. Juz. Civ. y Com. Nº 3 Azul, "Olaciregui María Del Rosario c/AMX Argentina (CLARO) SA s/daños y perj. incump. Contractual", TR LALEY AR/JUR/10/2018, 07/02/2018.

211. CACiv. y Com. Salta, Sala II, "P.E.P. c/Claro AMX s/Rec. De apelación directa", LLNOA 2014-08, 790, 18/02/2014.

212. CCATyRC, Sala II, "Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo", MJ-JU-M-40042-AR I MJJ40042, 18/09/2008.

Artículo 10 quater: Prohibición de cobro*

Prohíbase el cobro de preaviso, mes adelantado y/o cualquier otro concepto, por parte de los prestadores de servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, en los casos de solicitud de baja del mismo realizado por el consumidor ya sea en forma personal, telefónica, electrónica o similar.

(Artículo incorporado por art. 1 de la Ley N° 27265, BO 17/08/2016)

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1097, 1098 del CCCN.*

En una economía de mercado donde el sistema basado en la propiedad privada, la libertad de elección y competencia, donde prima la oferta y la demanda, la función jurídica de la contratación en masa es agilizar el intercambio de los bienes y servicios, es el vehículo que logra tal propósito, cuya función social es el acceso de todos los individuos de una sociedad a ese intercambio masivo de bienes y servicios. La contratación en masa cumple una función económica cuando reduce los costos de la transacción en la celebración de los contratos haciéndose imperiosa la búsqueda de criterios innovadores que se adecúen a las nuevas formas de la actividad sin dejar de considerar la seguridad jurídica. El proceso revolucionario que significó la producción en masa para la industria derivó en la creación de normas jurídicas que dieran respuestas a una contratación estandarizada. Los mercados ejercen conductas anticompetitivas vulnerando los intereses económicos, la dignidad y la buena fe al adquirir un bien o contratar un servicio donde la situación de fragilidad del consumidor por parte de los proveedores ha conducido a una brecha cada vez mayor entre las características del contrato moderno y los principios constitutivos del derecho.

Estas relaciones de consumo son el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y quedan comprendidas dentro del marco jurídico de la Ley N° 24240, del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCivCom) y normas específicas que regulen la materia objeto de la relación.

---

* Comentario sobre el artículo 10 quater por María Rosa Muiños.

En el año 2016, la Ley N° 27265 incorpora a través del artículo 10 quater a la Ley N° 24240, la prohibición de cobro de preaviso, mes adelantado y/o cualquier otro concepto, por parte de los prestadores de servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, en los casos de solicitud de baja del mismo realizado por el consumidor ya sea en forma personal, telefónica, electrónica o similar.

Prohíbe prácticas desarrolladas por agentes prestadores de servicios al momento de la rescisión contractual por parte del usuario, denominado por la norma como "baja", en cualquiera de las modalidades de contratación prevista por la empresa prestadora del servicio.[213] La práctica cierta que afectaba los derechos de los consumidores y usuarios, que en lo referido a este artículo, se relaciona con los obstáculos que se presentan para una rescisión contractual o bien la imposición de cargos con motivo de la desvinculación contractual.

Esta modificación normativa permite una adecuada defensa de los derechos constitucionales, preservando la libertad de contratación propia del consumidor; precisando de esta manera limitaciones claras a conductas que en su accionar son injustas para el adherente al contratar, caso contrario serán consideradas como abusivas en los términos del artículo 37 de esta ley.

La norma tiene alcance a todos los prestadores de servicios, incluidos los públicos domiciliarios, por lo que en este caso la integralidad normativa estará dada con el Capítulo VI "Usuarios de servicios públicos domiciliarios" de la presente ley y por los regímenes específicos previstos del servicio público que se trate.

El consentimiento y el artículo 10 quater

El consentimiento en los contratos de consumo y de adhesión implica la consistencia de una oferta y de una aceptación que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo. En los contratos de adhesión las cláusulas generales predispuestas, los acuerdos habituales que presentan, son una degradación de la autonomía de la voluntad y, además,

213. La Ley de Defensa del Consumidor N° 24240, con el objetivo de establecer los derechos de los consumidores, propicia un conjunto valioso de principios que fomentan políticas de protección al consumidor en la implementación de buenas prácticas comerciales.

una forma diversa de prestar el consentimiento. Como acertadamente dice Leiva Fernández "Las cláusulas predispuestas constituyen un plexo normativo ideado por una de las partes sin la participación de la otra".[214]

El modo en la formación del consentimiento a diferencia de los contratos con acuerdo bilateral entre las partes involucradas, pone de manifiesto la debilidad del adherente quien no tiene la posibilidad de influir en el contenido objeto del contrato frente a la parte fuerte de la relación contractual predisponente, solo se limita a aceptar o no la propuesta contractual. La inclusión del artículo 10 quater en la Ley de Defensa del Consumidor modifica la norma de fondo y procura proteger al consumidor ante un cobro indebido.

Un elemento a considerar es la publicidad que tiene un importante predominio en la formación del consentimiento. El Código Civil y Comercial amplió la obligación al proveedor quien tiene el deber de informar, puesto que se debe brindar información cierta y detallada respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión. En consonancia con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor, el Código Civil y Comercial establece el deber para el proveedor de suministrar información, sin dejar lugar a duda (art. 1100 CodCivC).[215]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Telefónica de Argentina S.A s/acción de inconstitucionalidad" (T.177.XL, del 11/07/2007) dijo que el deber de información

> ... es más acentuado que en las relaciones jurídicas de derecho común, y su contenido es el de suministrar los datos suficientes para evitar que la otra parte incurra en error o le impida ejercer un derecho. El fundamento

214. Leiva Fernández, Luis F. P., en Alterini, Jorge H., (dir. gral.), *Código Civil y Comercial Comentado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, T. V, p. 172.

215. Artículo 1100: El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

de este mayor rigor debe ser buscado en el principio protectorio de los consumidores, en la igualdad informativa, y en la buena fe contractual.

La publicidad en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión para conocimiento del consumidor deben ser incluidas en el contrato (art. 1003 CodCivyC).[216] No deben inducir a error (art. 1001 CodCivyC)[217] pudiendo solicitar al juez la cesación de la publicidad (art. 1002 CodCivyC).[218]

Es factible clasificar la publicidad en lícita y en ilícita. Precisamente, una de las especies de publicidad ilícita es aquella conocida como engañosa. La doctrina la define como aquella que induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar sus decisiones de modo positivo, lo que incluye la presentación misma de la publicidad, o de modo negativo por silenciar información fundamental relativa a los bienes o servicios objeto de la misma.[219]

La contratación dio origen a una operación jurídica contractual donde las partes tienen el propósito de crear, modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas obligacionales. Un ejemplo es la obligación del predisponente de informar y el derecho del adherente a ser informado y sobre todo a un trato digno y justo.

Su contenido halla fundamento en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la

216. Artículo 1103: Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

217. Artículo 1101: Publicidad. Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

218. Artículo 1102: Acciones. "Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria".

219. Stiglitz, Rubén S.; Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición actualizada y ampliada, con la ley 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 163.

finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo.[220]

La asimetría relevante no puede estar referida al objeto principal del acto en correspondencia al valor del bien o servicio, es decir, a los elementos substanciales de la operación, pues tales hechos no corresponden a la cuestión que puede haber originado si no al objeto del negocio jurídico, al derecho o prestación sobre el que recae la obligación pactada.

En forma unánime, la doctrina nacional resalta que un consumidor adecuadamente informado, consciente de las verdaderas características del servicio que se le ofrece y de las condiciones de la operación comercial que debe realizar, tendrá la posibilidad de efectuar elecciones de consumo sustentadas en sus reales necesidades, adquiriendo productos y servicios verdaderamente útiles, adecuados a sus expectativas, necesidades y posibilidades económicas.[221]

El silencio como un modo de expresar el consentimiento de modo positivo formaliza así la aceptación, es querer desconocer que no se tiene por una respuesta cierta. El artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor determina que si le generan un cargo económico por bienes y servicios no requeridos y no hubo por parte del adherente una manifestación expresa, no se tendrá por aceptado. Se tendrá por aceptado el silencio solo cuando existe el deber de expedirse según el artículo 263 Código Civil y Comercial, que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (art. 979 CodCivyC).[222]

El artículo 10 quater sobre la rescisión del contrato y el desconocimiento por parte del adherente, como consecuencia se le impone una obligación, donde obviamente no hubo consentimiento. No debe

220. Stiglitz, Rubén, S., "El contrato por adhesión en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *Revista Derecho Privado*. Año 2, N° 4, Ediciones Infojus, p. 55, Id SAIJ: DACF130080.

221. Mosset Iturraspe, Jorge, *Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, p. 23.

222. Artículo 979: Modos de aceptación Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación solo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

producir costo alguno al usuario salvo la parte de los importes por los servicios contratados correspondientes al mes en que se realizó el pedido de la misma.

Contratos de adhesión y las cláusulas abusivas

El contrato de adhesión es aquel en que los contratantes adhieren a cláusulas generales donde el adherente no ha participado en su redacción; son predispuestas unilateralmente por la otra parte o por un tercero. Para estimar que se trata de un contrato de adhesión se requiere que tengan una relevancia tal que demuestren dicha calificación y que usualmente en los contratos por adhesión en la etapa precontractual la negociación se reduce al mínimo. Excepcionalmente, las partes añaden cláusulas o condiciones particulares a fin de sustituir la cláusula predispuesta. Dicha incorporación será considerada sobre las preexistentes ya que traducen la auténtica declaración de la voluntad común. En general la autonomía de la voluntad que pueda expresar el adherente es casi inexistente, se limita a la opción entre la aceptación o no del contrato. No suele habilitarse la posibilidad de negociar o de modificar cláusula alguna en la oferta.

El objeto del contrato es el que crea o transmite obligaciones, es susceptible de ser corregido a través de los recursos tradicionales, por su identificación con la prestación, la conducta con que se obliga al deudor y que el acreedor puede exigirle (arts. 332 y 1004 CodCivyC).[223] Si el objeto del contrato no está determinado, pero es determinable, los criterios para llegar a tal individualización pueden provenir de los mismos términos del contrato o de la actuación de un tercero, no es admisible que la determinación corresponda a una de las partes (art. 1005 CodCivyC).[224]

223. Artículo 332: Lesión. Pude demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial debidamente desproporcionada y sin justificación.
Artículo 1004: Objetos prohibidos. No pueden ser objeto de los contratos los hechos que son imposibles o que están prohibidos por las leyes, son contarios a la moral, al orden público, a la dignidad de la persona humana, o lesivos de los derechos ajenos; ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean.

224. Artículo 1005: Determinación. Cuando el objeto se refiere a bienes, estos deben estar determinados en su especie o género según sea el caso, aunque no lo estén en

Los contratos de consumo están fuertemente incididos por disposiciones de orden público económico de protección, razón por la cual tales disposiciones no pueden ser marginadas a través del acuerdo de partes.

Por su ubicación metodológica en el Código Civil y Comercial los contratos de adhesión son un subgrupo dentro de los contratos clásicos. Esta forma de contratación no es en sí misma abusiva, hay ventajas en la agilización del intercambio de los bienes y servicios. La celeridad en las contrataciones produce un ahorro de tiempo al eliminar la discusión de cada contrato, implica una economía de gastos, es la abreviación de los negocios a través de la contratación uniforme y estandarizada disminuyendo la litigiosidad al regular todos los aspectos de la contratación en forma tal de evitar potenciales desacuerdos. Sin embargo, es importante que las condiciones generales deben estar supeditadas a estrictos controles que imposibiliten el abuso de la posición dominante del predisponente en relación al contratante más débil ante la posible disminución de los derechos del adherente.

Las partes contratantes son dos, el predisponente, que es quien redacta el documento contractual o se sirve de la relación efectuada por un tercero y, la contraparte, el predisponente, es el adherente quien por lo general no participa en la creación del texto contractual ni influye en su contenido. El Código Civil y Comercial al regularlo hace referencia al término contrato, no habiendo discusión en torno a la naturaleza jurídica de su contenido (art. 984 CodCivyC).[225]

Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes; la redacción será clara, completa y fácilmente legible. Se consideran como no convenidas aquellas estipulaciones que implican una remisión o reenvío a textos que no se faciliten al adherente con anterioridad o simultáneamente a la celebración del contrato (art. 985 CodCivyC).[226]

---

su cantidad, si esta puede ser determinada. Es determinable cuando se establecen los criterios suficientes para su individualización.

225. Artículo 984: Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente halla participado en su redacción.

226. Artículo 985: Requisitos. Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.
La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.

La regla de la autonomía de voluntad, tan relevante en la teoría clásica, ha quedado limitada al sector de los contratos paritarios. La libertad de iniciativa individual y la autonomía de la voluntad de ambos contratantes se encuentran en este tipo de contratos de algún modo restringidas. El contrato predispuesto es una figura legal completamente distinta al contrato tradicional. Su disimilitud no solo refiere a la forma en que se presta el consentimiento sino a las reglas y los principios que regulen a uno y a otro contrato.

Restablecer el equilibrio protegiendo al débil jurídico en el marco de las relaciones jurídicas contractuales es un objetivo. Esta problemática encuentra su justificación en el tráfico comercial actual requiriendo modalidades de contratación expeditiva, sistemática y vertiginosa. Es imprescindible brindar a los usuarios y consumidores herramientas legales que le posibiliten hacer frente a las condiciones contractuales agraviantes a las que son sometidos, por parte de los proveedores, quienes en la mayoría de los casos son quienes establecen en forma unilateral las condiciones del contenido contractual. El Código Civil y Comercial introduce el concepto sobre la concepción de la existencia de cláusulas abusivas en la contratación. La falta de negociación individual por parte del consumidor al no intervenir en el contenido de la cláusula, posibilita un desequilibrio relevante y origina una ventaja a favor de una de las partes. Unos de los requisitos para considerar abusiva una cláusula, aun existiendo libertad de negociación, es aquella que tiene por objeto o efecto provocar un desequilibrio en los derechos y obligaciones del consumidor (art. 1119 CodCivyC).[227] Algunas cláusulas pueden ser impuestas como resultado de la facultad de hacer o no hacer, de un acuerdo entre partes. Las cláusulas generales predispuestas pueden integrar todo o parte del contrato. Al momento de analizarlas se consideran pautas interpretativas valiosas para la finalidad y la economía del contrato.

Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similar.

227. Artículo 1119: Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Sobre la interpretación de los contratos en general (art. 1062 del CodCivyC)[228] por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente. Los contratos por adhesión son excluidos en forma expresa en el Código Civil y Comercial de la interpretación según el sentido literal de los términos convenidos en el contrato a cláusulas predispuestas.

Al redactar el Código Civil, Vélez Sarsfield no dispuso de forma diferenciada la contratación por adhesión a cláusulas generales predispuestas en virtud que al tiempo de su sanción no tenían el alcance que han adquirido en la actualidad. En el nuevo Código Civil y Comercial las categorías de los tipos contractuales son el contrato paritario, el contrato de adhesión y el contrato de consumo.

En la innovadora clasificación propuesta es de relevancia la autonomía de la voluntad, siendo la diferencia a cada categoría contractual el mayor o menor predominio que ejerce en cada una. En los tipos contractuales, estas normas ceden ante la necesidad de protección al consumidor a través de una mayor intervención estatal que se manifiesta con el dictado de leyes especiales y la inclusión de normas imperativas.

La autonomía de la voluntad se cumple en la formación, la ejecución y la interpretación de cada uno de los tipos contractuales. Los contratos paritarios, el predominio de la autonomía de la voluntad es casi absoluto. Las características esenciales son el principio de libertad contractual (art. 958 CodCivyC) teniendo solo efecto vinculante entre las partes (art. 959 CodCivyC) y no admiten la intervención jurisdiccional (art. 960 CodCivyC).[229]

228. Artículo 1062: Interpretación restrictiva. Cuando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y de consumo, respectivamente.

229. Artículo 960: Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de las partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto el orden público.

Rescisión contractual y baja del servicio

La rescisión o baja del servicio es válida, aunque el consumidor o usuario adeude sumas al proveedor, y se considera abusiva en los términos del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor cualquier cláusula que supedite el ejercicio de la facultad de resolución contractual por parte del consumidor, a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.

Tanto el Código Civil y Comercial como la Ley de Defensa del Consumidor han establecido cuáles son las cláusulas abusivas. No obstante ello, estas prácticas siguen ocurriendo por parte de los proveedores, por tanto, se vio la necesidad de crear normas específicas para evitar su concreción. La forma usual de efectuar este cobro suele ser mediante la incorporación de una cláusula que determina un pago denominado "cargo de gestión, cargo administrativo, u otros ítems", donde la baja del servicio tendrá un cargo o penalización por no haber cumplido un plazo mínimo de servicio. El Código Civil y Comercial (art. 1099 CodCivyC),[230] establece la obligatoriedad de la compra simultánea de productos o servicios como condición para adquirir otros.

Cuando los consumidores crean una cuenta para un servicio *web* o descargan una nueva aplicación que contratan en su teléfono móvil o computadora, se muestra un aviso respecto del cual deben manifestar su consentimiento antes de utilizar la aplicación o servicio. En un mundo ideal, los usuarios tendrían la información suficiente, leerían realmente estos avisos y entenderían la implicancia jurídica en términos comprensibles, entonces *clickearían* para manifestar su consentimiento. La realidad, en general, es diferente.

La Ley de Defensa del Consumidor precisó los derechos y las obligaciones para los proveedores quienes están obligados a suministrar al consumidor en forma precisa y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que proveen y las condiciones de su comercialización. Esta modificación a la ley es una acción preventiva disminuyendo el problema de información desigual

230. Artículo 1099: Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.

respecto de las condiciones de contratación. En todos los institutos de la legislación, el derecho a la información es una de las columnas para llegar al equilibrio entre consumidores y proveedores.

La facultad de extinguir el contrato tiene su previsión en el Código Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 1077 indica que: "El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad." En este ejercicio de sus derechos el usuario debe sufrir penalidades, ejemplificando este artículo como un mes de preaviso o mes adelantado; la astucia del proveedor tampoco podrá enmascarar ninguna práctica que resulte tener efectos similares.

Es importante tener en cuenta que el prestador de servicios encuentra limitada su facultad de rescindir el contrato. La Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor prevé en su inciso c) como abusiva la cláusula que lo faculte a rescindir sin causa, sin que medie incumplimiento del consumidor y en los contratos por tiempo indeterminado "podrá rescindirse sin causa cuando se prevea la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme la naturaleza y características del objeto del contrato. La autoridad de aplicación podrá prever requisitos adicionales para casos especiales". En este sentido la Resolución N° 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica prevé criterios objetivos de notificación para servicios de comunicaciones móviles y servicios financieros y/o bancarios, estableciendo una notificación de 60 días de antelación.

En el marco del servicio de medicina prepaga el artículo 9 de la Ley N° 26682 establece que la rescisión contractual no podrá acarrear ninguna penalidad: "Los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta (30) días de anticipación". Este mismo artículo prevé el mecanismo de rescisión de las empresas de medicina prepaga.

Solo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada. En caso de falta de pago, transcurrido el término impago establecido y previo a la rescisión,

los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez (10) días.

La Resolución N° 316 del Ministerio de Producción Secretaría de Comercio 22/05/2018[231] establece que la baja de servicios por parte de los proveedores que posean páginas *web*, deberán tener un link de acceso fácil. Los proveedores enumerados en el anexo de la norma crearán el acceso directo desde la página de inicio del sitio de internet institucional, ocupando un lugar destacado, en cuanto a visibilidad y tamaño no dejando lugar a duda respecto al trámite seleccionado. Asimismo, al momento de hacer uso del botón de baja, el proveedor no deberá requerir al consumidor registración previa y ningún otro trámite. El consumidor podrá solicitar la baja del servicio contratado a simple vista y en el primer acceso en los términos del artículo 100 ter de la Ley de Defensa del Consumidor. La empresa proveedora del servicio es responsable por la demora en procesar y realizar las gestiones en tiempo y forma.

La Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor BO 24/04/2003 determina que no podrán ser incluidas en los contratos de consumo, por ser opuestas a los criterios establecidos en el artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor, aquellas cláusulas por las que se considere perfeccionado y aceptado el contrato por la simple navegación por la página *web*.

231. ANEXO
- Servicios de Telefonía Fija;
- Servicios de Telefonía Móvil;
- Servicios de Acceso a Internet;
- Servicios de Radiodifusión por suscripción;
- Servicio de Medicina Prepaga;
- Servicios de Suscripción a Diarios o Revistas en soporte papel o digital;
- Servicios de Suscripción a Bases de Datos;
- Servicios de Asistencia al Viajero;
- Servicios de Emergencias Médicas y/o Traslados Sanitarios de Personas;
- Servicios de Suscripción a Clubes y/o Gimnasios;
- Contrato de Emisión de Tarjetas de Crédito por Emisores No Bancarios;
- Suscripción a Donaciones Periódicas con Débito Automático a Asociaciones Civiles.

Según Resolución N° 316, Ministerio de Producción Secretaría de Comercio, BO 22/05/2018 modificada por Resolución N°271/2020, Secretaría de Comercio Interior, BO 08/09/2020.

Para evitar este tipo de conductas es que todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores y usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, debe publicar en su página de inicio de los sitios de internet institucionales, discriminando según las variantes del producto y servicios. Se informarán las promociones y bonificaciones ofrecidas, con indicación precisa de la fecha de comienzo y finalización, así como sus modalidades, condiciones y limitaciones.

La Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 38 determina que la autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares no contengan ni cláusulas abusivas ni cláusulas ineficaces. Lo expresado se debe integrar con las normas generales de los contratos y con las normas de consumo. Debe tenerse particularmente presente sobre la interpretación y prelación de las normas (art. 1094 CodCivyC)[232] (art. 1095 CodCivyC).[233] La tutela jurídica al consumidor se extiende a toda la relación jurídica existente, hasta su total y absoluta extinción. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor.

Las cláusulas previstas en el artículo 37 que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor sin que afecten la validez del contrato, se tendrán por no convenidas. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas han sido estipuladas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

232. Artículo 1094: Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

233. Artículo 1095: Interpretación del contrato de consumo El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa.

La Ley N° 26361 en su artículo 8 *bis*[234] estipula que los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Se intenta prevenir la violencia y el perjuicio que presenta el artículo, para que los consumidores y usuarios sean tratados por igual, sin discriminación en razón de su color de piel, raza, nacionalidad, religión, género, condición social, u otra característica de la persona.

Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situación vergonzante, vejatoria o intimidatoria. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser aprobada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

Control judicial. Subsistencia del contrato

Cuando el Juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, sin comprometer su finalidad. La decisión legal adoptada (art. 989 CodCivyC)[235] sobre el control judicial frente a las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas coincide con lo reglado por la Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 37, por cuanto dispone que las cláusulas anunciadas se tendrán por no convenidas, sin perjuicio de la validez del contrato.

Rige aquí el principio de conservación de los actos jurídicos. La integración judicial se produce al no pretender que el juez subsane

234. La Ley N° 26361 en su artículo 8 *bis*. Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

235. Artículo 989: Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

los malos negocios sustituyendo la voluntad de las partes, sino que su integración ha de proceder cuando la naturaleza del negocio lo exija para salvar su validez y no quebrar la economía interna del acto. Analizará y tendrá en cuenta el fin abstracto, el que usualmente el negocio está destinado a producir, y no las circunstancias concretas de las partes. Es una manifestación del principio de conservación (art. 1066 CodCivyC)[236] habiendo duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de las cláusulas debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato. En los contratos celebrados por adhesión la integración del contrato debe ser llevada a cabo conforme a las pautas establecidas (art. 964 CodCivyC).[237] El efecto jurídico que produce la declaración abusiva de una cláusula se halla constituido por la nulidad parcial del contrato, en razón de que se tiene por acordada.

En tanto las prácticas abusivas se refieren a conductas unilaterales del proveedor, o sea, datos fácticos de la situación de consumo, las cláusulas abusivas constituyen normas contractuales, formalmente bilaterales, aunque también revisables por el régimen legal protector del derecho sustancial de preservación de los intereses económicos del consumidor.[238]

Las facultades del juez no son discrecionales, sino que tiene el deber de integrar el acto o contrato si fuere necesario para salvar su subsistencia. Es abusiva la cláusula que habiendo sido o no negociada individualmente tiene por objeto o por efecto provocar un desequili-

236. Artículo 1066: Principio de conservación. Si hay duda sobre la eficacia del contrato, o de alguna de sus cláusulas, debe interpretarse en el sentido de darles efecto. Si esto resulta de varias interpretaciones posibles, corresponde entenderlos con el alcance más adecuado al objeto del contrato.

237. Artículo 964: Integración del contrato. El contenido del contrato se integra con:
a) las normas indisponibles, que se aplican en sustitución de las cláusulas incompatibles con ellas;
b) las normas supletorias;
c) los usos y prácticas del lugar de celebración, en cuanto sean aplicables porque hayan sido declarados obligatorios por las partes o porque sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito en que se celebra el contrato, excepto que su aplicación sea irrazonable.

238. Condomí, Alfredo M.; "El árbitro de consumo ante los derechos sustanciales del consumidor"; nulidadwww.infojus.gov.ar, 20/03/2012.

brio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

El artículo 37 de la Ley Defensa del Consumidor y el artículo 988 del Código Civil y Comercial, sobre cláusulas abusivas de los contratos por adhesión, tienen semejanzas. Se establece que se tiene por no escritas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente, aquellas que importan renuncia por restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias. Además, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles. El Código Civil y Comercial reemplaza por la prohibición de cláusulas que no resulten razonablemente previsibles. Se pasa de un supuesto concreto a uno amplio que comprende a la anterior y permitiendo la incorporación de otros supuestos probables, como las llamadas cláusulas inesperadas, aquellas que contratantes de buena fe no se esperarían razonablemente en un determinado tipo de negocio. La mencionada ley prohíbe la inclusión de cláusulas que inviertan la carga de la prueba como obligación del consumidor.

El caso de aquellas cláusulas que reenvíen a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte de forma previa o simultánea a la conclusión del contrato, el Código Civil y Comercial las tiene por no convenidas. Se presume la liberación del consumidor o usuario, si es dudosa la existencia de una obligación a su cargo. Se trasladan al predisponente las consecuencias que proceden de la indeterminación o vaguedad en la redacción de las cláusulas que al interpretarlas sean inciertas y confusas contrarias a los derechos del adherente procediendo a su eliminación.

En estos como en todos los contratos prima la inviolabilidad del consumidor. Sin perjuicio de la aplicación de otras normativas consideramos esencial que para mantener la inviolabilidad del consumidor las empresas deben tener como obligación esencial la de anticipar, prevenir y no agravar el daño al consumidor en su persona y dignidad.[239]

239. Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti (dirs.), *Consumidores, Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, pág. 99.

La regulación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su artículo 46 garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afectan. La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictará leyes, resoluciones y declaraciones para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios.

En el año 2002 se sancionó la Ley N° 757 de Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario, cuyo objetivo es establecer el procedimiento administrativo, sin perjuicio de las competencias concurrentes que no dispongan de un procedimiento específico para hacer efectivos los derechos de los consumidores y usuarios, reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad en las leyes de Defensa del Consumidor y de Lealtad Comercial N° 22802. La Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) ha sancionado numerosas normas específicas sobre la materia que otorgan a los ciudadanos instrumentos para defender sus derechos. Entre ellas, la Ley N° 6286 otorgó a la Justicia Contenciosa, Administrativa y Tributaria la facultad de impartir justicia en materia de consumo; la Ley N° 6407 aprueba el Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo, en el que se adoptó un esquema procesal orientado a lograr la celeridad y sencillez en el trámite de las controversias relativas a consumidores y usuarios. Se debe destacar el accionar del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires con la actuación del Sistema de Conciliación de Consumo de la Justicia de la CABA (SJCABA) que permite menguar procesos ante el fuero. Ejerce el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos.

La Legislatura CABA aprobó en el año 2005 la Ley Orgánica de Comunas N° 1777, que en sus artículos 127 a 130 regula los derechos de los consumidores y usuarios. Las Comunas tienen las facultades de recibir denuncias de los consumidores y usuarios. Deben prestar asesoramiento y evacuar consultas a los mismos. Se brindará información,

orientación y educación a los consumidores. Fomentarán la creación y actuación de asociaciones vecinales de consumidores.

Asumen el compromiso de celebrar conciliaciones entre denunciantes y la empresa denunciada. En los casos de denuncias recibidas, sin acuerdo conciliatorio ulterior, deben remitir las actuaciones a la autoridad de aplicación para la sustanciación y resolución del procedimiento administrativo.

Por último, cabe referir que la Ley N° 2697 estableció la obligación de entregar un certificado de baja a los consumidores o usuarios que soliciten la rescisión del servicio a las Compañías de Telefonía Móvil, Medicina Prepaga, Servicios de Televisión por Cable y/o Internet que brindan servicios en la Ciudad.

CAPÍTULO IV
Cosas muebles no consumibles

Artículo 11. Garantías*

Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento.

La garantía legal tendrá vigencia por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por SEIS (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.

(Artículo sustituido por art. 9 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN y 46 de la CCABA.*

La Ley de Defensa del Consumidor consagra un régimen de garantías legales que protege a quienes consumen durante la etapa de ejecución de los contratos.

El presente artículo se encuentra en el texto legal desde el año 1998, cuando la sanción de la Ley N° 24999 –modificatoria de la Ley N° 24240–, logró incorporar el régimen de garantías obligatorias. A través de este, la legislación de consumo contempla la obligación de los sujetos comprendidos en el artículo 2 de la LDC de velar por la eficacia de los bienes ofrecidos para cumplir con la finalidad intrínseca de los mismos y así, satisfacer de manera plena e integral el interés de quien consume, contemplando asimismo la prevención del daño en la persona o bienes del consumidor.[1]

* Comentario sobre los artículos 11 a 18 por Melanie D. Salcedo.

1. Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos (dirs.), *Tratado del Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2015, T. III, p. 20.

En al año 2008, la Ley N° 26361 modificó el plazo legal, dando lugar al artículo tal como rige en la actualidad.

Un breve recorrido histórico por los antecedentes de la norma resulta particularmente interesante en la coyuntura político-económica actual. Veamos: la idea de tutelar al consumidor durante la ejecución del contrato, es decir, una vez ya producida la adquisición onerosa del bien en cuestión, ya se encontraba prevista en el texto original de la LDC. Sin embargo, en el año 1993, el Decreto N° 2089/93 frustró a través del veto la entrada en vigencia del régimen de garantías obligatorias.

Los fundamentos que propiciaron dicha iniciativa se enmarcaron en el clima de época de la década de los noventa, donde el neoliberalismo marcaba el ritmo de la política económica nacional. De la fundamentación que sostuvo el veto se desprende que

> … la garantía legal proyectada en el artículo 11 y 13 cercenaría la libertad del oferente de poner en el mercado productos con o sin garantía, y la del consumidor de elegir unos u otros, y significaría como tal limitar el acceso al mercado de ciertos productos, en general de bajo costo o de uso rápidamente descartable o de rezago, en perjuicio del consumidor […] Que dicha garantía constituye además un requisito legal no exigido por la legislación de defensa al consumidor de los países más industrializados, tales como las de la Comunidad Económica Europea, Japón, o los Estados Unidos de América, y operaría en ese sentido como una desventaja comparativa al desarrollo industrial de bienes de consumo durable y del mercado de tales bienes, en especial los de bajo costo, en la República Argentina.

Así, los argumentos expuestos hacen referencia a la libertad del oferente y del consumidor, sin reparar en el verdadero espíritu protectorio del régimen consumeril que proyecta sus efectos a todas las etapas de la contratación[2] privilegiando la protección jurídica de la parte débil del contrato.

2. Mosset Iturraspe, Jorge; Lorenzetti, Ricardo L., *Defensa del Consumidor*, Santa Fe, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1993, p. 113 y ss.; Sagarna, Fernando A., "Cap. IV Cosas muebles no consumibles", en Picasso, S.; Vázquez Ferreyra, R., (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 167, nota 349. Sagarna da cuenta de lo señalado por Mosset Iturraspe y Lorenzetti en cuanto a que la protección del consumidor "partía de una concepción inspirada en la creencia de que el consumidor no sabía 'elegir', y que los precios no guardaban una relación con la calidad ofrecida, y que en definitiva la garantía a partir del veto, no era legal sino convencional, siendo voluntaria, con bienes que estaban garantizados y bienes que no lo estaban".

Dos reflexiones introductorias: por un lado, el fenómeno del consumo en la actualidad, se separa ideológicamente de las concepciones neoliberales del mercado, específicamente en relación a los productos "de uso rápidamente descartable" poniendo en diálogo a la protección de los derechos de quienes consumen con los del medioambiente; por el otro, Aciarri, Barbero y Castellano[3] presentan un análisis del derecho comparado que los lleva a dar cuenta de lo desacertado de la supuesta asimetría legal comparativa que acarrearía la pérdida de competitividad contenida en el veto a la Ley N° 24240, a lo que nos remitimos en honor a la brevedad.

En definitiva, el veto se basaba en la idea de que el régimen de garantías obligatorias por una parte incrementa el precio de los productos y por otra, crearía una desventaja competitiva con relación a los países que no las tienen. Acciarri, Tolosa y Picasso presentan un análisis económico del instituto que refuta esta cuestión.[4]

Debe destacarse que, del año 1993 al 1998, si bien se eliminó la obligatoriedad de las garantías expresas, el sistema de voluntariedad en torno a las mismas contenido en la Ley N° 22802 de Lealtad Comercial del año 1983 resultaba plenamente aplicable.[5] Así, el artículo 12, inciso J de la norma contempla dentro de las facultades de la autoridad nacional de aplicación la posibilidad de obligar a quienes ofrezcan garantía por bienes o servicios, a informar claramente al consumidor sobre el alcance y demás aspectos significativos de aquella; y a quienes no la ofrezcan, en los casos de bienes muebles de uso durable o de servicios, a consignarlo expresamente.

---

3. Acciari, Hugo; Barbero, Andrea; Castellano, Andrea; "Garantías legales en la ley de defensa del consumidor: un análisis económico", en *Estudios económicos*, vol. 15, pp. 71-92. En relación a ese punto, se ha afirmado que: "Probablemente, tal afirmación del Ejecutivo tenga como base no más que una cierta ignorancia acerca de la terminología y ubicación sistemática de esta institución en los sistemas del Common Law. Como lo referimos supra, este tipo de garantía suele considerarse implícito en aquellos países, y ocurre así desde hace muchos años y se lo consideró una parte del derecho común (no del derecho legislado). La tendencia mundial en este sentido, por su parte, es insoslayable". Acciarri, Hugo; Tolosa, Pamela; Picasso, Sebastián, "La ley de defensa del consumidor y el análisis económico del derecho", en Picasso, Sebastián; Vázquez Ferreyra, Roberto, (dirs.), *op. cit.*

4. Acciarri, Hugo; Tolosa, Pamela; Picasso, Sebastián, *op. cit.*, en Picasso, Sebastián; Vásquez Ferreyra, Roberto, (dirs.), *op. cit.*

5. Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos (dir.), *op. cit.*, p. 21.

Cabe aclarar que mucho antes de que las teorías neoliberales irrumpan en la política económica democrática argentina, el legislador ya previó la importancia del derecho a la información en cuanto a las garantías otorgadas, sin perjuicio de la ausencia de obligatoriedad de las mismas. Ello constituye un importante antecedente en el desarrollo del bloque normativo tuitivo de los derechos de quienes consumen, que se contrapone abiertamente a los fundamentos aludidos anteriormente en el veto del año 1993, por cuanto la ausencia de garantía voluntaria a la luz de lo normado no se presumía, sino que expresamente debía ser informado.

En síntesis, consideramos que recoger estos sucesos históricos resulta fundamental un escenario político en donde los discursos neoliberales intentan ganar espacio nuevamente con promesas de bienestar que pretenden poner en un pie de igualdad a quienes producen y comercializan bienes y servicios con quienes los consumen.

En esta línea, los juristas debemos recordar que el derecho del consumo y su microsistema jurídico debe interpretar sus institutos bajo los estándares internacionales que rigen hoy dentro del paradigma de los Derechos Humanos (en adelante DD. HH.).[6] Para ello, es primordial retomar lo normado por el artículo 42 de la Constitución Nacional,[7] el que a través del diálogo de fuentes consagrado por el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), obliga a interpretar al derecho positivo bajo el prisma del Derecho Internacional de los DD. HH.

Debe recordarse, tal como ha sido sostenido por el Dr. De Lázzari en la causa C 115.486 que:

> …es dable reparar en que en distintos precedentes la Corte nacional ha dicho que la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección

6. CN, art. 75, inc. 22.

7. CN, art. 41. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

> del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto internormativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el artículo 42 de la Constitución nacional (C.S.J.N., causas C.745.XXXVII., in re "Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V.", sent. del 21-III-2006, "Fallos" 329:695, voto del doctor Zaffaroni; F.331.XLII; REX, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. -FEMEDICA- c/ DNCI - DISP 1270/03", sent. del 18-XI-2008, "Fallos" 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).[8]

Afortunadamente, en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el diseño constitucional moderno consagra el principio de la progresividad de los derechos sociales, [9] cuya función radica en evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social por lo que no sería constitucionalmente válido pretender eliminar el sistema de garantías obligatorias previstas en la LDC.[10]

Garantías legales y Derecho Ambiental

El principio de sustentabilidad[11] se encuentra presente como paradigma rector en la interpretación de todo el sistema del derecho privado constitucionalizado recogido por el CCCN, consagrando el derecho a gozar de un ambiente sano (artículo 41 C.N.). Así, el artículo 1094 del CCCN establece un piso protectorio en cuanto a las normas que regulan las relaciones de consumo, las que deben ser aplicadas o

8. SCBA, causa C. 115.486, "Capaccioni, Roberto Luis contra Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. Infracción a la Ley del Consumidor", 30/09/2014.

9. Disponible en: https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/notas/nota/22/documento

10. CN, art. 75, incs. 19, 22 y 23; Convención Americana sobre los Derechos Humanos, art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2.

11. Ley N° 25675, Ley de Presupuestos Mínimos de Política Ambiental Nacional, art. 4, BO del 28/11/2002. La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: [...] Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.

interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En la misma sintonía, el principio de sustentabilidad puede observarse en el artículo 14 del CCCN en cuanto interpreta el abuso del derecho en clave sustentable, disponiendo que "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general".

En los artículos 240 y 241 del CCCN también puede observarse la recepción legislativa de la protección al medioambiente en clave sustentable, al señalarse que los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes deben ser compatibles con los derechos de incidencia colectiva, las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público, sin afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

De este modo, el paradigma ambiental en el que se enrola el CCCN[12] consagra un escenario completamente novedoso en cuanto a los temas centrales de la agenda neoliberal de los noventa, que permitió, de algún modo, fundamentar en su oportunidad la ausencia de un régimen de garantías legales obligatorias.

Hoy, el objetivo de un consumo sustentable al que se comprometió la Argentina en la "Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" de Naciones Unidas[13] nos obliga a pensar en el consumo como un fenómeno que no se agota en el acto de consumir, sino que está destinado a cumplir con la satisfacción de las necesidades de consumidores y usuarios en la etapa de ejecución de los contratos, respetando el derecho a un ambiente sano y procurando la satisfacción de las necesidades presentes sin comprometer a las generaciones futuras.

El daño ambiental protegido por la carta magna se encuentra reforzado desde la sanción del CCCN, a través de la prevención del daño como principio rector de aquel cuerpo normativo.[14] Estos extremos re-

12. Lorenzetti, Ricardo, *Teoría del Derecho Ambiental,* Buenos Aires, La Ley, 2008.

13. Disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/

14. Destacamos que la prevención del daño ya se avizoraba en el Decreto Reglamentario N° 1798/94 de la LDC en su art. 4, el que establece: "Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo,

fuerzan la necesidad de contar con un sistema de garantías legales que obligue a quienes participan de la cadena productiva a prever situaciones en la oferta de bienes de calidad, que contribuyan a formar un mercado de consumo responsable y comprometido con el medioambiente.

En consecuencia, en la actualidad el régimen de garantías legales resulta ser una parte insoslayable y fundamental del universo de protección de quienes consumen, encontrándose alineados con las exigencias de las Directrices de las Naciones Unidas para la protección del Consumidor,[15] por lo que sumergirnos en la lógica tuitiva que guía el espíritu de la ley debe ser el faro que ilumine los análisis jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales, en clave de justicia social y ambiental dentro del paradigma del derecho privado constitucionalizado.[16]

Naturaleza jurídica de la norma

La garantía legal resulta ser de orden público[17] (arg. artículo 65 de la Ley N° 24240 y artículo 12 del CCCN) y por ende, irrenunciable[18] (conf. artículo 13 del CCCN). Al ser indisponible, (artículo 962 del CCCN) no posee carácter supletorio (artículo 963 inciso a del CCCN).

En consecuencia, la garantía legal que consagra el artículo en comentario se constituye como un estándar mínimo y obligatorio de protección, que puede ser ampliado por el oferente, más no restringido de ningún modo en perjuicio del consumidor.

---

tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes".

15. Al referirse a la promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores, se establece "Los gobiernos deben adoptar o mantener políticas que especifiquen las responsabilidades del fabricante para asegurar que los artículos satisfagan los requisitos normales de durabilidad, utilidad y fiabilidad y sean aptos para el fin a que se destinan y que el vendedor vele por que estos requisitos se cumplan". Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf

16. CN, arts. 41 y 42; CCCN, arts. 1, 2, 14, 240, 241, 1094 y ccdtes.

17. Gómez Leo, Osvaldo; Aicega, María V., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", en *JA*, 2008-III-1353.

18. Frustagli, Sandra; Hernández, Carlos, "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la materia contractual", en *JA*, 2008-II-1212.

Destacamos que en los supuestos de renuncia expresa por parte del consumidor, la misma se tendrá por no efectuada, pudiendo de todos modos ser invocada en su defensa. Así, debe interpretarse que la estipulación de un plazo menor deberá ser tenida por no convenida, ello en función de significar una renuncia o restricción de los derechos del consumidor o una ampliación de los derechos del proveedor en función de lo normado por el artículo 37, inciso b, Ley N° 24240.

Debe recordarse asimismo que, en caso de duda, se aplica lo dispuesto por el artículo 1095 del CCCN, en cuanto establece: "Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa". Dicha norma es concordante con lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley N° 24240, en su parte pertinente, que establece: "En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor".

Ámbito material de aplicación de la garantía legal. Cosas muebles no consumibles

El artículo 231 del CCCN define a las cosas consumibles como aquellas cuya existencia termina con el primer uso.

Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo. Ello replica lo normado por el artículo 2325 del derogado Código Civil.

La garantía legal se aplica a la compraventa y a la locación,[19] toda vez que el artículo 11 requiere que la cosa "sea comercializada",[20] por

19. Farina, Juan M., "Comentario al art. 11 de la Ley 24.240", en Belluscio, Augusto C. (dir.); Zannoni, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y Leyes Complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1999, T. 8, p. 902. Sagarna explica que Farina entiende que debe incluirse también el contrato de *leasing* en Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4° ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 252-253; Sagarna, Fernando A., *op. cit.*, p. 167, nota 349.

20. Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos (dirs.), *op. cit.*, p. 9.

lo que queda excluida la posibilidad de aplicación en la adquisición de cosas a título gratuito.

Asimismo, parte de la doctrina entiende que los regalos ofrecidos con motivo de la compra de una cosa también se encuentran protegidos por la garantía legal, ello en función del principio de unidad del acto en donde "… prima la comercialización para que se mecanice la entrega gratuita del otro producto". [21]

Esta postura se refuerza a través del análisis de las estrategias de marketing, que muchas veces incluyen en el costo del producto principal el del que se publicita como "regalo por compra".

Consideramos que los regalos ofertados pueden formar parte de la decisión de consumo, por lo que es lógico que la garantía sea aplicable a ambos productos en estos supuestos.

En cuanto a los beneficiarios de la garantía legal, es dable destacar que la protección recae tanto sobre el consumidor directo –entendido en los términos del artículo 1 de la Ley N° 24240– como sobre los sucesivos adquirentes.

El plazo se computa desde la adquisición del producto, contabilizándose tanto los días hábiles como los inhábiles.[22]

Tal como explica la norma, en el caso de cosas muebles usadas el plazo será de tres meses mientras que resultará de seis meses para los demás supuestos.

La norma es clara en cuanto al momento en el que empieza a correr el plazo de garantía: a partir de la entrega de la misma.

Los sucesivos adquirentes continuarán con el plazo ya iniciado una vez adquirida la cosa. No se borran los efectos del inicio de la garantía, por lo que no existe el reinicio del plazo legal, salvo los supuestos de reparación no satisfactoria y entrega de una cosa nueva como veremos en el comentario del artículo 17 de la LDC.

21. Ídem.

22. CCCN, art. 6.

Prolongación contractual del plazo de garantía legal

El proveedor puede ofrecer al consumidor la extensión del plazo de garantía legal mas no su reducción en función de los argumentos ya expuestos.

Esta convención configura un supuesto de garantía contractual, cuyas modalidades son libremente pactadas por las partes: puede efectuarse en las mismas condiciones que la garantía legal o puede obtener diversas características.

Es un período en el cual podrán ampliarse los efectos de la garantía, sin que ella colisione de ningún modo con la garantía legal, que resulta ser un piso protectorio, irrenunciable y de orden público.

Hay autores que sostienen que la oferta de una garantía convencional da cuenta de una calidad del producto ofrecido superior a la media. Esto no ocurre con la garantía legal, ya que el proveedor no ofrece aquí nada diferencial.[23]

Traslado de la cosa al servicio técnico

En cuanto al traslado de la cosa a la fábrica o al taller para efectivizar la garantía, el decreto reglamentario establece que el consumidor deberá notificar al responsable para que en el plazo de cuarenta y ocho horas de recibida la comunicación realice el transporte.

Cuando no se realice dentro de ese lapso, el consumidor podrá disponer el traslado sin comunicación previa al responsable de la garantía, pero en tales casos este no quedará obligado sino hasta los importes de flete y seguro corrientes en plaza. El traslado deberá hacerse al centro de reparación más próximo al lugar donde la cosa se encuentre, si no indicare otro el responsable de la garantía.

Es presumible que el consumidor efectúe consultas telefónicas o presenciales en el servicio técnico, sobre la viabilidad de un eventual arreglo, para luego, en el caso de recibir una respuesta afirmativa, entregar el equipo. En el caso de recibir una respuesta negativa, no es razonable admitir como defensa del proveedor que la cosa no pudo ser

23. Acciarri, Hugo; Tolosa, Pamela; Picasso, Sebastián, *op. cit.*, en Picasso, Sebastián; Vázquez Ferreyra, Roberto, (dirs.), *op. cit.*

examinada en forma presencial por el experto. Máxime cuando nadie se ha comunicado desde la empresa con la consumidora pese a haber plasmado la negativa del personal de la empresa a dar cumplimiento con la garantía legal en el libro de quejas respectivo.[24]

Jurisprudencia

1. En un caso en donde se ha otorgado un seguro de garantía extendida, se ha impuesto una multa al vendedor de un producto, quien alegaba no ser responsable en virtud de no ser quien ofrecía la garantía, sino que la misma correspondía a un tercero. Se interpretó que fue la empresa quien comercializó los servicios de ese tercero, emitiendo la póliza y facturando el precio de la misma en un documento que lleva su membrete y posee su eslogan "garantía de confianza". Por ende, la misma es responsable frente al consumidor por el incumplimiento de la garantía convenida, sin perjuicio de la responsabilidad que también pueda caberle al tercero.[25]
2. La garantía voluntariamente otorgada por el fabricante de un producto –capítulo IV de la Ley N° 24240– es actualmente de carácter legal y obligatoria según modificación Ley N° 24999 (BO 30/07/98), lo cual no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios (Ley N° 24240, art. 18). Por ello resulta claro que la protección de los intereses económicos de los consumidores comprende también que se garantice la calidad de los productos e inocuidad de los bienes y servicios que son provistos en el mercado. De allí, la necesidad de imponer al empresario un estricto deber de asegurar la eficacia,

24. CCAy T, Sala III. Causa N° 4251-2017-0, "Bosan S.A. c/ Dirección General de Defensa y protección del Consumidor". Del voto de Dr. Esteban Centanaro con adhesión de Dr. Hugo R. Zuleta (Dra. Gabriela Seijas en disidencia), 12/08/-2019. Código fallo 39554. Código sumario 66197.

25. CCAyT, Sala III, Causa N° 16744-2016-0, "Garbarino S.A.I.C.E.I. c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor". Del voto por sus fundamentos de Dr. Hugo R. Zuleta. 07/03/2019. Código fallo 38344. Código sumario 64125). Un criterio similar se ha interpretado en CCAyT, Sala III, Causa N° 16744-2016-0, "Garbarino S.A.I.C.E.I. c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor". Del voto por sus fundamentos de Dr. Esteban Centanaro, 07/03/2019. Código fallo 38344. Código sumario 64127.

calidad e idoneidad del bien o servicio, para el cumplimiento de la finalidad a la que están destinados de acuerdo con su naturaleza y características.[26]

3. Procede admitir el reclamo por privación de uso del rodado, atento a la indisponibilidad del mismo durante el tiempo de reparación, lo que constituye un menoscabo cuya configuración surge "*in re ipsa*", como consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación (Código Civil, artículo 520), sin que la accionada haya alegado ni probado circunstancia alguna que obste a tal conclusión –estimado dicho tiempo, por el perito, en una semana, y resultando apropiado el monto insinuado por el reclamante en su demanda, $50 diarios, cabe fijar por este rubro $350–.[27]

Artículo 12. Servicio técnico

Los fabricantes, importadores y vendedores de las cosas mencionadas en el artículo anterior, deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN y 46 de la CCABA.*

El Decreto Reglamentario dispone:

Los proveedores de cosas muebles no consumibles deben asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos durante el tiempo que indiquen las reglamentaciones que dicte la Autoridad de Aplicación. Deberá asegurarse el suministro de partes y repuestos nuevos durante la vigencia de la garantía. La utilización de piezas usadas será permitida solo en aquellos casos en que no existan en el mercado nacional piezas nuevas o cuando medie autorización expresa del consumidor.[28]

26. CNACom., "Artemis Construcciones SA c/ DIYON SA y OTRO s/ ORDINARIO. (LL 30.4.01, Fº 101.916) - 21/11/2000, Id. SAIJ Sumario N° N0011713.

27. Disidencia del Dr. Monti, CNACom, "Helbling, Carlos Marcelo c/ Sevitar Sacifi y otro s/ Sumario", 28/09/2001, Id. SAIJ Sumario N° N0012878.

28. Decreto Reglamentario N° 1798/94.

Supuestos prácticos y buena fe como eje de interpretación doctrinaria

En la misma sintonía que lo dispuesto por el presente artículo, las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor disponen que los gobiernos deben velar, si procede, por que los fabricantes o minoristas aseguren la disponibilidad adecuada de un servicio confiable posterior a la venta y de piezas de repuesto.

Resulta fundamental destacar que la razonabilidad debe ser el principio rector en cuanto al cumplimiento del arreglo en tiempos adecuados. De lo contrario, la privación del uso y del goce del bien por un tiempo prolongado desvirtuaría la función de la garantía legal del artículo 11 de la LDC.[29]

Adquiere particular relevancia la negativa efectuada por los servicios técnicos al achacar el desperfecto a una conducta del consumidor que no queda amparada dentro de la garantía.

En primer lugar, el deber de buena fe resulta ser un principio de aplicación analítica insoslayable. Por otra parte, la aplicación del principio de distribución dinámica de la carga de la prueba pone en cabeza del proveedor la acreditación del cumplimiento del deber de información en los supuestos expresos de exclusión de la garantía, así como las razones que justifiquen que el desperfecto proviene de esas conductas.[30]

Entendemos que las exclusiones de la garantía deben interpretarse con sentido restrictivo,[31] por cuanto el proveedor es el que está

29. CACyCom N° 2, Sala 2 de La Plata, Pavone Fernando Rubén c/Kiara Automotores SA. y Otro/a s/daños y perjuicios e incumplimiento contractual, 19/08/2020.

30. CACAyT, Sala II, Causa N° 14176-2016-0, "Samsung Electronics Argentina SA c/ GCBA", Del voto de Dra. Mariana Díaz con adhesión de Dr. Carlos F. Balbín y Dr. Esteban Centanaro, 01/03/2018. CACAyT, Sala I, Causa N°: D16023-2016-0. "Samsung Electronics Argentina SA c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor". Del voto de Dr. Carlos F. Balbín con adhesión de Dra. Mariana Díaz y Dra. Fabiana Schafrik, 27/02/2018. Código fallo 35237. Código sumario 64691.

31. CCAyTyRC, Sala II, Causa N° 918-2018-0, "Samsung Electronics Argentina S. A. c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor", 22/09/2020. Del voto de Dra. Mariana Díaz con adhesión de Dr. Esteban Centanaro y Dr. Fernando E. Juan Lima. Código fallo 43039. Código sumario 73006; CCAyT, Sala I, Causa N° 20789-2017-0, "Volkswagen Argentina SA y otros c/ Dirección General de Defensa y Protección del

en mejores condiciones de acreditar que la información brindada al respecto ha sido lo suficientemente clara como para no generar dudas en el consumidor al respecto.

Por otra parte, el ingreso a reparación en reiteradas oportunidades de un producto constituye una presunción importante del incumplimiento del deber de brindar un servicio técnico adecuado.[32]

Repuestos en falta. El caso de los repuestos de origen extranjero

Un caso frecuente se presenta cuando el proveedor alega la imposibilidad de efectuar la reparación por diversas contingencias en cuanto a los repuestos necesarios.

En un caso jurisprudencial, el proveedor sostuvo que no incumplió con su deber de asegurar un servicio técnico adecuado en los términos del artículo 12 de la ley porque la provisión de los repuestos necesarios para concretar la reparación se encontraba interrumpida por las restricciones a la importación vigentes al momento de los hechos. Y que esta eventualidad se encontraba prevista en el certificado de garantía.

La Cámara de Apelaciones CAyT, Sala III sostuvo que

> … la empresa se limitó a mencionar que las restricciones a las importaciones eran "de público y notorio conocimiento", absteniéndose de aportar cualquier medio de prueba que permita a ese Tribunal elucidar si, al momento de los hechos, se encontraba efectivamente impedida de con-

Consumidor", 09/08/2019. Del voto de Dra. Fabiana Schafrik con adhesión de Dr. Carlos F. Balbín (Dra. Mariana Díaz en disidencia). Código fallo 39737. Código sumario 6647; CCAyT, Sala I, Causa N° 20789-2017-0, "Volkswagen Argentina SA y otros c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor", 09/08/2019. Del voto por ampliación de fundamentos de Dr. Carlos F. Balbín. Código fallo 39737. Código sumario 66478.

32. CCAyT, Sala III, Causa N° 4742-2016-0, "Peugeot Citroën Argentina SA c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor", 28/03/2019. Del voto de Dr. Hugo R. Zuleta con adhesión de Dr. Esteban Centanaro (Dra. Gabriela Seijas en disidencia). Código fallo 38443. Código sumario 64219; CCAyT, Sala III, Causa N° 4742-2016-0, "Peugeot Citroën Argentina SA c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor", 28/03/2019. Del voto de Dr. Hugo R. Zuleta con adhesión de Dr. Esteban Centanaro (Dra. Gabriela Seijas en disidencia). Código fallo 38443. Código sumario 64230.

seguir los repuestos necesarios, ya sea importándolos o adquiriéndolos en el mercado local.[33]

Asimismo, sostuvieron que el certificado de garantía acompañado, aunque indica en su punto 6 que "por tratarse de partes y repuestos importados, en el supuesto de no contar con los necesarios para la reparación, el tiempo de reparación estará sujeto a las normas y plazos vigentes de importación", no cuenta con la firma del consumidor o cualquier otra indicación que demuestre siquiera que este fue informado sobre tal posibilidad.

En su lugar, la orden emitida por el prestador de servicio técnico aportada por la actora, en ningún momento señala que la extensión del plazo de reparación se sujetaba a la disponibilidad de repuestos importados.

En síntesis, para tener por acreditado el cumplimiento del presente artículo, el proveedor en caso de faltante de repuestos por cualquier clase de impedimento, deberá acreditar la imposibilidad de procurárselos de manera estricta. Caso contrario, se configura el incumplimiento de la norma, dando lugar a las posibles sanciones contempladas en el ordenamiento vigente.

Asimismo, entendemos que la imposibilidad de procurarse los repuestos necesarios para la reparación, no libera de responsabilidad al proveedor frente al consumidor, quedando dentro de la órbita del riesgo empresario la asunción del mismo. Deberá ofrecer las soluciones previstas en el artículo 17 de la LDC, lo que deberá consensuar asimismo con el consumidor, interpretándose los efectos del contrato en función de lo normado por el artículo 1095 del CCCN y el eje rector de la buena fe (arg. arts. 9, 961 y ccdtes. CCCN).

Jurisprudencia

Se advierte un efectivo incumplimiento de las previsiones del artículo 12 de la Ley N° 24240 si en cuanto el servicio técnico prestado respecto de un automóvil nuevo adquirido por un consumidor no ha sido adecuado

33. CCAyT, Sala III, "Samsung Electronics Argentina SA c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor", 23/08/2018. Del voto de Dr. Esteban Centanaro con adhesión de Dra. Gabriela Seijas. Código fallo 36372. Código sumario 60402.

y en atención a que numerosas fallas y deficiencias que se reclamaran oportunamente no fueron solucionadas (Cons. III).[34]

Una empresa automotriz puede ser sancionada con una multa por infracción al artículo 12 de la Ley N° 24240 por presentar un automóvil severas deficiencias de funcionamiento y defectos de fabricación desde el primer momento, a pesar de tratarse de un producto nuevo dado que, aún cuando se realizaron diversas reparaciones, los desperfectos no fueron solucionados en los términos de la garantía otorgada.[35]

Artículo 13. Responsabilidad solidaria

Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11.

(Artículo incorporado por el art. 2 de la Ley Nº 24999, BO 30/07/1998).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 827 a 852 del CCCN.*

La responsabilidad solidaria se constituye como un refuerzo de la protección de los consumidores y usuarios en tanto resulta coherente con la identificación de los sujetos intervinientes en la cadena de comercialización, ampliando las posibilidades de reclamar la garantía a cualquiera de los involucrados en la relación de consumo.

Recordemos que, en la responsabilidad por daños regulada en el Capítulo X, artículo 40 de la LDC, la solidaridad emerge una vez más, en las condiciones allí descriptas.[36]

Se ha sostenido jurisprudencialmente que el legislador se aparta del principio de eficacia relativa del contrato porque el deber de calidad-adecuación grava indistintamente a todos los partícipes de la cadena productiva, sin circunscribirse a un vínculo contractual directo, generando una obligación de fuente legal.[37]

34. CNACAyF, Sala 04, "Volkswagen Argentina S.A. (T.F. 18.274-A) c/ D.G.A.", 15/02/2007, (Uslenghi, Galli, Otero (por sus fundamentos).), Id. SAIJ: K0025137.

35. Ibídem, Id. SAIJ: K0025136.

36. Sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan pudiéndose liberarse total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

37. CNCyCom.100, San Nicolás, "Rossi, Carlos Domingo y otros c/ Ford Arg. S.C.A. y otros s/ Incumplimiento contractual y daños y perjuicios", 29/05/2014,

Naturaleza jurídica de la norma

Si bien se denomina solidaria la obligación de otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, estamos en presencia de obligaciones concurrentes por cuanto cada uno de los legitimados pasivos responde por una causa diferente. En función de ello, resulta de aplicación lo normado por los artículos 850, 851 y 852 del CCCN.

Parte de la doctrina considera que, más allá de la correcta clasificación de esta obligación como concurrentes, la norma adjudica la clasificación de "solidaria", por lo que cada uno de los sujetos obligados al otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal se obligan por el todo (art. 833 CCCN), sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan en función del principio de contribución (art. 840 CCCN).

En definitiva, habrá de estarse a las disposiciones relativas a la solidaridad en conjunción con lo normado por el artículo 1095 del CCCN –principio pro consumidor– al momento de hacer responsable al sujeto del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal. [38]

En función de lo normado por el artículo 37 de la LDC, serán nulas las cláusulas que eximan a los responsables de prestar la garantía, por cuanto ello desnaturaliza las obligaciones a su cargo.

Criterios jurisprudenciales en relación a la solidaridad del artículo 13 de la ley

> Se ha entendido que ninguno de los integrantes de la cadena de circulación puede liberarse invocando el hecho de otro (u otros), dado que entre ellos no invisten el carácter de tercero por el cual alguno no debe responder.[39]
> Si del peritaje mecánico resulta que la imprevista apertura del capot del vehículo del accionante, impactando contra el parabrisas, mientras circulaba por una ruta, se debió a la debilidad o endeblez de la pieza de fá-

Magistrados Votantes: Kozicki- Tivano, Tribunal Origen: JC0400SN B860575 Tribunal Origen: JC0400SN B860575.

38. Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos (dirs.), *op. cit.* , p. 15.

39. CCCom, Lab.y Min., Comodoro Rivadavia, Chubut, Sala B,"A. A. SA Y G. M. DE A. SRL en autos "L. T. SRL (Z., M. G.) c/ A. A. Y C. s/ reclamo s/ apelación art. 7 Ley 4219", 11/11/2010, Id. SAIJ: Q0024141.

brica que efectuaba el mecanismo de cierre de aquel, la reparación debió haber sido efectuada por el concesionario que vendió el rodado o por el fabricante, en atención a ser uno de los supuestos comprendidos en la obligación de garantía acordada al usuario; ante la negativa de ambas a asumir tal obligación de garantía de la que son solidariamente responsables, en su condición de vendedora y distribuidora del vehículo, deberán reintegrar al usuario los gastos de reparación —en el caso, $2450, conforme lo peticionado (CPCC, art. 163, 6)—, así como los restantes perjuicios inferidos al consumidor por el riesgo o vicio de la cosa enajenada, como en el caso son la pérdida del valor venal —en el caso, $1500 (CPCC artículo 165, 3 parte), o la privación de uso del rodado, desestimado en el caso por no haber sido acreditados (cfr. Ley N° 24240 artículo 11, 13 y 40, texto según ley 24999, de defensa del consumidor).[40]

Corresponde confirmar la resolución que condena solidariamente al fabricante y a dos concesionarias a entregarle a la actora un nuevo vehículo o el modelo que lo reemplace con las mismas características que el que había comprado y de color a convenir y ordenar indemnizarla por privación de uso y daño moral, toda vez que conforme surge de las probanzas de la causa, el vehículo dejó de funcionar cuando se encontraba en período de garantía y solo contaba con 5.780 km de rodamiento.[41]

Artículo 14. Certificado de Garantía

El certificado de garantía deberá constar por escrito en idioma nacional, con redacción de fácil comprensión en letra legible, y contendrá como mínimo:

- **a. La identificación del vendedor, fabricante, importador o distribuidor;**
- **b. La identificación de la cosa con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización;**
- **c. Las condiciones de uso, instalación y mantenimiento necesarias para su funcionamiento;**
- **d. Las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión;**
- **e. Las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva.**

40. CNACom, "Helbling, Carlos Marcelo C/ Sevitar Sacifi y otro s/ sumario", cit.

41. CACiv.Com.Lab.yMin., Santa Rosa, La Pampa, "Balda, Carina Zoraya c/ Volkswagen Argentina SA y otro s/ sumarísimo", 12/04/2021, Id. SAIJ Sumario N° LL009373.

En caso de ser necesaria la notificación al fabricante o importador de la entrada en vigencia de la garantía, dicho acto estará a cargo del vendedor. La falta de notificación no libera al fabricante o importador de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 13.

Cualquier cláusula cuya redacción o interpretación contraríen las normas del presente artículo es nula y se tendrá por no escrita.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

El certificado de garantía cristaliza el deber de información que deben suministrar los sujetos responsables para poner en conocimiento del consumidor todo lo normado en el artículo en comentario.

La interpretación de lo contenido en el certificado, se rige por los principios generales del derecho del consumo, interpretándose las mismas en el sentido más favorable al consumidor, debiendo declararse nulas todas aquellas cláusulas que contraríen lo dispuesto en el artículo 14 de la LDC.

La entrega del certificado no obsta la subsistencia de la garantía en favor del consumidor, siendo el sujeto que entrega la cosa comercializada quien deberá entregar el certificado en forma simultánea a la tradición. [42]

El decreto reglamentario dispone que cuando el vendedor no notificara al fabricante o importador la entrada en vigencia de la garantía de una cosa, la misma comenzará a regir desde la fecha del documento de venta. Ahora bien, en la práctica suele ocurrir que el documento de venta no coincide con la fecha de entrega real de la cosa, por lo que tomar como inicio del cómputo de garantía a la primera perjudica los intereses del consumidor.

En estos casos, tal como adelantamos anteriormente, se interpreta que la fecha de entrega real de la cosa marcará el inicio de la garantía.[43]

Asimismo, durante la vigencia de la garantía, serán a cargo del responsable de la misma todos los gastos necesarios para la reparación de la cosa.

42. Stiglitz, Gabriel; Hernández Carlos (dirs.), *op. cit.*, p. 16.

43. Ibídem, p. 17.

Requisitos mínimos del certificado de garantía

En cuanto a la identificación de los sujetos responsables del inciso a) de la norma en análisis, coincidimos con Farina[44] en cuanto a la necesidad de la identificación en el instrumento de garantía de todos los sujetos responsables en virtud de la solidaridad dispuesta por el artículo 13 de la LDC. Ello por cuanto el consumidor debe obtener la información clara y detallada de los sujetos responsables, sin someter al mismo a efectuar una ardua investigación que desnaturalice el propósito de la norma.

En cuanto a la identificación de la cosa dispuesta por el inciso b) es fundamental que el instrumento cuente con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización, con un lenguaje claro y accesible a quienes no poseen conocimientos técnicos respecto del producto. [45]

Respecto lo normado en el inciso c), las condiciones de uso nuevamente deben ser escritas y/o graficadas de manera clara y didáctica, para que la correcta utilización del producto sea sencilla y accesible.

En los supuestos de adquisición de bienes tecnológicos sofisticados, cuyo uso resulta complejo, el deber de información se potencia. El lenguaje claro en el que debe estar redactado el instrumento se refuerza por las características específicas del bien adquirido. En este punto, debemos señalar que no exime al responsable el uso específico y técnico al que esté destinada la cosa para evitar brindar toda la información necesaria que permita el correcto funcionamiento de la misma. Por el contrario, a mayor complejidad técnica, mayor deber de informar en forma clara y precisa todo lo requerido para el funcionamiento del producto.

Asimismo, también se deberán brindar las precisiones técnicas en relación a las condiciones de instalación como las de mantenimiento.

Todo ello resultará de fundamental importancia a la hora de evaluar si los desperfectos que se puedan producir en la cosa tuvieron que ver o no con la conducta culpable del consumidor, quien, informado

44. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008, p. 262.

45. Sagarna, Fernando A., *op. cit.*, T. I, p. 195.

de las condiciones específicas de funcionamiento, instalación y mantenimiento, hizo caso omiso a las instrucciones impartidas por los sujetos responsables.

En este sentido, la exoneración total o parcial de la responsabilidad del fabricante requiere la acreditación de algunos de los elementos del nexo causal: caso fortuito o fuerza mayor externo a la cosa o empresa o bien culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder, no siendo suficiente para el productor probar su falta de culpa.[46]

En cuanto al inciso d), las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión, las mismas serán interpretadas en sentido restrictivo, por cuando deberá verificarse que no desnaturalicen la obligación de garantía a cargo de los sujetos responsables, restringiendo arbitraria y abusivamente los derechos de los consumidores y usuarios.

En cuanto al inciso e), las condiciones de reparación de la cosa se encuentran estrictamente relacionadas con lo normado por el inciso c), por cuanto se establecen los supuestos en el que el consumidor no podrá amparase en la garantía por mal funcionamiento de la cosa.

Asimismo, respecto de la especificación de los lugares en donde se hará efectiva la reparación, el instrumento deberá informar los lugares habilitados a tal efecto, debiendo encontrarse próximo al domicilio que el consumidor informó en el documento de venta. La razonabilidad en cuanto a las distancias se impone. Ello por cuanto, tal como señala Sagarna, en la práctica más allá de la obligatoriedad dispuesta para los gastos de traslado a los talleres, son los consumidores quienes solventan los mismos, teniendo que recurrir muchas veces al reclamo judicial de los reembolsos efectuados. [47]

Jurisprudencia

> Cabe admitir la acción por cumplimiento de contrato, incoada por el adquirente de un rodado contra el fabricante –con quien contrató directamente–, en atención a los defectos existentes en la pintura del vehículo,

46. CCCom.Lab.yMin. Comodoro Rivadavia, Chubut, Sala B (Graciela Mercedes García Blanco, Nélida Susana Melero, Marta Susana Reynoso de Roberts) A. A. SA y G. M. de A. SRL en autos: "L. T. SRL (Z., M. G.)c/ A. A. Y C. s/ RECLAMO s/ apelación art. 7 Ley N° 4219 sentencia, 56-C-10 del 11/11/2010, Ide. SAIJ: Q0024139.

47. Sagarna, Fernando A., *op. cit.*, p. 197.

sin que obste a ello lo alegado por el accionado en cuanto a que la garantía otorgada solo comprendía las reparaciones que eventualmente se debieran hacer en virtud de la existencia de ciertos defectos de fábrica, pues, no solo no probó la veracidad de ello, sino que además, en caso de que existiera alguna disposición contractual con ese sentido, ella no podría servir para decidir el caso por ser contraria a las previsiones del código civil y, especialmente, de la ley 24.240.[48]

Corresponde condenar solidariamente a la concesionaria y a la administradora de planes de ahorro a entregarle al actor un vehículo 0 km y abonarle una indemnización en concepto de daño moral y daño punitivo por incumplimiento de las obligaciones a su cargo surgidas de la compraventa, mediante plan de ahorro, de una camioneta que presentó fallas de fábrica y tuvo que ser ingresada al servicio técnico un total de trece veces, pues , conforme surge de las pericias técnicas sobre las condiciones de uso del vehículo, ha quedado acreditada la falla mecánica de fábrica y la violación al deber de informar adecuadamente que, en el caso, implicaba advertir al comprador la necesidad de utilizar el rodado en forma extraurbana, con un combustible y aceite especial para evitar su avería, de manera que existió 190 un trato notoriamente desaprensivo e indigno hacia el cliente al pretender atribuirle la responsabilidad de las fallas del vehículo por el modo de conducirlo o cobrarle por las revisaciones realizadas en el taller pese a que el vehículo estaba en garantía.[49]

Artículo 15. Constancia de reparación

Cuando la cosa hubiese sido reparada bajo los términos de una garantía legal, el garante estará obligado a entregar al consumidor una constancia de reparación en donde se indique:

a. La naturaleza de la reparación;

b. Las piezas reemplazadas o reparadas;

c. La fecha en que el consumidor le hizo entrega de la cosa;

d. La fecha de devolución de la cosa al consumidor.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

48. CNACom., "Ocampo, Antonio c/ Fiat Auto Argentina SA s/ Ordinario", 23/08/2007, Id. SAIJ: N001517.

49. Juz. Civ. y Com de 1° Instancia, Salta, "López, Eduardo Martin c/ Fiat Chrysler Automóviles (F.C.A.) y FADUA S.A. s/ sumarísimo", 05/12/2022, Id. SAIJ Sumario N° S0011666.

El instrumento en donde consta la reparación efectuada, nuevamente debe contener la información clara y detallada de los procedimientos empleados en la reparación de la cosa.

La entrega de esta constancia recae sobre aquel que haya cumplido con la reparación de la cosa. A falta de entrega, la misma podrá ser exigida judicialmente, siendo el garante pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de la LDC.[50]

La jurisprudencia ha destacado que las infracciones formales al presente artículo no requieren para su configuración la producción de ningún resultado o evento extraño a la acción misma del sujeto, siendo su apreciación objetiva. Asimismo, se considera configurada por la simple omisión de entrega del certificado, que basta por sí misma, para violar la norma, en tanto su verificación lleva a entender que al menos ha mediado negligencia del responsable, quien deberá desplegar los medios probatorios para destruir tal presunción.[51]

Condiciones mínimas que debe contener la constancia de reparación

a. Naturaleza de la reparación: se entiende que el sujeto responsable debe explicitar en qué consistió el motivo del arreglo de la cosa para lograr su correcto funcionamiento.[52]
b. Repuestos: debe indicar en forma clara, precisa y con todas las especificaciones técnicas necesarias, las piezas reemplazadas y/o reparadas (su marca, modelo, año de fabricación, etc). Su fundamento radica en la necesidad de satisfacer el derecho de información del consumidor en relación a la reparación efectuada. Por otra parte, este punto resulta fundamental en caso de ser necesaria una reparación posterior.

50. Stiglitz,Gabriel; Hernández, Carlos (dirs.), *op. cit.*, T. III, p. 17. En este sentido, ver CNACAF, Sala IV, "Garbarino SA c/ DNCI – Disp 129/05", 17/07/2008, Ex 64-4205/98, Id. SAIJ: K0026052. Fallo que confirmó la multa aplicada por la Dirección Nacional de Comercio Interior contra la empresa de ventas de electrodomésticos Garbarino por no entregar a un cliente las constancias de reparación de una *notebook*.

51. CNACAF, Sala IV, "Garbarino SA c/ DNCI - Disp 129/05", Id. SAIJ: K0026052.

52. Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos (dirs.), *op. cit.*, T. III, p. 17.

c. Fecha en la que el consumidor hizo entrega de la cosa y fecha de devolución de la misma ya reparada: La entrega de la cosa es fundamental a los efectos de computar el plazo de suspensión acorde a lo normado por el artículo 16 de la Ley.

Asimismo, estas especificaciones responden a la necesidad de acreditar que la reparación ha sido efectuada en tiempo razonable. Deben constar todos aquellos impedimentos –debidamente documentados– que hayan extendido el tiempo de reparación del producto, quedando en cabeza del responsable la prueba fehaciente de los mismos.

Ámbito de aplicación de la norma

Si bien la norma hace referencia a la garantía legal, coincidimos con Sagarna[53] en cuanto sostiene que la interpretación orgánica del microsistema de consumo, llevan a considerar que el artículo 15 resultaría aplicable también en los supuestos de extensión del plazo de garantía, los que dan nacimiento a las garantías convencionales.

Jurisprudencia

> Corresponde confirmar la sanción contra el comerciante, el proveedor fabricante y el servicio técnico por no responder por fallas en el funcionamiento de un celular, toda vez que resulta de aplicación la presunción en favor del consumidor en caso de duda, dado que las empresas denunciadas e imputadas han tenido una oportunidad amplia defensiva, que en su respectivo caso dejaron de usar o no utilizaron en modo pleno, pues a los fines de las previsiones protectorias de la Ley de Defensa del Consumidor no alcanza un informe técnico unilateral de irreparabilidad del equipo por un supuesto golpe, negado categóricamente por el consumidor, sino que debe producirse prueba idónea que arroje luz sobre la veracidad del informe de diagnóstico técnico efectuado sobre el bien adquirido.[54]

53. Sagarna, Fernando A., *op. cit*, p. 202.

54. CACCom.Lab.y Min. Santa Rosa, La Pampa, Sala 3, "S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia (Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor) s/ Recurso directo", 30/05/2022, Id. SAIJ Sumario N° LL009437.

Artículo 16. Prolongación del Plazo de Garantía

El tiempo durante el cual el consumidor está privado del uso de la cosa en garantía, por cualquier causa relacionada con su reparación, debe computarse como prolongación del plazo de garantía legal.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

El Decreto Reglamentario N° 1798/94 dispone que se entiende que el consumidor está privado del uso de la cosa desde que la misma fue entregada al responsable de la garantía a efectos de su reparación, y hasta que este la entregue a aquel.

El plazo de extensión de la garantía legal por reparación no solo tiene en cuenta el lapso temporal que haya demandado el arreglo de la cosa averiada, sino que debe considerarse también aquel período de tiempo en que el consumidor no pudo hacer uso del producto.

Para el primer supuesto, es fundamental la constancia de reparación del artículo 15 a la que nos hemos referido anteriormente, en donde aparecen en forma expresa las fechas de entrega por el consumidor del producto dañado y por el responsable de la garantía del producto reparado.

En caso de notificación al garante para que proceda al transporte de la cosa hacia el servicio técnico y este no lo realizara en el lapso de cuarenta y ocho horas, tal como surge de la reglamentación al artículo 11 a las que nos hemos referido en el punto pertinente, el plazo de suspensión debe computarse desde la recepción de la notificación dirigida al responsable de la garantía.[55]

Puede ocurrir que alguno de los integrantes de la cadena de comercialización otorgue una garantía convencional, la que solamente comenzará a contarse una vez finalizado el plazo de garantía legal, con las suspensiones que ocurran durante el transcurso de la última.

Coincidimos con la crítica doctrinaria hacia la norma en cuanto se debió interrumpir el plazo de garantía una vez entregada la cosa para su reparación y no suspenderse el mismo, toda vez que no debió ponerse en el mercado un producto defectuoso que no cumpla con la finalidad a la que estaba destinado.[56]

55. Sagarna, Fernando A., *op. cit.*, p. 204.

56. Ibídem, p. 205.

Jurisprudencia

> La privación de uso no solo se expresa como indisponibilidad absoluta del bien objeto del contrato de consumo, sino también como imposibilidad de utilizar el mismo en condiciones apropiadas conforme a los principios de identidad e integridad que rigen el cumplimiento de la prestación debida a la luz del más elevado estándar de protección al consumidor (artículo 42 CN). Esta fue precisamente la situación a las que se vio expuesto el accionante al no poder utilizar el vehículo en condiciones normales [...] En virtud de ello, corresponde entender que ha mediado prolongación del plazo de la garantía durante aquel período tornándose temporánea la intimación cursada.[57]

Artículo 17. Reparación no satisfactoria

En los supuestos en que la reparación efectuada no resulte satisfactoria por no reunir la cosa reparada, las condiciones óptimas para cumplir con el uso al que está destinada, el consumidor puede:

a. Pedir la sustitución de la cosa adquirida por otra de idénticas características. En tal caso el plazo de la garantía legal se computa a partir de la fecha de la entrega de la nueva cosa;

b. Devolver la cosa en el estado en que se encuentre a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales;

c. Obtener una quita proporcional del precio.

En todos los casos, la opción por parte del consumidor no impide la reclamación de los eventuales daños y perjuicios que pudieren corresponder.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 827 a 852, 1076 a 1091 del CCCN.*

La nota característica del artículo reside en las "condiciones óptimas" en las que debe quedar la cosa reparada luego de la reparación efectuada.

57. CC, Pergamino "Aguilar Nancy Marcela c/ Pergamino Aut.Tores SA s/Daños y Perj. Incump. Contractual", 12/11/2019.

El Decreto Reglamentario entiende que aquellas condiciones son las necesarias para su uso normal, mediando un trato adecuado y siguiendo las normas de uso y mantenimiento impartidas por el fabricante.

Se ha dicho que la reparación no satisfactoria debe ser apreciada en términos objetivos, siempre inclinándose en caso de duda a favor del consumidor en función de lo normado por el artículo 37 de la LDC y el artículo 1095 del CCCN.[58]

No debe entenderse que la obligación del artículo 11 de la Ley N° 24240 queda satisfecha con la mera puesta a disposición de un servicio técnico, sino que se exige del responsable la realización de una actividad diligente –sin cargo para el consumidor– que logre la reparación de la cosa o, eventualmente, su sustitución. Este ha sido un parámetro para reputar como "adecuada" la reparación efectuada. [59]

Analizaremos en particular cada inciso de la norma. En relación a lo dispuesto en el inciso a, en cuanto a la facultad del consumidor de solicitar el cambio de la cosa por otra bien de idéntica característica, el Decreto Reglamentario establece:

> La sustitución de la cosa por otra de "idénticas características" deberá realizarse considerando el período de uso y el estado general de la que se reemplaza, como así también la cantidad y calidad de las reparaciones amparadas por la garantía que debieron efectuársele.
> Igual criterio se seguirá para evaluar el precio actual en plaza de la cosa, cuando el consumidor optare por el derecho que le otorga el inciso b) del Artículo 17 de la Ley.
> Con carácter previo a la sustitución de la cosa, si ésta estuviera compuesta por conjuntos, subconjuntos y/o diversas piezas, el responsable de la garantía podrá reemplazar los que fueran defectuosos. La sustitución de partes de la cosa podrá ser viable siempre que no se alteren las cualidades generales de la misma y ésta vuelva a ser idónea para el uso al cual está destinada.

58. Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos (dirs.), o*p. cit.*, T. III, pp. 19-20.

59. CACAyT, Sala III, "Dietrich SA y otros c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor", 17/07/2019. Del voto por sus fundamentos de Dra. Gabriela Seijas. Código fallo 39567. Código sumario 66233.

Implícitamente, la SCBA ha considerado la inconstitucionalidad del Decreto Reglamentario,[60] al sostener en palabras del Dr. De Lázzari que

> El decreto 1789/1994 contraría y altera la sustancia del ejercicio de la opción dispuesta a favor del consumidor prevista en el artículo 17 de la ley 24.240 de defensa del consumidor, porque impone una restricción que posiciona al proveedor de la garantía desde un lugar ajeno a su competencia, sin que haya tenido algo que ver con la aparición de algún desperfecto en el producto vendido, cuando tal interpretación no es razonable ya que las empresas deberían tener un mayor conocimiento que los consumidores del producto que venden (artículo 42, Const. nacional; por ejemplo detectar a priori el origen de la fallas) y, en base a ese conocimiento y calidad de lo que ofrecen, asegurar al consumidor un nivel de calidad del producto para que no tenga que transitar un recorrido sesgado de obstáculos (acudir a la concesionaria varias veces, privarse de tener el auto cuando se repara, acudir a un abogado para la defensa) para obtener una cosa en óptimas condiciones. De otro modo, el consumidor quedaría atrapado por la conducta dilatoria del empresario cuando ha tenido algo que ver para llegar a esta instancia, con el agravante de que ejercida la opción legal prevista en el artículo17 de la Ley de Defensa al Consumidor se tendría que resignar a recibir un auto usado.[61]

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria se inclinan por considerar una interpretación amplia del artículo 17 por cuanto "la LDC procu-

60. SCBA, "Acuña Néstor Antonio c/ Luxcar S.A. y Otro/a s/ Daños y Perj. Incump. Contractual", 07/05/2019, "la S.C.B.A. implícitamente ha entendido que el decreto reglamentario es inconstitucional por alterar el espíritu de la misma. En cualquier caso, solo podría prescindirse de la aplicación del art. 17 de la LDC declarándose su inconstitucionalidad, pero ello no ha sido pedido en autos en autos, y tampoco puede hacerse de oficio porque, por los motivos dados, lejos está de ser manifiestamente irrazonable (conf. requisitos impuestos por la CSJN para la declaración de oficio de inconstitucionalidad en Fallos: 324:3219; "Mill de Pereyra)"

61. SCBA, "Capaccioni, Roberto Luis c/ Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. s/ Infracción a la Ley del Consumidor", 30/09/2014, cit.
En un caso de similares características, se impuso una sanción pecuniaria a la empresa automotriz por haberse tenido por acreditado que el vehículo ingresó en el servicio técnico en 5 oportunidades por el mismo desperfecto, y –como señala la autoridad administrativa– la empresa no alegó ni acreditó haber efectuado las verificaciones necesarias para asegurar el correcto funcionamiento (CACAyT, Sala III, Causa N° 4742-2016-0, "Peugeot Citroën Argentina SA c/ Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor", Del voto de Dr. Hugo R. Zuleta con adhesión de Dr. Esteban Centanaro (Dra. Gabriela Seijas en disidencia), 28/03/2019. Código fallo 38443. Código sumario 64215.

ra que los proveedores se vean compelidos a solucionar rápidamente los problemas que puedan sufrir los adquirentes de mercaderías". [62]

La SCBA en la causa "Capaccioni" brinda una excelente interpretación de la norma en análisis, disponiendo la entrega al consumidor de un nuevo automotor 0 km luego de haber pasado por cinco instancias de reparación no satisfactoria. Sustenta dicha solución el hecho que el responsable en reparar la cosa vendida podría ofrecer ilimitados intentos de sustituir las piezas del rodado sin que nunca se configure la "reparación no satisfactoria" que la norma intenta evitar mediante el derecho de sustituir la cosa vendida.

Por otra parte, el fallo en comentario fundamenta la entrega de una nueva unidad 0 km, sin perjuicio de lo dispuesto en el decreto reglamentario, en la irrazonable restricción de los derechos que la ley reglamentada otorga, alterando la sustancia del ejercicio de la opción dispuesta a favor del consumidor prevista en el artículo 17 de la Ley de Defensa del Consumidor, por lo que

> … el ofrecimiento de una determinada marca en un auto 0 kilómetro lleva ínsito una promesa de calidad, en relación al alto costo del producto. Es por ello que las restricciones previstas en el decreto –sustituir el auto comprado por un auto usado– distorsionan el sentido de la norma que no es otro sino que el consumidor reciba un nuevo producto en reemplazo del defectuoso.[63]

Debe destacarse que ante la entrega de la nueva cosa, comienza un nuevo plazo de garantía. [64]

---

62. CC0001 ME S1 117437 RSD-46-2019 S 07/05/2019 Juez IBARLUCÍA (MA) "Acuña, Néstor Antonio c/ Luxcar SA y Otro/a s/ Daños y Perj. Incump. Contractual. Magistrados Votantes: Ibarlucía-Bagattin Tribunal Origen: JC0300GR, SUMARIO JUBA B5060491.

Sagarna, Fernando A., *op. cit.*, p. 207, nota 438. Sagarna, siguiendo a Vázquez Ferreyra y Romera Oscar, da cuenta de la severidad que debe aplicar el juzgador a la hora de apreciar si la cosa ha quedado en óptimas condiciones luego del proceso de reparación, valorando con rigurosidad la cercanía entre la aparición del desperfecto y la adquisición del producto como agravante.

63. SCBA, LP, "Capaccioni, Roberto Luis contra Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. Infracción a la Ley del Consumidor", 30/09/2014, cit.

64. Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Romera, Oscar E., *Protección y Defensa del Consumidor. Ley 24.240*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 59.

El principio de buena fe resulta fundamental a la hora del cambio de productos por otros de "idénticas características" sin que deba afrontarse el proceso de reparación.

Entendemos que en los productos de uso cotidiano, como por ejemplo zapatillas, vestimenta, electrodomésticos, etc. los responsables de la garantía deben procurar que la privación de la cosa sea nula o que esté perfectamente determinada en el tiempo siendo este completamente razonable. En este último caso, es pertinente solicitar al proveedor o el cambio inmediato del producto por uno nuevo o la entrega de un sustituto de similares características que provisoriamente cumpla la función a la que estaba destinada la cosa sometida a reparación durante el tiempo que dure la misma.

Pasando a analizar el supuesto del inciso b, en cuanto a la posibilidad del consumidor de reintegrar el bien en el estado que se halle a cambio de recibir el importe equivalente a las sumas pagadas, conforme el precio actual en plaza de la cosa, al momento de abonarse dicha suma o parte proporcional, si hubiere efectuado pagos parciales, la norma señala la posibilidad de resolver el contrato. El consumidor tiene la opción de devolver la cosa adquirida y que ha sido insatisfactoriamente reparada, recibiendo a cambio el precio actualizado.[65]

Por último, en relación a la posibilidad brindada por el inciso c) en cuanto obtener una quita proporcional del precio de la cosa, debemos agregar que el consumidor podrá además accionar por daños y perjuicios, para lo que se aplicará el régimen de responsabilidad civil del CCCN.

La reparación deberá seguir los lineamientos del artículo 1740 del CCCN, pudiéndose también reclamar el daño punitivo contenido en el artículo 54 bis de la Ley N° 24240.

Jurisprudencia aplicable

1. Corresponde condenar a un comercio a entregarle una computadora nueva a una clienta, quien adquirió un aparato que nunca funcionó y no fue reparado por el servicio técnico, a la vez que estableció una indemnización en concepto de daños y perjuicios, toda vez que la accionada no cumplió con el deber

65. Stiglitz Gabriel; Hernández, Carlos (dirs.), *op. cit*, T. III, p. 20.

contractual de garantía ínsito en la relación de consumo que la unió con la actora, que surge claramente de la normativa transcripta, pese a que transcurrió un tiempo más que prudencial, y existieron distintas oportunidades extrajudiciales y judiciales para que dicha obligación fuera cumplimentada.[66]

2. Resulta adecuada la condena que en el marco de una relación de consumo ordena a la fábrica de automotores y a la concesionaria a entregarle al comprador de un automóvil 0 km con defectos de fabricación otro de idénticas características pero correspondiente al año de la efectiva entrega, si en virtud de lo dispuesto por el artículo 17 de la ley 24.240, el accionante optó por la sustitución de la cosa adquirida, dado que el equilibrio patrimonial del comprador no se restablece con la entrega una cosa de igual calidad cronológica que la sustituida, pues la sola antigüedad del bien importa –sobre todo en el caso de los automotores– una disminución de su valor en el mercado en relación con el valor de los vehículos 0 km recién fabricados.[67]
3. La empresa fabricante de automóviles deberá entregar un nuevo vehículo al cliente que adquirió un rodado deportivo de alta gama que a los pocos días presentó desperfectos, dado que resulta irrelevante dilucidar si hubo o no una reparación satisfactoria en los términos del artículo 17 de la Ley de Defensa del Consumidor, debido a que es incuestionable el incumplimiento contractual ante la falta de correspondencia entre lo originalmente vendido y lo que se entregó (artículo 11 Ley N° 24240).[68]
4. Resulta procedente condenar a un fabricante de autos y a la empresa importadora a pagar una suma de dinero en concepto de daño punitivo y sustituir el vehículo por uno de

66. Juz. Civ., Com. Lab. y Min. de 1° Instancia, N° 3, Santa Rosa, La Pampa, "E., J. A. c/ Frávega S.A.C.I. e I. s/ cumplimiento de contrato", 11/09/2018. Fallo N° 18340002, Id. SAIJ: LL009350.

67. CACCom, Lab. y Min. Santa Rosa, La Pampa, Sala 1, "Tueros, Arnaldo Pablo c/ Peugeot Citroën Agentina S.A. y Otros s/ Ordinario", 30/08/2013. N° Fallo: 13340022, Id. SAIJ: LL009204.

68. CNACom, Sala C, "Vázquez Feito, Matías Adrián c/ Wagen S.A. y otros s/ ordinario" 30/12/2021, Id. SAIJ Sumario N° N0024696.

igual valor o idénticas características, a raíz de los vicios de fabricación que poseía el automotor adquirido, que lo tornaba inseguro para su uso, pues la demandada no solo incumplió el deber de información, sino que además tuvo una actitud indiferente hacia la seguridad y los intereses económicos de los consumidores por cuanto el servicio postventa de reparación del rodado no resultó ser suficiente ni adecuado a los reclamos, ya que el automotor de alta gama tuvo que ser ingresado en quince oportunidades al taller en un lapso de dos años.[69]

5. Daño moral. Es procedente la indemnización en concepto de daño moral cuando ha quedado demostrado que al adquirir de un auto de alta gama, este no reunía las características ofrecidas por el instructivo del vehículo así como las vicisitudes que el consumidor tuvo que transitar para hacer valer la garantía (arts. 505, 509, 522, 622 y concs., Cód. Civil; 3 y 17, Ley N° 24240; art. 42, CN). [70]
6. Estando acreditadas las fallas en el vehículo 0 km que adquirió el accionante –detiene su marcha–, la concesionaria demandada debe sustituir la unidad por otra de idénticas características y año, o en su defecto por una de mejores prestaciones, cuyo modelo sea del año del cumplimiento de la sentencia, es que, aun cuando la condena contenga variaciones favorables al consumidor, debe ser asumida por la demandada, sin que pueda argüirse la existencia de enriquecimiento sin causa.[71]
7. Debe confirmarse la sanción de apercibimiento impuesta por la Dirección Nacional de Comercio Interior a la firma por infracción al artículo 12 de la Ley N° 24240 por no haber suministrado un servicio técnico adecuado toda vez que el bien adquirido, una videograbadora, evidencia deficiencias de fa-

69. Juz. Civil y Com de 1° instancia, Salta, (Fernanda Diez Barrantes) "Oys Ingenieria S.R.L.; Russo Abdo, Salvador Rafael c/ F.C.A. importadora S.R.L. s/ acciones ley de defensa del consumidor", 10/08/202. Id. SAIJ Sumario N° S0011383.

70. SCBA, "Capaccioni, Roberto Luis c/ Patagonia Motor S.A. y BMW de Argentina S.A. Infracción a la Ley del Consumidor", 30/09/2014, cit.

71. Cámara 4° de Apelaciones en lo Civil y Comercial Córdoba "Defilippo, Darío Eduardo y Otro c/ Parra AutomotoresSA y Otro s/ Abreviado - Cumplimiento/Resolución de contrato - Recurso de apelación - Expte. N° 2168020/36, 01/07/2014 N° Fallo: 14160021, Id. SAIJ: R0021961.

bricación, las que fueron reparadas un año después de la fecha en que el producto fue entregado para su reparación.[72]

Artículo 18. Vicios redhibitorios

La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio:

a. A instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil;

b. El artículo 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1051 a 1058 del CCCN.*

El presente artículo, en diálogo con lo normado por el artículo 11 de la ley, establece que la garantía legal comprenderá los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos a la época de celebración del contrato, afectando la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento.[73]

La definición de "vicios redhibitorios" no se encuentra en el texto de la LDC. Es por ello que debemos remitirnos a los códigos de fondo para su correcta conceptualización.

Así, el Código Civil derogado disponía en su artículo 2164 que

> Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que al haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella.

En la legislación vigente, el CCCN en su artículo 1051 inciso b conceptúa a los vicios redhibitorios como

> … los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que,

72. CNACAF, Sala 03, "Audinac SA c/ DNCI -DISP 1888/03 (EXP 85190/02)", 05/10/2004, Id. SAIJ Sumario N° K0024259.

73. Stiglitz, Gabriel; Hernández Carlos (dirs.), *op. cit.*, T. III, p. 9.

de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor.

En el ámbito protectorio del derecho de consumo, la garantía abarca los vicios aparentes y los ocultos, aquellos que son manifiestos y aun a los no ostensibles a la fecha de celebración del contrato. Esta es la nota distintiva con el régimen general que regula los efectos de los contratos en el capítulo 9 del Título Segundo, Contratos en General, contenido en el Libro Tercero, Derechos Personales del CCCN, la que profundizaremos a continuación.

Coincidimos con la doctrina que sostiene que el fundamento de la norma en cuanto a la amplia protección otorgada a los consumidores, radica en la posible revelación del vicio con el uso del producto aun cuando el mismo haya sido ostensible a la época de adquisición de la cosa.[74]

El consumidor podrá hacer uso tanto del régimen previsto en el CCCN (artículos. 1051 a 1058) como al perteneciente en la LDC entre los artículos 11 a 18.

Debe destacarse que existen autores que extienden la protección del artículo 18 más allá de las cosas muebles no consumibles, como por ejemplo a la comercialización de inmuebles, existiendo jurisprudencia que se pronuncia en aquel sentido.[75]

Los Dres. Barocelli y Cáu[76] manifiestan en lenguaje claro los alcances de la obligación de saneamiento en la LDC. Así, establecen que:

a. La legitimación activa de la obligación de saneamiento en las relaciones de consumo recae en los consumidores directos e indirectos (artículos 1 y 11 LDC y artículo 1092 CCyC).[77]
b. Legitimación pasiva: productores, importadores, distribuidores, proveedores y vendedores (artículos 2 y 13 LDC).[78]

74. Ídem.

75. Ibídem, p. 23.

76. Barocelli, Sergio; Arias Cáu, Esteban, "La obligación de saneamiento en las relaciones de consumo", ponencia presentada en XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en septiembre 2017, La Plata.

77. Ídem. Señalan que: "Comprende aquí al consumidor contratante y a consumidores indirectos: destinatarios de regalos, sucesivos adquirentes como sucesores singulares del consumidor, sucesores universales del consumidor, etc."

78. Ídem. "Comprende –por tanto– no solo al enajenante que contrató con el consumidor sino también a todos los que participan de la cadena de producción y comercialización de bienes y servicios."

c. Operaciones comprendidas: onerosas y gratuitas (artículos 1 LDC y 1092 CCyC).[79]
d. Son cláusulas abusivas todas aquellas que supriman o limiten la obligación de saneamiento, por constituir un supuesto de desnaturalización de las obligaciones, en los términos de los artículos 988 inc. a) CCyC y 37 inc. a) LDC, respectivamente. [80]

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en el sistema protectorio del consumo, existen tres tipos de garantías: la garantía legal de idoneidad y funcionamiento –artículos 11 y 13 a 17 LDC–, la garantía de brindar un servicio técnico adecuado contenida en el artículo 12 de la LDC y la garantía de "vicios redhibitorios" del artículo 18. Todas ellas, si bien en íntima relación, resultan ser independientes con características propias. [81]

Debe señalarse que, en los supuestos en donde el vicio, por ser oculto, se manifieste luego del plazo de la garantía legal, la vía de los vicios redhibitorios será la apropiada, debiendo tenerse en cuenta que los requisitos configurativos esenciales –según el derecho común– son: a) que el vicio sea material; b) que sea oculto; c) que aparezca grave o importante; d) que haya sido desconocido por el adquirente; e) que haya existido al momento de la enajenación; f) que estemos en presencia de un contrato oneroso.[82]

En este caso, deberá ponerse en marcha el mecanismo previsto por el artículo 1039 del CCCN, que faculta al consumidor a optar entre a) reclamar la subsanación de los vicios; b) reclamar un bien

79. Ídem. "El argumento en relación a las operaciones gratuitas (ej. muestras gratis, regalos, programas de fidelización de clientes como millajes o programas de puntos, etc.), radica en la existencia una onerosidad indirecta".

80. Ídem. Señalan los autores: "El art. 1036 CCyC reza: "La responsabilidad por saneamiento existe aunque no haya sido estipulada por las partes. Estas pueden aumentarla, disminuirla o suprimirla, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente". En el caso de las relaciones de consumo, se podrá "ampliar" la garantía, pero no renunciarse o restringirse. De ser así, estaremos en presencia de una cláusula abusiva, en los términos del artículo 37 inc a) de la LDC y 988 inc. a) CCyC, por ser tanto una desnaturalización de la obligación de saneamiento como una renuncia o restricción de los derechos del consumidor. Recordemos que la frase "desnaturalización de las obligaciones de las partes" debe interpretarse aquel cambio de lo que se considera la normalidad del "ser" del contrato".

81. Ídem.

82. Ídem.

equivalente, si es fungible; c) declarar la resolución del contrato, excepto en los casos previstos por los artículos 1050 y 1057 del CCCN.

Ahora bien, en cuanto a las diferencias de la normativa fondal con el microsistema consumeril, deben destacarse diversas aristas. En primer lugar, la protección legal deberá aplicarse, aun de oficio, por encontrarse en juego el orden público.[83]

Asimismo, la interpretación de los alcances de la garantía de evicción deberá ser de carácter restrictivo en contra de los intereses del consumidor bajo el prisma de la regla *in dubio pro consumidor.*[84]

En cuanto al requisito de gravedad o importancia del daño, debe adoptarse una mirada amplia que pondere las características del caso concreto para determinar la verdadera incidencia del daño, teniendo en cuenta el contexto socio-económico del consumidor y las necesidades a las que estaba destinada la adquisición de la cosa mueble no consumible.

En cuanto al plazo de caducidad, coincidimos con la doctrina que no debe confundirse el plazo de seis o tres meses de la garantía obligatoria del artículo 11 LDC con el de los vicios redhibitorios, el que deberá computarse en función del plazo residual de 5 años del artículo 2560 del CCCN.[85]

Asimismo, es importante señalar que la garantía de evicción comprende a las relaciones de consumo tanto onerosas como gratuitas (artículos 1 LDC y 1092 CCCN).

Por último, destacamos que siempre el consumidor podrá reclamar, además de las opciones del artículo 1039 CCCN, la reparación de los daños y perjuicios.

Jurisprudencia

1. En el caso de los vicios ocultos, tratándose de una garantía legal, la acción por daños y perjuicios solo es viable cuando se ejerce pretensión redhibitoria y se acredita que el vendedor ha obrado de mala fe. Pese a lo dispuesto por el artículo 2176 del Código Civil, en el ámbito del derecho del consumo el consumidor no se encuentra atado al ejercicio de la acción redhibitoria

83. Ídem.
84. Ídem.
85. Ídem.

para perseguir el resarcimiento de los daños que le ha causado el incumplimiento del proveedor, incluso si este se traduce en la existencia de un defecto oculto. Por el contrario, la posibilidad de reclamar la reparación de tales daños se encuentra expresamente establecida en el artículo 10 bis de la ley 24.240 –por cuya aplicación puede optar el actor libremente– que la consagra de manera autónoma, sin condicionarla al ejercicio de ninguna otra acción y sea que medie, o no, mala fe en el vendedor. [86]

2. La "garantía de saneamiento" (al igual que la legislación que la regula) es de orden público por lo que las partes no pueden dejarla de lado, aun cuando medie consentimiento expreso del consumidor y fuera consentida la adquisición del bien sin objeción alguna, pudiendo el adquirente invocarla igualmente para gozar de sus beneficios si, en el contexto de la relación de consumo, se suscitan defectos o vicios en la unidad adquirida, que afectan la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento (argto. arts. 1, 2, 3, 11, 13, 14, 17, 18, 37, 65 y conds. de la ley 24.240; artículo 42 de la C.Nac., artículo 38 de la C.Prov.). [87]
3. Prueba de que el vicio existía al tiempo de la adquisición. Resultará de aplicación el art. 53, tercer párrafo de la LDC, que consagra en materia probatoria el "principio de las cargas dinámicas", cuando dispone que "los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio".[88]

86. CC0102 MP 167120 173-S S, "Gaita, Santiago y Otra c/ Tierras del Vulcan SA y Otro s/ daños y perjuicios - incump. Contractual, 16/07/2019. Tribunal Origen: CC0102MP SUMARIO JUBA B5062374.

87. CC0103 MP 160466 7 S, "Piacente, Claudio Marcelo c/ Mangoni, Pablo y otros s/cumplimiento de contratos civiles y comerciales", 01/02/2017. Tribunal Origen: JC0900MP SUMARIO JUBA B5052892.

88. CNCom., sala C, "Constructora de Proyectos S.A. c/ Autovisiones S.A. s/ordinario", 23/10/2012. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/62980/2012).

CAPÍTULO V
De la prestación de los servicios

Artículo 19. Modalidades de prestación de servicios*

Quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 972, 990, 991, 1099, 1100, 1101, 1103, 1104, 1105, 1106, 1108 del CCCN.*

En este capítulo que refiere a las modalidades de la prestación de servicios, se reafirma la aplicación de los principios de información cierta, clara y detallada (art. 4) respecto de los servicios comercializados, debiendo sujetar los términos, plazos, condiciones y modalidades del ofrecimiento a las previsiones de los artículos 7 (condiciones de la oferta) y 8 (efectos de la publicidad), y en caso de incumplimiento le serán aplicables las previsiones del artículo 40 de la LDC.

Todos los tipos de servicios se encuentran comprendidos en este artículo y, a su vez, dentro de las modalidades de prestación todas las previsiones contractuales, como los plazos de cumplimiento, el alcance del servicio, la estipulación de determinados resultados si los hubiere, el deber de seguridad respecto de la persona del consumidor, etcétera.

Es importante destacar que el artículo legisla, en definitiva, sobre la información brindada por el proveedor, constituyéndose en una norma de carácter general y transversal a todos los servicios –como se dijo– con independencia de si son regulados por normas específicas, como pueden ser los casos de los contratos bancarios, de servicios de traslados aéreos o marítimos, o de turismo.

El incumplimiento en la modalidad exacta de prestación del servicio de acuerdo a lo oportunamente informado supone una inversión en la carga probatoria; mientras que la falta de acreditación de la justificación suficiente por parte del proveedor, la responsabilidad.

---

* Comentario sobre los artículos 19 a 24 por Fernando Pagliuca.

El deber de información constituye una obligación de resultado, pues la ley exige que esa información cumpla determinados y precisos contenidos. Por lo tanto, la sola verificación del incumplimiento hace responsable a la obligada, con prescindencia de cualquier circunstancia vinculada con la intencionalidad del sujeto.[1]

Jurisprudencia

> La empresa de medicina prepaga tiene el deber de mantener las prestaciones pactadas conforme lo convenido inicialmente (art. 19 ley 24.240) y además su deber de información (art.4 de la ley) ante cualquier variación de las condiciones contractuales establecidas (*v. gr*. Aumento de costos) a fin de que el afiliado preste conformidad con su modificación. Se aplican los principios favorables al consumidor por lo que se debe restituir al afiliado el aumento de las cuotas en el porcentaje del incremento del haber jubilatorio, atendiendo el principio de solidaridad que prevalece en el actual derecho civil y la necesidad de incrementar las cuotas dada la prolongación temporal del contrato….[2]
>
> Se verifica la transgresión al art. 19 de la ley 24.240 si la entidad bancaria no respeta su deber de enviar, periódicamente, el resumen de la tarjeta de crédito al cliente tal como está acordado en el contrato suscripto entre el banco y el consumidor…[3]
>
> Al aplicar el banco una tasa de interés que excede el tope legal no ha respetado los términos y condiciones del servicio de tarjeta de crédito incumplido con el art. 19 de la ley 24.240…[4]
>
> En este sentido cabe recordar lo expresado en Fallos 182:5, donde el Tribunal sostuvo que 'quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha

1. Gozaíni, Osvaldo A., "Protección procesal del usuario y consumidor", Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, p. 403.

2. CNACiv., Sala K, "VARISE ALDO HORACIO C/ S.P.M. SISTEMA DE PROTECCION MÈDICA SA Y OTRO S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", 11/02/2010.

3. CNACAF, Sala 3, "BANCO FRANCÉS SA C/ DNCI-DISP 264/02 (EXPTE 64-2684/98) S/ORDINARIO" Expte. 6372/2003, 07/10/2004.

4. Ibídem, Sala 5, "BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA c/ DNCI-DISP. 201/06 (Expte. SO1:193001/03) s/ Recurso", 13/02/2007.

sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución'…[5]

Estamos entonces ante la prestación de un servicio que procura al acreedor cierto resultado concreto (art. 774 inc. b CCCN). Como tal, ante el supuesto de incumplimiento, se debe responder de manera objetiva (art. 1723 CCCN). Vale decir, que la culpa en estos casos es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad y el responsable se libera solo si demuestra la causa ajena (art. 1722; arg. art. 792, CCCN)…[6]

Aunque se considere que el servicio de vigilancia privada contratado no abarcara la seguridad absoluta de indemnidad a las prestatarias del servicio, no ha de soslayarse que aun para cumplir la misión establecida en el contrato la prestadora se comprometía a adoptar las medidas que correspondan para proporcionar seguridad…para prevenir y tendientes a anular e impedir la producción de ilícitos o de cualquier otro hecho intencional o accidental que ponga en peligro la integridad física y/o bienes de propiedad de la contratante o de particulares (cláusula tercera, fs. 216/217). Si bien se hace referencia a que la prestadora se obligaba a las tareas y servicios especificados en el contrato (cláusula cuarta, fs. 217), es de advertir que entre las funciones estipuladas se encontraba, por un lado, la de proporcionar y mantener los medios necesarios de Seguridad Viva, Física, en el ámbito territorial de la prestación establecida en la cláusula primera, tendientes a alcanzar cada uno de los objetivos buscados (cláusula séptima, punto 1, fs. 218); y brindar una presencia disuasiva para prevenir, evitar y anular cualquier tipo de robo, hurto o todo otro accionar delictivo y/o contravencional, que se cometa o intente cometer en perjuicio de las personas o de los bienes muebles o inmuebles y demás instalaciones ya sean de propiedad común o de particulares…[7]

En orden a la aplicación al caso del art. 19 de la LDC, la falta de cumplimiento de los plazos no es lo único reprochable al proveedor, pues la norma refiere además que quienes presten servicios están obligados a

5. CSJN, "Jorge Fernando Vadell C/ Provincia De Buenos Aires S/ Indemnización", 18/12/1984.

6. CNACiv., Sala M, "White Tomás John c/Fundación Universidad de Belgrano Dr. Avelino Porto s/daños y perjuicios", 10/08/2021.

7. Ibídem, Sala F, "Aguirre, Marcela Verónica c/ Los Lagartos Country Club s/ daños y perjuicios", 16/10/2020.

respetar las condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos…[8]

La conducta adoptada por el banco al mantener el servicio de caja de seguridad desde la fecha del cierre de la cuenta a la que accedía inicialmente la caja 15/8, que según fuera reconocido en la contestación de demanda acaeció en 1999, hasta el 26.06.03 fecha en que procedió a su apertura forzada a la luz del Art. 218 C.Com. Es a mi juicio relevante. Ello aunque no se haya abonado canon alguno por este período, ya que durante la vigencia de la cuenta 806880 que fuera cerrada en 1999 tampoco fue percibida suma alguna por la prestación del servicio de caja. Pienso que lo correcto hubiera sido anoticiar a su titular e intimarlo a la devolución de las llaves, máxime cuando –lo reitero– el largo tiempo transcurrido y la calidad de cliente que a esa fecha aún detentaba, y el uso de la caja por parte del actor demostraba la existencia de ese contrato…[9]

… la responsabilidad de la defendida surge por la contravención al parámetro de diligencia que informan las referidas normas y en el deber general de atenerse a los buenos usos en la materia, tratándose entonces de una aplicación más del principio de la buena fe, relevante en todo tipo de relación contractual y especialmente significativo en aquellas en donde la profesionalidad de una de las partes en la prestación de un servicio genera en la otra una legítima confianza basada en la experiencia y aptitud técnica […] Si bien es posible que por las características de un huracán, las previsiones que –en su caso– se adopten podrían en definitiva verse superadas, lo cierto es que la ley de Defensa del Consumidor Ley Nº 24.240 exige que se combata el fenómeno climático en sí mismo, sino que el intermediario adecue su conducta a la previsión o capacidad para reconducir la situación creada (*v. gr.* traslado de pasajeros a otro hotel de similares características)…[10]

Si el usuario no pudo hacer efectivo el premio de la recompensa promocionada a través del programa "Membership Rewards" creado por la empresa actora pese a haber obtenido el correspondiente certificado, luego de canjear los puntos por pasajes de la línea aérea participante del programa, en atención a que esta última le informó, previo a la realiza-

8. C.Ap.de Trelew, Sala B, Secretaría Contencioso Administrativa, "A., H. F. c/ P. C. S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa al Consumidor", 03/09/2014.

9. CNACom., Sala B, "Levi Ricardo Rafael c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A. s/ ordinario", 29/06/2009.

10. Ibídem, Sala B, "Lorenzini de Martini Luciana y otro c/Viajes Ati S.A. s/ Sumario", 10/03/2008.

ción del viaje, que no contaba con aeronaves para hacer el vuelo- cabe considerar a la empresa recurrente incursa en la infracción establecida en el Art. 19 de la Ley 24.240…[11]

La Dirección Nacional de Comercio Interior puede imponer una multa por infracción al Art. 19 de la Ley 24.240 a una empresa que presta servicios de medicina prepaga por no cumplir con las prestaciones obligatorias que le imponen las Leyes 24.754 y 24.901 en relación a las personas discapacitadas al negar la cobertura del 100% respecto de las prestaciones médico asistenciales…[12]

Si el cargo "reserva de fondos" no fue convenido por las partes en el contrato de emisión de tarjeta de crédito y, asimismo, la entidad bancaria se limitó a notificarlo al usuario de la tarjeta de crédito mediante los respectivos resúmenes de cuenta que el banco ha modificado unilateralmente los contratos de tarjeta de crédito suscriptos con su cliente en tanto procedió a reclamarle un cargo no convenido con aquellos, lo que importa una actuación contraria a la obligación impuesta por el Art. 19 de la Ley 24.240…[13]

Aun no mediando un contrato expreso del cual resulten expresamente las obligaciones asumidas por el depositario, la falta de adecuada guarda del vehículo que permitió el acaecimiento del hecho dañoso supone un incumplimiento de las previsiones del artículo 19 de la Ley 24.240. Ello es así por cuanto ese evento demuestra que la recurrente no ha respetado las modalidades propias de la prestación asumida como garajista…[14]

Artículo 20. Materiales a utilizar en la reparación

En los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar, se entiende implícita la obligación a cargo del prestador del servicio de emplear materiales o productos nuevos o adecuados a la cosa de que se trate, salvo pacto escrito en contrario.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

11. CNCAF, Sala I, "American Express Argentina S.A. c/ DNCI -Disp 269/06 (Expte. S01:219748/02)", 28/02/2008.

12. Ibídem, Sala I, "Valle de Las Leñas S.A. c/D.N.Cl.- Disp 143/06 (Expte. S01:196200/04)", 06/11/ 2007.

13. Ibídem, Sala III, "Banco Sudameris S.A. c/DNI-Disp 892/04 (Expte. 501:0029783/03), 13/07/ 2016.

14. Ibídem, Sala IV, "Playas Subterráneas S.A. c/ Sec. de Com. e Inv., Disp. DNCI 1963/96", Causa Nº 10.413/97", 16/03/1998.

El artículo en comentario establece que para la prestación de servicios que requieran del empleo de productos o materiales que servirán en definitiva como insumos, estos deben emplearse en calidad de nuevos y adecuados para el servicio específico.

Esto refiere, por ejemplo, al caso de los servicios de reparación de equipos electrónicos en los que requieran el empleo de repuestos, los que deberán ser por un lado nuevos y, por otro lado, en cuanto a la adecuación entendemos que en el ejemplo deberán ser originales.

En el caso de los servicios cuyos materiales o productos no tengan una presentación original o alternativa, como puede ser el caso de los servicios de limpieza, se deberá entender por adecuados aquellos que resultan idóneos para la prestación del servicio y poseen una calidad media (art. 762 CCCN).

La excepción se encuentra cuando se establece –nuevamente de conformidad con el artículo 4 de LDC– sea fehacientemente informado al consumidor y este lo hubiere aceptado. La norma establece que la conformidad del consumidor debe ser otorgada de forma expresa y por escrito.

El Decreto Reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor establece en su artículo 20 que

> Se entenderá por materiales adecuados aquellos nuevos adaptados a la cosa de que se trate. El pacto que indique de manera expresa que los materiales o productos a emplear, aun los adecuados, no son nuevos, deberá estar escrito en forma destacada y notoria.

No poseer la conformidad expresa del consumidor le equivaldría a un incumplimiento a la norma, aun habiéndose efectuado el servicio, dado que se hubiere prestado de manera defectuosa.

Jurisprudencia

> La Ley 24.240 consagra en su artículo 4º el derecho del consumidor a que se lo informe en forma veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios que le son ofrecidos y en los arts. 20 y 21 determina la obligatoriedad de extender un presupuesto cuando se trata de contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier

otro similar, exigiendo como requisito mencionar si se otorga o no garantía, y en su caso, el alcance y duración.[15]

Artículo 21. Presupuesto

En los supuestos contemplados en el artículo anterior, el prestador del servicio debe extender un presupuesto que contenga como mínimo los siguientes datos:

- **a. Nombre, domicilio y otros datos de identificación del prestador del servicio;**
- **b. La descripción del trabajo a realizar;**
- **c. Una descripción detallada de los materiales a emplear.**
- **d. Los precios de éstos y la mano de obra;**
- **e. El tiempo en que se realizará el trabajo;**
- **f. Si otorga o no garantía y en su caso, el alcance y duración de esta;**
- **g. El plazo para la aceptación del presupuesto;**
- **h. Los números de inscripción en la Dirección General Impositiva y en el Sistema Previsional.**

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

En consonancia con la exigencia del artículo 20, respecto de la conformidad por escrito que debe otorgar el consumidor, sobre todo respecto de los materiales o productos a emplearse para la realización del servicio, el artículo ahora en comentario establece los lineamientos que debe tener dicha conformidad.

Es importante destacar que la extensión del presupuesto constituye una obligación de resultado dentro de la prestación del servicio. Es decir, no cumplir con las previsiones del artículo 21 implica, en definitiva, no contar con la conformidad del consumidor para la realización del trabajo en términos distintos a los establecidos en la primera parte del artículo 20. En ese orden, haber efectuado el servicio no es óbice para ser pasible de responsabilidad en los términos del artículo 10 bis o 40, dado que se hubiere efectuado de forma defectuosa.

Se trata de un instrumento privado, pero no debiera constituir un acto jurídico unilateral, dado que la norma exige la conformidad

15. Ibídem, Sala V, "Ahora Cerrajería Rápida S.R.L. c/ Sec. de Com. e Inv. – Disp. DNCI Nº 637/96.", 10/07/1997.

expresa (y por escrito) del consumidor, razón que permite colegir que al menos la copia retenida por el proveedor requiere la firma del consumidor en los términos de los artículos 288 y 313 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ello así, dado que recae en el proveedor la prueba de tal conformidad.

Los datos que debe contener el presupuesto refieren a la modalidad de prestación del servicio, que ligará al proveedor en los términos del artículo 19 LDC, y a la situación impositiva de este que lo identifican para eventuales reclamaciones.

Jurisprudencia

> Quien está legalmente o contractualmente ligado por una obligación particular de información debe soportar la prueba del cumplimiento de esa obligación [...] Como queda dicho, no era el demandante quien debía informarse sino que, por el contrario, era la vendedora la encargada de suministrarle la información pertinente. El comprador, en tanto consumidor, gozaba de una 'presunción de ignorancia legítima'...[16]

> ... la falta de entrega del presupuesto con los datos que exige el art. 21, deberá operar una presunción iuris tantum a favor de lo que afirme el usuario, teniendo en cuenta la naturaleza y características del servicio (clase de trabajo, materiales empleados, precio convenido, etc.) y atendiendo, en lo pertinente a lo dispuesto por los art. 1632, 1635 y consc. del Cód. Civil; pero, a la inversa de lo dispuesto por estas normas, será a cargo del prestador del servicio la prueba en contrario de lo afirmado por el usuario o consumidor (arg. art. 37, inc. c). De otro modo este art. 21 estaría de más...[17]

> Lo cierto es que ante el requerimiento de la prestación de un servicio, es el requerido –prestador del servicio– el que debe elaborar el presupuesto siguiendo las pautas del art. 21 LDC. Este presupuesto se identifica con la noción de oferta, entendida como la posibilidad tanto para el proveedor como para el usuario de realizar los cálculos de los gastos e ingresos que resulten en torno al servicio. El proveedor presupuesta con la ofer-

16. CNACiv., Sala A, "Bagnasco, Gastón Emilio c/ Emprendimiento Ortiz S.R.L. y otros s/ cobro de sumas de dinero", 04/08/2021.

17. C.Ape. Civ., Com., Lab. y de Min. de Neuquén, Sala II, "Benegas Elvira C/ Saavedra Pedro Alberto S/ Sumarísimo Ley 2268", 14/06/2011.

ta, el usuario presupuesta con su aceptación [...] Es que, la finalidad que persigue la forma escrita de la oferta de prestación de un servicio, es la protección del débil de la relación, el usuario, brindándole informaciones sobre particularidades del negocio que se va a celebrar y mayor seguridad jurídica. En efecto, la razón de esta normativa se halla en la necesidad de suministrar al usuario conocimientos de los cuales legítimamente carece, al efecto de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto del bien o servicio en relación al cual pretende contratar. Así entendido, el deber de información deviene en instrumento de la tutela del consentimiento, en tanto otorga al consumidor la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de la celebración del negocio...[18]

La firma del presidente de la accionada al pie de una cláusula preimpresa que dice "aceptado p/ duplicado", que aparece en la propuesta en la que se especifican las reparaciones y servicios presupuestados, y en el anexo que detalla el modo de pago, son una manifestación de la voluntad que constituye la aceptación prevista por la Ley 24240: 21-g, que no es sino la aceptación de la oferta hecha por el prestador del servicio, por lo que cabe concluir que entre las partes existió un contrato...[19]

En la medida que la Ley 24.240 tutela la protección de los consumidores o usuarios, dentro de los cuales incluye expresamente a los que contratan la prestación de servicios (ver Art. 1º inc. b), obligando explícitamente al cumplimiento de sus disposiciones a los prestadores de ellos (Confr. Art. 2º), resulta inatendible la postulada limitación de la obligación de extender presupuesto que impone el Art. 21 de la citada ley –de cuyo contenido se desprende inequívocamente que debe ser por escrito–, siendo por otra parte que la norma contenida en el Art. 20, a la que el apelante pretende circunscribir aquel deber, contempla expresamente los supuestos de servicio de "limpieza", por lo que mal puede pretenderse la inexigibilidad de la obligación sobre la base de alegados usos y costumbres contrarios a expresas disposiciones legales...[20]

El artículo 21 de la Ley 24.240 prescribe los datos que como mínimo deben estar comprendidos en el presupuesto que deben extender los prestadores de servicios cuyo objeto, entre otros, sea el "acondicionamiento"

18. C. Ape. de Trelew, Sala B, Secretaría Contencioso Administrativa, "A., H. F. c/ P. C. S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa al Consumidor", 03/09/2014.

19. CNCom., Sala D, "Otis Argentina SA c/ Fundación Instituto de Neurobiología (fidneu) s/ Ordinario", 12/12/2006.

20. CNCAF, Sala I, "Elinat S.A. c/ Sec. de Com. e Inv., Disp. DNCI 378/97", 30/12/1998.

> o "limpieza" (esta Sala in re "Lavadero de Norma Raquel González c/ Sec. de Com. e Inv." del 7/10/97). Si bien existen requisitos establecidos en la mencionada norma que se hallan razonablemente cumplimentados en la orden de trabajo que la empresa expidió en este caso, se exhiben insuficiencias en los requerimientos b), c), e) y f) de la norma. Véase en lo que se refiere a la descripción del trabajo a realizar, que no se especificó si se efectuaría a través de lo que en la jerga se denomina "limpieza a seco" o lavado a máquina; lo cual derivó en la falta de información también de los materiales a emplear, distintos en un caso y en otro. Asimismo, el tiempo de realización del trabajo tampoco fue puntualizado, pues como puede notarse en la orden de trabajo, no existe señalamiento del día en que la prenda podía ser retirada. Finalmente, también se omitió aclarar si se otorgaba o no garantía, su alcance y las especificaciones a su respecto…[21]
>
> De las constancias de fs. 4 surge, efectivamente, que el presupuesto presentado por la recurrente fue extendido sin los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Ley 24.240, en especial, debe señalarse que aquel carece de la descripción detallada de los materiales a emplear, su precio y el de la mano de obra y que quien lo suscribe no indicó sus números de inscripción en la Dirección General Impositiva y en el sistema provisional…[22]

Artículo 22. Supuestos no incluidos en el presupuesto

Todo servicio, tarea o empleo material o costo adicional, que se evidencie como necesario durante la prestación del servicio y que por su naturaleza o características no pudo ser incluido en el presupuesto original, deberá ser comunicado al consumidor antes de su realización o utilización. Queda exceptuado de esta obligación el prestador del servicio que, por la naturaleza del mismo, no pueda interrumpirlo sin afectar su calidad o sin daño para las cosas del consumidor.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

La normativa prevé aquellas situaciones en las que habiendo cumplido las previsiones del artículo 21, no se hayan podido advertir

21. Ibídem, Sala II, "Marva de Sergio Sicolo c/ Sec. de Com. e Inv., Disp. DNCI 157/97", 02/04/ 1998.

22. Ibídem, Sala IV, "Cyesa S.R.L. C/ Sec. de Com. e Inv. S/ Disp. DNCI Nº 3542/95", 18/03/1995.

–y por tanto presupuestar– tareas o servicios adicionales o el empleo de materiales más allá de los presupuestados u otros de mayor valor.

Podría ser este, por ejemplo, el caso de los servicios de reparación de cualquier índole, donde el proveedor pudo haber supuesto que la tarea requeriría determinada complejidad y materiales, pero que al abordar la reparación se percate que el problema requería una solución más compleja o repuestos más específicos. Esta situación es habitual aun en los supuestos donde el diagnóstico de mal funcionamiento se encuentre correctamente hecho, pero pueda responder a varias causas disímiles.

La solución de la norma no se aparta del principio general que impone al proveedor el deber de información constante al consumidor. Se tiene dicho que el deber de información no solo es fundamental en la etapa precontractual sino también durante la ejecución del contrato.

En este caso tiene un doble carácter. Por un lado, se presenta como un efecto del contrato perfeccionado que apuntará en todos los casos a que el consumidor pueda hacer valer sus derechos; mientras que, por otro lado, configura un instrumento de tutela del consentimiento, dado que puede optar, en el momento en que recibe la información, por dar por resuelto el contrato o adecuarlo al nuevo valor o tipo de prestación diferenciada de que se trate.

La reglamentación de la ley establece que el consumidor puede relevar al proveedor de la obligación de informarle ante las eventualidades que cambien la prestación del servicio o aumenten su costo. Concretamente establece que

> El consumidor podrá eximir al prestador del servicio de la obligación de comunicarle previamente la realización de tareas o utilización de materiales no incluidos en el presupuesto. En este caso, el consumidor manifestará su voluntad en forma expresa y, salvo imposibilidad, escribiendo de su puño y letra la cláusula respectiva.

A diferencia del presupuesto regulado por el artículo 21, la exención del artículo en comentario puede constituir un acto jurídico unilateral por parte del consumidor. La prueba de la declaración de la voluntad recae siempre en la persona del proveedor, dado que deberá ser él quien demuestre que existía conformidad para apartarse de lo

oportunamente acordado y se encuentra en mejores condiciones de hacerlo. Cabe decir que la reglamentación data de 1994, razón por la que no pudo preverse las formas de consentimiento actuales que, en muchas ocasiones, se otorga por medios electrónicos.

En ese último aspecto, cabe recordar que el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1106 equipara el requisito de instrumentación por escrito de un contrato de consumo a otro medio que importe "un soporte electrónico u otra tecnología similar", de manera de poder adoptar la redacción de normas vigentes con anterioridad al estado de la tecnología actual y futura.[23]

Como, a su vez, la Ley N° 25506 de Firma Digital asimiló ese mecanismo de firma de documentos a la firma manuscrita, el Código da a los documentos electrónicos similar tratamiento que el recibido por los documentos en soporte papel. En definitiva, se trata de darle rigor jurídico a una situación que acontece hace tiempo en la sociedad.

Nuevamente, la prueba del consentimiento con independencia de la forma de otorgarlo estará en cabeza del proveedor.

Por otra parte, la norma establece una excepción a la obligación de informar al consumidor de modo previo a cambiar las estipulaciones del presupuesto, y es en los casos en que se afecte la calidad del servicio o se produzca un daño a los bienes del consumidor.

Podría ser el ejemplo de los servicios prestados en eventos o catering donde al momento de realizar el mismo podría presentarse alguna situación que haga que el proveedor deba alterar el servicio, o bien utilizar productos distintos a los indicados en el presupuesto, sin contar con la posibilidad de aguardar la conformidad del consumidor, dado que podría ello perjudicar la continuidad o conclusión del evento que se trate.

Sin perjuicio de ello, el consumidor podrá reclamar por la vía correspondiente si considerase que la modificación del precio es excesiva en relación con lo presupuestado y el trabajo realizado, o para el caso de que, aun abonando la diferencia de precio para evitar un daño, el mismo se produjo y la reparación que se llevó acabo no fue satisfactoria.

---

23. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2da. Ed. 2009, p. 178. También puede verse en Kemelmajer De Carlucci, Aída R., "Publicidad y consumidores", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 5, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 78.

Jurisprudencia

> … como consecuencia del obrar del prestador del servicio de televisión por cable, el denunciante se vio privado de disponer de una señal televisiva expresamente anunciada en la revista que en forma gratuita distribuye la empresa y que fue considerada relevante por el usuario a la hora de contratar […] habiendo existido en manos de la empresa prestadora del servicio de televisión por cable la posibilidad de que una información errónea o inexacta fuera corregida -al menos, por medio de una comunicación anexa a la revista […] el no haber hecho uso de los medios que en rigor de verdad estaban a su alcance implicó la asunción de una actitud que afectó la natural vulnerabilidad del usuario […] Las diversas opciones que el art. 10 bis de la ley 24.240 de defensa del consumidor otorga a quien es perjudicado por el incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, no obsta la iniciación de las pertinentes acciones civiles o la aplicación de las sanciones específicas contenidas en dicha normativa…[24]

Artículo 23. Deficiencias en la prestación del servicio

Salvo previsión expresa y por escrito en contrario, si dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que concluyó el servicio se evidenciaren deficiencias o defectos en el trabajo realizado, el prestador del servicio estará obligado a corregir todas las deficiencias o defectos o a reformar o a reemplazar los materiales y productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

El artículo en comentario establece que, ante la aparición de nuevas fallas o defectos relacionados al servicio prestado, el proveedor está obligado a corregirlos dentro de un plazo de treinta días de forma gratuita, excepto que se prevea por escrito lo contrario.

Puede ser contradictorio con el resto de la normativa que deje en cabeza del proveedor la excepción, dado que la norma no utiliza palabras como "pacto" o "acuerdo", sino que emplea el término "previsión expresa", lo que podría interpretarse como una facultad de la que goza la parte más fuerte de la relación.

24. CF. Ape. de Rosario, Sala A, "Bordachar, Hugo L. c/ Galavisión SA", LL Litoral, 2000-830.

Algunos autores consideran que de no tratarse de una dispensa otorgada por el consumidor por escrito y fundamentada, deberá esta analizarse como una cláusula más preimpresa dentro de un contrato por adhesión, siendo de aplicación lo preceptuado en el artículo 37 de la Ley.[25]

Sin embargo, conforme surge del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, las leyes deben ser interpretadas teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento, razón por la que nos permitimos interpretar que no es una prerrogativa del proveedor, sino que se trata de una modalidad que debiera ser consentida por el consumidor.

Puede entenderse también en consonancia con lo estipulado en el artículo anterior que la norma está destinada a dos cosas: por un lado, a establecer una garantía obligatoria para todos los servicios indicando el plazo mínimo para ello; mientras que, por el otro, contemple la posibilidad de incluir la previsión del artículo 22 respecto de supuestos no contemplados antes de la realización del servicio.

Así, la norma posibilita que el servicio se lleve a cabo aun en condiciones en las que no se sabe a ciencia cierta si será efectivo a los fines contratados. Puede parecer también contradictorio con la norma, pero puede ser –por ejemplo– el caso de las reparaciones de equipos electrónicos antiguos, en los que el proveedor pueda aclarar de antemano –y darle la opción al consumidor– de que las reparaciones no tengan el efecto deseado o incluso que puedan fracasar en un corto período de tiempo debido a la obsolescencia del artefacto.

Respecto de la garantía obligatoria la norma establece su gratuidad. El proveedor tiene a su cargo no solo las tareas que deban realizarse para corregir la deficiencia del servicio, sino que también debe solventar los costos de los productos, materiales o repuestos que deba utilizar para tal actividad. La reglamentación de la normativa solo se inclina a clarificar la fecha a partir de la que se contabilizarán los treinta días estipulados, indicando que

25. Vázquez Ferreyra, Roberto A.; Romera, Oscar E., *Protección y defensa del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 69.

> Se considera que el plazo comienza a correr desde que concluyó la prestación del servicio. Cuando por las características del caso no fuere posible comprobar la eficacia del servicio inmediatamente de finalizado, el mismo comenzará a correr desde que se den las condiciones en que aquélla pueda constatarse.

Se entiende necesaria la aclaración dado que existen servicios que requieren un período determinado o indeterminado de tiempo para verificar si su resultado es favorable o no. Por ejemplo, puede ser el caso de reparaciones de equipos que al tiempo de estar encendidos se apagan, o de maquinarias que necesariamente deban probarse en funcionamiento, pero empleadas de acuerdo a los fines de su fabricación, etcétera.

Jurisprudencia

> En el art. 23 de la ley 24240 se impone la obligación del prestador del servicio de corregir las deficiencias o defectos observados cuando éstos hayan aparecido y hayan sido denunciados dentro de los treinta días siguientes a la conclusión del trabajo (en autos el reclamo se efectuó vencido con holgura el plazo legal...[26]

> Una obligación de hacer, debe juzgarse por el resultado prometido, de acuerdo a lo prescripto en el Art. 19 de la Ley 24.240. En este sentido, en caso de evidenciarse deficiencias o defectos en el trabajo realizado, la ley establece que el prestador del servicio estará obligado a corregirlo. Con esta finalidad en el Art. 23 de la ley citada se dispone, claramente, que este quehacer no debe suponer un "costo adicional de ningún tipo para el consumidor", y en consecuencia, no puede el operario invocar el daño nuevo, un vicio distinto o un defecto que no estaba amparado desde el principio, como pretende el sancionado. La invocación de una presunta antigüedad del edificio y la existencia de irregularidades en las paredes no benefician la posición de la Ley Nº 24.240 sancionada. Tales circunstancias debieron haber sido puestas en conocimiento de su

26. CNACAF, Sala IV, "José Saponara Hnos. SA v. Secretaría de Comercio e Inversiones, Disp. DNCI 671/1996", 10/04/1997.

cocontratante por ser ella la responsable de los trabajos y consiguientemente garante de su fiel cumplimiento…[27]

El prestador resulta obligado a "corregir todas las deficiencias o defectos o reformar o reemplazar los materiales o productos utilizados sin costo adicional de ningún tipo para el consumidor", responsabilidad claramente establecida en el Art. 23 de la Ley 24.240, que contempla las obligaciones del prestador del servicio en caso de presentarse deficiencias o defectos en el trabajo realizado. Ello no ocurrió en el caso, lo que obligó al damnificado a efectuar la denuncia origen de estas actuaciones. Según consta a fs. 31 la firma abonó el precio total del pantalón al damnificado en fecha 9-12-96, circunstancia que debe ser tenida en cuenta en esta instancia como expresión de la voluntad resarcitoria de la sancionada. Pero tal compensación resultó extemporánea ya que el artículo citado establece un plazo de 30 días contados a partir de la conclusión del servicio dentro del cual el prestador debe corregir las deficiencias o defectos que resultaren […] Por ello, corresponde confirmar la resolución apelada en cuanto consideró que la firma debe ser sancionada por no cumplir las obligaciones impuestas al prestador del servicio en los arts. 19, 21 y 23 de la Ley 24.240…[28]

Cabe tener por no convenida la claúsula prevista en las condiciones generales de un contrato de servicios turísticos, según la cual "…una vez comenzado el viaje, la suspensión, modificación o interrupción de servicios por parte del pasajero por razones personales de cualquier índole, no dará lugar a reclamo, reembolso o devolución alguna…"; toda vez que, teniendo en cuenta que el contrato de viaje está regido por lo dispuesto por la ley de defensa del consumidor", 24.240, (cfr. Lorenzetti, R., "Tratado de los contratos", Santa Fe, 2000. t. III, p. 199, nº 4; Borda, A., "El contrato celebrado con organizadores de viajes turísticos es un contrato de consumo", ll 2003-b, 213), la referida claúsula es constitutiva de una renuncia o restricción a los derechos del consumidor que, en la especie, y de conformidad con la ley 24.240: 37, no puede ser admitida pues desequilibra la justicia conmutativa del contrato…[29]

27. Ibídem, Sala IV, "Patri Mar de Cerra-Lex S.R.L. c/ Sec. de Com. e Inv., Disp. DNCI 806/96", 09/05/1997.

28. Ibídem, Sala II, "Lavadero de Norma Raquel González C/ SEC. COM. E INV. DISP. DNCI 2490/96.", 07/10/1997.

29. CNACom., Sala D, "Pla Cárdenas, Ramón C/ All Season SRL s/ Ordinario", 06/02/2008.

> … resulta abusiva la cláusula por la cual el banco no se hace responsable bajo ningún concepto de daños, robos, hurtos, accidentes, errores, mal funcionamiento del equipo o cualesquiera otra contingencia que impidiera la normal prestación del servicio, de manera que todo perjuicio resultante queda a cargo del cliente…[30]
>
> El servicio técnico debe ser adecuado, tanto para las cosas que deben repararse dentro del plazo de la garantía legal, como fuera del mismo. Debe ser el que necesite la cosa para que funcione en las mismas condiciones en que lo hacía o cuando fue adquirida con la salvedad del desgaste propio de cada bien a través del tiempo […] El plazo del servicio técnico puede referirse tanto a la duración del servicio en sí mismo como al tiempo que este servicio debe estar disponible para el consumidor. Y si bien la norma no expresa la duración en sí misma del servicio técnico, esta deberá ser adecuada a los desperfectos que tenga la cosa a repararse, quedando el plazo librado a interpretación…[31]

Artículo 24. Garantía

La garantía sobre un contrato de prestación de servicios deberá documentarse por escrito haciendo constar:

- **a. La correcta individualización del trabajo realizado;**
- **b. El tiempo de vigencia de la garantía, la fecha de iniciación de dicho período y las condiciones de validez de la misma;**
- **c. La correcta individualización de la persona, empresa o entidad que la hará efectiva.**

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

Nuevamente la normativa le impone la misma formalidad al proveedor: la garantía debe extenderse siempre por escrito. La información que debiera constar en dicha garantía posee el mismo carácter que las previsiones del artículo 21, constituyéndose en obligaciones de resultado. La no inclusión de alguno de los datos requeridos por este artículo, implica el otorgamiento de una garantía deficiente y, por tanto, genera responsabilidad.

30. CNACAF, Sala II, "HSBC Banco Roberts S.A c/ Secretaría de Comercio e Inversiones-Disp. DNCI Nº 622/99", 25/10/ 2001.

31. C. Ape. de Comodoro Rivadavia, Sala A, "P.C.A. S.A. y F. e H. S.A. en autos: "S., S. D. c/ F. e H.S.A. s/ Reclamo" Expte. Nº 692/2014 s/ RECURSO DE APELACIÓN LEY VII N° 22", 10/04/2015.

El hecho de que la garantía esté correctamente brindada no solo integra el deber de información al consumidor que rige toda la relación de consumo, que le permite conocer y verificar el alcance de la misma a la parte más débil del contrato, sino que implica también un reaseguro para el proveedor respecto de su extensión, ya que, al individualizar correctamente los trabajos realizados, se identifican los alcances que tendrán las reparaciones según las fallas o deficiencias que acontezcan.

Se puede poner el ejemplo, por caso, de un taller mecánico que repara un auto que posee una falla determinada, pero que una vez reparado, exhibe una falla de otra índole que, por más que el vehículo no funcione correctamente, no constituye parte de la garantía del servicio la reparación del desperfecto que apareciere. Es que muchas veces, los vehículos, al ser máquinas que funcionan con engranajes secuenciales, donde una parte del aparato habilita el accionar de otra, puede presentar una misma falla (por ejemplo, no encender o no arrancar la marcha) y que responda a distintas causas desconectadas la una de la otra y que requieran servicios y repuestos distintos. Así, la correcta individualización de los trabajos realizados le permitiría al proveedor del servicio, por ejemplo, no hacerse responsable por un vehículo que tuvo una falla mecánica, cuando su servicio se debió a una falla eléctrica desconectada del otro suceso.

Es dable precisar también, en cuanto a la individualización del trabajo realizado, que en caso que hayan aparecido supuestos no contemplados en el presupuesto, conforme lo establecido en el artículo 22, deben identificarse en esta oportunidad.

Respecto del plazo como requisito formal de la garantía, es sabido que no debe ser inferior al plazo legal establecido en el artículo anterior, pudiendo ofrecer el proveedor un plazo mayor. También es importante destacar que para algunos autores en caso que exista la posibilidad de flexibilizar el plazo del artículo 23, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la LDC y el 1095 del CCCN, se empleará el plazo más favorable para el consumidor. Este es el caso del artículo 1054 del CCCN.[32]

32. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed., 2000, p. 254. El autor toma la misma postura respecto del artículo 1647 bis del Código Civil derogado que establecía que "Recibida la obra, el empresario quedará libre por

La norma no es contradictoria con la reglamentación del artículo 23 que individualiza también el plazo de la garantía y el momento a partir del cual comenzará a correr aquel, dado que en realidad lo que pretende es identificarlo con mayor claridad para el consumidor.

Otros autores sostienen que como la garantía legal queda suspendida durante el tiempo que dure la prestación del servicio, es por ello que la norma determina las precisiones que debe reunir la constancia en este punto.[33]

Por último, en lo referente a las condiciones de validez, cabe decir que deberán ser razonables para no ser considerados abusivos en los términos del artículo 37 de la LDC; por ejemplo, se cernieren a la correcta utilización del bien objeto del servicio, pero no que demanden de parte del consumidor una conducta particularmente exigente.[34]

Jurisprudencia

> … del contenido del certificado, surge que la firma sancionada se obligó en su condición de fabricante de la unidad, a prestar servicios de garantía, por cuanto este tiene por finalidad asegurar la adecuación e inocuidad de los bienes que Sevel Argentina S.A. provee al mercado, y asimismo, a garantizar la calidad del vehículo adquirido en virtud de su deber en los términos del art. 2 de la ley 24.240, y aunque no como prestadora de servicios, sí mediante el servicio de mantenimiento del automotor, durante el período de vigencia de la garantía…[35]

---

los vicios aparentes, y no podrá luego oponérsele la falta de conformidad del trabajo con lo estipulado. Este principio no regirá cuando la diferencia no pudo ser advertida en el momento de la entrega, o los defectos eran ocultos. En este caso, tendrá el dueño sesenta días para denunciarlos a partir de su descubrimiento".

33. Ghersi, Carlos A.; Celia (dirs.), *Defensa del consumidor: Tratado jurisprudencial y doctrinario*, La Ley, Buenos Aires, 2011, T. I, p. 412. "…Se trata de establecer el nuevo período de vigencia conforme al servicio que se haya realizado, donde evidentemente la fecha de iniciación es fundamental, pues es determinadas oportunidades no se trata de la fecha en que se terminó el servicio o incluso que se le reintegró al usuario, pues puede ser que existan un pequeño o mediano plazo de prueba dad la índole del bien, es entonces, que cuando finaliza este plazo, que reinicia la vigencia de la garantía…".

34. Farina, Juan M., *Defensa…*, *op. cit.*, p. 256.

35. CNACAF, Sala III, "Sevel Argentina S. A. c. Secretaría de Comercio e Inversiones", DJ 2000-3, 309, 09/11/1999.

> … resulta claro que la protección de los intereses económicos de los consumidores, comprende también que se garantice la calidad de los productos e inocuidad de los bienes y servicios que son provistos en el mercado. De allí, la necesidad de imponer al empresario, un estricto deber de asegurar la eficacia, calidad e idoneidad del bien o servicio, para el cumplimiento de la finalidad a la que están destinados de acuerdo con su naturaleza y características…[36]

36. CNACom., Sala A, "Artemis Construcciones SA c/ Diyon SA y otro s/ ordinario. (LL 30.4.01, Fº 101.916), 21/11/2000.

CAPÍTULO VI
Usuarios de servicios públicos domiciliarios

Artículo 25. Constancia escrita. Información al usuario*

Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público.

Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda: "Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas, Ley Nº 24240".

Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor.

Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley.

(Artículo sustituido por art. 10 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).
Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.
Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

La Ley de Defensa del Consumidor (LDC) dedica el capítulo 6 a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios. A lo largo de ocho artículos se regulan una serie de deberes específicos que pesan sobre los prestadores de servicios públicos domiciliarios, en el marco de esta particular relación de consumo, los que correlativamente se corresponden con derechos fundamentales de los usuarios constitucionalmente reconocidos (información veraz y adecuada, protección de su seguridad e intereses económicos, trato equitativo y digno, calidad y eficiencia del servicio, etc.) y con la aplicación concreta de principios

* Comentario sobre los artículos 25 a 31 por Norberto C. Darcy.

y presunciones a su favor, bajo la cobertura de protección especial que dimana del carácter estatutario del derecho del consumidor.

Previo a comentar el contenido del artículo arriba transcripto, y de los demás artículos subsiguientes que integran este capítulo, nos parece importante aportar algunos conceptos y nociones generales a modo de marco referencial.

Servicios públicos. Conceptos, alcance y características

Suele afirmarse que no existe una definición única, completa y concluyente acerca del concepto de servicios públicos. Así, se ha dicho que "hay tantas definiciones de servicio público como autores se han ocupado de él".[1]

Sin perjuicio de ello, podemos describir a los servicios públicos, en términos amplios, como un conjunto de actividades prestacionales del Estado dirigidas a satisfacer necesidades sociales básicas y atender exigencias colectivas de la comunidad con miras a concretar el bien común y el bienestar general.

Ahora bien, dentro del género servicios públicos se encuentra una categoría especial, los servicios públicos domiciliarios, que son aquellos que reciben las personas en sus domicilios, sean hogares, establecimientos educativos y/o asistenciales, lugares de trabajo o incluso unidades productivas,[2] para cubrir necesidades de la vida cotidiana tales como el abastecimiento de agua potable, sistemas de saneamiento, suministro de energía eléctrica, de gas natural por redes y acceso a comunicaciones básicas.

1. Pérez Hualde, Alejandro, "Sistema de protección constitucional del usuario de los servicios públicos: fundamentos y dificultades", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina), Doctrina, 2006, con cita a Comadira, Julio R., "El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 2004, p. 22.

2. Lowenrosen, Flavio I., "Los servicios públicos domiciliarios", en Tambussi, Carlos E. (dir.), obra colectiva *Práctica y Estrategia. Derechos del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 450.

Los servicios públicos domiciliarios presentan las siguientes características:

a. *El proveedor del servicio*: El sujeto obligado a la prestación es el Estado, que puede llevarlo a cabo por sí mismo mediante empresas públicas, o bien, por intermedio de empresas privadas bajo el otorgamiento de concesiones o licencias, donde el Estado mantiene el poder concedente y se reserva mecanismos de supervisión, control y regulación (creación de entes especializados).
b. *El usuario*: Del otro lado se encuentra el usuario, que es el destinatario de la prestación. La LDC no aporta una definición específica de "usuario", sino que la subsume dentro del concepto de consumidor. Al respecto, señala Tambussi que

> El término usuario es entonces el mismo consumidor, pero en el caso como protagonista de una relación con un prestador de servicio público. La diferencia parte del sujeto con quien se entabla la relación pero cierto es que también se particulariza en que el primero adquiere bienes o contrata servicios que terminan con su uso, mientras que el usuario, aprovecha un servicio que no se agota ni consume por su uso, sino que se renueva y se presta con continuidad. No obstante lo cual, ambos se encuentran equiparados en la protección, más allá de las especificidades antes señaladas.[3]

Por su parte, Gordillo ha sostenido que

> Si bien las empresas suelen llamar "clientes" a los que reciben su servicio, consideramos que esa designación presupone libertad de elección; pero al no existir tal libertad y tratarse de "clientes" cautivos, corresponde más estrictamente la denominación de usuario.[4]

En suma, entendemos por usuarios a las personas, humanas y jurídicas, que reciben y usan servicios públicos domiciliarios (agua potable, saneamiento, electricidad, gas natural, comunicaciones) a fin de satisfacer necesidades esenciales propias o de su grupo familiar o

3. Tambussi, Carlos, "Constitucionalización del derecho del consumidor", en Gelli, María Angélica (dir.), *A 25 años de la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 259.

4. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 2, "La defensa del usuario y del administrado"*, Brunos Dos Santos, Marcelo (dir.), Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo (FDA), 10ª ed., 2014, p. 264. Disponible en: http://www.gordillo.com/tomo2.php [Fecha de consulta: 29/12/2023].

social (alimentación, aseo personal, limpieza, sanidad, calefacción, refrigeración, conservación de alimentos, conectividad, etc.) por el que además pagan, como contraprestación, una tarifa (precio preestablecido bajo un régimen legal regulado) que debe ser justa y razonable.[5]

c. *Relación de consumo compleja*: La relación entre el prestador de un servicio público y el usuario es un aspecto importantísimo del derecho del consumidor que se ubica en la intersección del derecho público y privado.[6] Se la ha caracterizado como de índole contractual y en principio regida por el derecho privado, pero imbuida bajo una abundante reglamentación administrativa que deriva de los marcos regulatorios, existiendo un marco jurídico que determina una relación compleja e híbrida.[7] Empero, como apunta Lorenzetti, el sistema regulatorio no es ni privado ni público, la base es la Constitución Nacional y luego la ley que regula el servicio específico, la que es limitada por los derechos constitucionales del usuario y complementada por la Ley Nº 24240.[8]

De modo que entre los prestadores de servicios públicos y los usuarios se entabla, innegablemente, una relación de consumo (art. 3 LDC) que presenta aristas particulares. En efecto, existen algunas diferencias respecto de las relaciones de consumo en general, donde la actividad del proveedor está sometida a las reglas del mercado, con precios que determina este último, y donde no es esencial un marco regulatorio sectorial.[9] El usuario se encuentra jurídicamente vinculado al prestador de una forma distinta y diferenciada de las otras relaciones de consumo en general. El tipo de actividad que desarrolla el prestador de un servicio público queda extraída del mercado, porque suele prestarse en condiciones monopólicas –lo que determina la

5. No obstante, cabe apuntar que la utilización del vocablo *usuario* se ha generalizado también hacia otros servicios de carácter privado que revisten interés o relevancia social; así, se habla de *usuarios de servicios financieros, usuarios de medicina prepaga, usuarios de transporte*, etcétera.

6. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 461.

7. Cosentino, Patricio M., *El tratamiento de los servicios públicos domiciliarios en la Ley de Defensa del Consumi*dor, 03/05/2021 (Id SAIJ: DACF210084).

8. Lorenzetti, R., *Consumidores, op. cit.*, p. 466.

9. Cosentino, Patricio M., *El tratamiento de los servicios públicos..., op. cit.*

cautividad del usuario y la consecuente restricción de su libertad de elección– y está sujeta a una intensa regulación legal y administrativa (marco regulatorio, contratos de concesión, reglamentos de suministros, de explotación, del usuario, etc.) que prevé un régimen tarifario reglado y la existencia de un ente regulador, con funciones de supervisión, control y jurisdicción administrativa, encargado de velar por la defensa de los derechos de los usuarios y de asegurar mecanismos de información y participación de estos en las decisiones trascendentes del servicio (audiencias públicas previas, documentos en consulta, comisiones consultivas de asociaciones, etc.).

d. *Características distintivas*: Los servicios públicos domiciliarios, por su finalidad, deben ser suministrados en forma continua, permanente y regular, vale decir, sin alteraciones, ni interrupciones prolongadas o injustificadas que impidan u obstaculicen el uso y goce del servicio. Y además, bajo un régimen que establezca como metas obligacionales: i) la universalidad, esto es, que el servicio llegue a todos (o con la meta de llegar progresivamente a todos); ii) la accesibilidad, que implica el acceso físico de los usuarios a los servicios, lo cual requiere de infraestructura e instalaciones suficientemente extendidas que lo posibiliten; y iii) la asequibilidad, que supone la accesibilidad económica al servicio, de suerte tal que la tarifa que los usuarios deban abonar sea justa, razonable y proporcionada –conforme el contexto económico y social en la que se aplica– y soportable para el conjunto de los usuarios, debiéndose cuidar especialmente que el precio final no constituya un obstáculo para el acceso al servicio, en particular para las personas, grupos o sectores más vulnerables o desaventajados. Gordillo señala que las concesionarias y licenciatarias tienen derecho a tener ganancias razonables, no desproporcionadas, para asegurar la estabilidad y crecimiento del sistema. A la inversa, los usuarios tienen derecho a no pagar tarifas que sean injustas o desproporcionadas al servicio que reciben; pues "es principio general que las tarifas de los servicios públicos deben ser justas y razonables, tanto para el concesionario como para los usuarios, de

manera que se asegure el respeto de la necesaria proporcionalidad entre el servicio prestado y la retribución abonada".[10]

e. *La finalidad de interés público*: La calificación de un servicio como público se determina siempre por ley formal (emanada del órgano legislativo) fundada en razones de interés público o social. En los servicios públicos domiciliarios, la finalidad de interés público y del bien común se concretiza en la medida en que cada individuo de la comunidad pueda efectivamente acceder, usar y gozar de ellos. Afirma Gordillo:

> El interés público o bien común no es el interés de un conjunto de habitantes tomados como masa; no es un bienestar general, omnipresente, una felicidad indefinible e imprecisable; es solo la suma de una mayoría de concretos intereses individuales coincidentes –actuales y/o futuros– y por ello la contraposición entre el interés público y el derecho individual es falsa si no redunda en mayores derechos y beneficios para los individuos de la comunidad [...] Hay interés público en los servicios de transporte, aguas, correos, teléfonos, electricidad, gas, porque cada individuo de una mayoría de habitantes tiene un interés personal y directo en viajar, comunicarse por escrito y por teléfono y tener energía eléctrica, calefacción, etcétera. Ese interés público consiste en que cada individuo sea bien atendido en la prestación del servicio. Hay servicios que no se traducen en prestaciones individuales a personas determinadas, pero cuando un servicio se efectiviza en prestaciones individuales el usuario es el objeto principal del servicio y es a él a quien el régimen jurídico debe proteger.[11]

f. *Carácter esencial*: En la actualidad, los servicios públicos domiciliarios son catalogados, sin margen de duda, como servicios esenciales, toda vez que resultan indispensables para que las personas y sus familias alcancen un mínimo de bienestar y salubridad, y mantengan un nivel de vida digno. En efecto, resulta difícil imaginar nuestras vidas cotidianas sin poder disponer de servicios tan elementales que nos permitan, entre otras cosas: saciar la sed; preparar, cocinar y conservar alimentos; mantener la limpieza del hogar y el aseo personal; lavar la ropa; acondicionar las viviendas (calefacción o refrigeración, según condiciones climáticas) e iluminarlas; estar

10. Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo...*, *op. cit.*, T. 2, Cap. VI, p. 264.
11. Ibídem, p. 282.

comunicados y conectados (telefonía, Internet, televisión), usar electrodomésticos así como todo otro tipo de artefactos o dispositivos tecnológicos (incluso para fines de recreación y esparcimiento). Por consiguiente, tal como afirma Farina, los usuarios de servicios públicos domiciliarios son los más necesitados de protección,

… pues estos servicios son prestados por empresas del Estado o concesionarios o por grandes empresas privadas que tienen un monopolio legal o de hecho y prestan servicios muchos de ellos esenciales para la vida diaria (como el agua corriente, cloacas, electricidad gas y teléfono).[12]

En esa inteligencia, la CSJN ha dicho:

… las actividades o servicios esenciales para la sociedad, reservados a la titularidad pública mediante la calificación de servicio público, son aquellos cuyas prestaciones se consideran vitales e indispensables para el conjunto de los ciudadanos, con el fin de asegurar su prestación. Se trata de sectores y actividades esenciales para la comunidad pues en ellos los ciudadanos satisfacen el contenido sustancial de los derechos y libertades constitucionalmente protegidos.[13]

g. *Servicios públicos y DD. HH.*: Se deduce, de acuerdo a lo que hasta aquí hemos dicho, que la posibilidad de alcanzar condiciones dignas de vida depende, en buena medida, del acceso que tengan las personas a los servicios públicos esenciales. Pues, por el contrario, la imposibilidad de acceder a ellos o la falta de una adecuada prestación, suficiente y regular, implica someterlas a situaciones de marginalidad, pobreza y exclusión que atentan contra la dignidad humana y, por ende, conspiran contra la satisfacción de derechos humanos básicos.[14] Ello

12. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Buenos Aires, Astrea, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2000, p. 262

13. CSJN, Fallos: 339:1077, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", considerando 30 *in fine*, 18/08/2016.

14. Darcy, Norberto C., "Los servicios públicos esenciales y la satisfacción de los derechos humanos", en *Revista Éforos, Instituto Latinoamericano del Ombudsman*, Defensorías del Pueblo (ILO), 2ª época, N° 3, año 2017, p. 33 (referencia: Id SAIJ: DACF200206). Disponible en: http://www.ilo-defensordelpueblo.org/images/pdf/Interior_Eforos_para_PDF.pdf [Fecha de consulta: 29/12/2023]

nos lleva a afirmar que los servicios públicos domiciliarios se constituyen como factores consustanciales a la realización efectiva de los derechos humanos, pues no es posible hablar del derecho a la alimentación y a la vivienda adecuadas, o del derecho a la salud integral o a una mejora continua en las condiciones de vida o a la erradicación de la pobreza, si las personas se ven privadas de acceder, por ejemplo, al abastecimiento de agua corriente o al suministro de energías domiciliarias. Tal conclusión se desprende del contenido de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos (en especial de los DESCA)[15] que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

Los derechos fundamentales de los usuarios

El estatus constitucional alcanzado por los derechos de consumidores y usuarios (arts. 42 y 43 CN) opera como un faro que desde la cúspide del ordenamiento jurídico ilumina, ordena y garantiza el

15. El art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador") establece que "Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y *a contar con servicios públicos"*. Los servicios públicos domiciliarios, además, integran el contenido del derecho humano a la vivienda adecuada y del derecho humano al agua, así como también son factores determinantes para garantizar el pleno disfrute del derecho humano a la salud. Por caso, destacamos que el Comité DESC mediante la Observación General N° 4 precisó el contenido y alcance del derecho humano a la vivienda adecuada (art. 11 PIDESC) señalando que este no debe ser interpretado en un sentido estricto o restrictivo como la mera posibilidad de tener un techo, ni tampoco considerárselo exclusivamente como una comodidad, sino que significa disponer "de un lugar donde poder aislarse si uno lo desea, con un espacio seguro y adecuado, *que cuente con iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable"*; y a su vez, destacó que *"todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia"* (conf. punto 8. b); sobre la base de ello se sostiene que los gastos que entraña la vivienda, tanto personales como del hogar, deben ser soportables, es decir, *de un nivel que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas"* (conf. punto 8. c). Para ampliar, ver nuestro trabajo: Darcy, N. *"Los servicios públicos esenciales…", op. cit.*

sentido protectorio del régimen estatutario de defensa y protección al consumidor. Desde allí se colige que los usuarios de servicios públicos tienen, en la relación de consumo, una serie de derechos fundamentales expresamente reconocidos, así como otros que se deducen de los mandatos de protección y actuación que la CN les impone a las autoridades públicas, a saber:

a. Protección de la salud y seguridad, dirigida a garantizar la indemnidad e integridad física de las personas usuarias, que en el texto de la LDC se particulariza en los artículos 28 y 29.
b. Protección de sus intereses económicos, que supone un régimen de tarifas justas y razonables, que asegure el derecho a reclamar reintegros, compensaciones o devoluciones frente a facturaciones excesivas o indebidas (regulados en los arts. 25, 30 y 31 LDC), sin dejar de atender las necesidades específicas de grupos o personas que por razones socio-económicas, de edad, de salud, u otras, se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad y requieren tarifas sociales o especiales (adultos mayores, electrodependientes, discapacitados, personas de escasos recursos o desocupadas, entidades comunitarias sin fines de lucro, etc.).
c. A la información adecuada y veraz, que se erige como un principio liminar para equilibrar la desigualdad estructural, y que encuentra aplicaciones prácticas en los artículos 25 (entrega de constancias escritas, información en las facturas) y 30 bis (deber de informar deudas pendientes) de la LDC, entre otros.
d. Al trato equitativo y digno, base axiológica de los derechos humanos que incluye, implícitamente, el derecho a acceder a servicios básicos esenciales, y que además que le da fundamento a la reciprocidad de trato –prevista en el art. 26 LDC– y al deber de atención personalizada –establecida en el art. 27 LDC–.
e. A recibir servicios públicos eficientes y de calidad, que garanticen la prestación continua, regular y correcta, sin alteraciones o interrupciones injustificadas (art. 30 LDC).
f. A la educación para el consumo, para la formación de ciudadanos con conciencia de sus derechos y de cómo hacerlos valer.
g. A la constitución de asociaciones civiles que defiendan sus derechos.

h. A la participación activa, tanto de los usuarios como de las asociaciones que los representan, para que puedan ser escuchados en sus demandas e intereses ante los entes reguladores y en los procesos de toma de decisiones (audiencias públicas).
i. Al control de los monopolios naturales y legales, para brindar protección adicional a los usuarios, que suelen ser cautivos de una prestación monopólica.
j. A procedimientos eficaces, establecidos por ley, tanto para la prevención como para la solución de conflictos, con miras a facilitar y simplificar las vías de reclamos y las respuestas satisfactorias (arts. 27 y 31 de la LDC) tanto en sede administrativa como judicial, premisa que se conecta con la garantía del amparo tanto en su dimensión individual como en defensa de derechos de incidencia colectiva (art. 43 CN), que remite a su vez al derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en los instrumentos de DD. HH. (art. 75, inc. 22).

Legislación específica de los servicios públicos: Breve resumen

Como ya lo mencionamos, los servicios públicos domiciliarios cuentan con normativa específica que regula su actividad (marcos regulatorios, contratos de concesión y reglamentos de servicios dictados por los entes reguladores).

Las principales leyes de los servicios públicos fueron sancionadas durante la década de los años noventa, antes incluso de la sanción de la Ley Nº 24240, y en el marco de la Ley Nº 23696 de Reforma del Estado que impulsó el proceso de privatizaciones de las empresas públicas que dominó la época; aunque luego, a lo largo del tiempo, algunas tuvieron modificaciones.

El cuadro de situación actual, en apretada síntesis, es el siguiente:

a. *Servicio público de energía eléctrica*: La Ley Nº 24065 regula el Régimen de Energía Eléctrica, cuyo artículo 1° caracteriza como servicio público al transporte y a la distribución de electricidad. Entre los objetivos fijados para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de elec-

tricidad se señala: a) Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios; [...] c) Promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad; d) Regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables.

Se creó el Ente Nacional Regulador de Electricidad (ENRE), encargado de velar por los objetivos de política general fijados, con facultades para: controlar la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión; organizar el régimen de audiencias públicas; dictar los reglamentos respectivos, y aplicar las sanciones previstas en la ley, sus reglamentaciones y los contratos de concesión, respetando los principios del debido proceso. El ENRE es el que dicta el Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica[16] que regula derechos y obligaciones de los usuarios y las prestadoras del servicio, entre otras cuestiones (art. 56).

b. *Servicio de gas natural por redes*: La Ley Nº 24076 regula el transporte y distribución de gas natural que constituye un servicio público nacional (art. 1°). Al definir los objetivos de política general, los que serán ejecutados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) –creado en el art. 50– se destacan: a) Proteger adecuadamente los derechos de los consumidores; [...] c) Propender a una mejor operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de gas natural; d) asegurar que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables (art. 2).

El ENARGAS dicta el Reglamento de Servicio y Distribución –Condiciones Generales–, que estipula los deberes de las distribuidoras y los derechos de los usuarios.[17]

16. Texto actualizado según el Anexo IV de la Resolución ENRE N° 524/2017 y el Anexo V de la Resolución ENRE N° 525/2017. Disponible en: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2018/03/reglamentosuministro_edicion2022.pdf [Fecha de consulta: 09/10/2023]

17. Anexo I de la Resolución ENARGAS N° I-4313/17 (modificada por las Resoluciones ENARGAS N° I-4325/17, N° RESFC-2019-223-APNDIRECTORIO#ENARGAS, RESFC-

c. *Servicio de agua potable y saneamiento*: Mediante el Decreto N° 303/2006 se ordenó rescindir, por culpa del concesionario, el contrato por el cual se había concesionado a la empresa privada Aguas Argentinas S.A. el servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales –tras la privatización de la otrora empresa estatal Obras Sanitarias de la Nación–, reasumiendo el Estado Nacional transitoriamente la operación y prestación del servicio. A raíz de ello se sancionó, en 2007, la Ley Nº 26221, que caracteriza como servicio público a la prestación del servicio de provisión de agua potable y colección de desagües cloacales, y le otorga la concesión a la empresa Agua y Saneamientos Argentinos (AySA) –sociedad anónima de propiedad mayoritaria estatal– (art. 2); disuelve el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) y crea en su reemplazo el Ente Regulador de Agua y Saneamiento (ERAS), con la misión de ejercer el control del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la nueva empresa estatal prestataria (arts. 3 y 4).

Además, aprueba el nuevo Marco Regulatorio, agregado como Anexo II de la Ley (art. 6°), en cuyo preámbulo se afirma que el principio que lo ilumina es "el carácter de Derecho Humano de acceso al agua" (conforme el Decreto Nº 303/06) y que "La interpretación y aplicación de cualquiera de sus normas no podrá implicar el conculcamiento de tal derecho"; el artículo 60 enumera los derechos de los que gozan los usuarios, con carácter enunciativo y no limitativo,[18] mientras

2019-203-APN-DIRECTORIO#ENARGAS y RESFC-2019-275-APN-DIRECTORIO#ENARGAS). Disponible en: https://www.enargas.gob.ar/secciones/normativa/marco-regulatorio.php [Fecha de consulta: 09/10/2023].

18. Ley Nº 26211. Art. 60. Derechos de los usuarios:
Los Usuarios gozan de los siguientes derechos, sin que esta enumeración deba considerarse limitativa:
a) Recibir de la Concesionaria, en las condiciones establecidas en el presente Marco Regulatorio, el Contrato de Concesión y planes aprobados, los servicios de agua potable y desagües cloacales en el momento que los mismos estén disponibles para su uso.
b) Exigir a la Concesionaria la prestación de los servicios conforme a los niveles de calidad establecidos en el presente y en el Contrato de Concesión, y a reclamar ante la misma si así no sucediera.
c) Recurrir ante el Ente Regulador, cuando el nivel del servicio sea inferior al establecido y la Concesionaria no hubiera atendido en debido tiempo y forma el reclamo a que

que, como novedad, el artículo 54 crea la crea la figura del Defensor del Usuario (punto III)[19] y además la Sindicatura de Usuarios (punto II).[20]

---

se refiere el inciso anterior, para que le ordene a esta la adecuación del mismo a los términos contractuales en el plazo que se determine.
d) Recibir información general sobre los servicios que la Concesionaria preste en forma suficientemente detallada para el ejercicio de sus derechos como Usuarios.
e) Ser informados con antelación suficiente de los cortes de servicios programados por razones operativas.
f) Reclamar ante la Concesionaria cuando esta no cumpla con los planes y metas aprobadas.
g) Conocer el régimen y cuadros tarifarios así como las tarifas y sus sucesivas modificaciones con suficiente antelación a su entrada en vigencia.
h) Recibir las facturas en el domicilio declarado con la debida antelación a su vencimiento y sin costo adicional. A tal efecto la Concesionaria deberá remitirlas con antelación suficiente y por medio idóneo. En caso de no ser recibidas las facturas, subsiste la obligación de pagar en la fecha de su vencimiento. A tal efecto, toda factura indicará claramente la fecha del vencimiento subsiguiente.
i) Reclamar ante la Concesionaria, cuando se produjeran alteraciones en las facturas que no coincidan con el Régimen Tarifario publicado.
j) Denunciar ante el Ente Regulador cualquier conducta irregular u omisión de la Concesionaria o sus agentes que pudiera afectar sus derechos, perjudicar los servicios o el medio ambiente.
k) Organizar sus respectivas Asociaciones para la defensa de sus derechos de acuerdo con la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor.

19. Ley Nº 26211.- Art. 54… III: Defensor del usuario:
El Ente regulador contará con un Defensor del Usuario, cuya misión será representar institucionalmente los intereses de los usuarios en las audiencias públicas, así como en cuestiones contenciosas o de procedimientos administrativos en las que el Ente Regulador sea parte y los derechos de los Usuarios pudieran estar afectados por la decisión.
Su actividad no limitará la que desarrolle la Sindicatura de Usuarios en virtud de sus funciones y competencias. Deberá, por el contrario, representar sus criterios y posiciones.
El Defensor del Usuario será seleccionado por concurso público entre profesionales con la debida formación, competencia y antecedentes para el caso. No podrá ser removido en su cargo salvo por las causales que rigen para los Directores. Su remuneración será equivalente al nivel gerencial del Ente.

20. Ibídem, Art. 54… II: Sindicatura de usuarios:
En el ámbito del Ente Regulador actuará la Sindicatura de Usuarios conformada por representantes de las Asociaciones de Usuarios registradas en la Subsecretaría de Defensa del Consumidor del Ministerio de Economía y Producción, e inscriptas conforme lo establecido en las normas aplicables en la materia.
Sus miembros serán elegidos por la Institución que representan conforme el mecanismo que dispongan las entidades de las cuales provienen. Su desempeño será 'ad honorem'.
Los integrantes de la Sindicatura de Usuarios se vincularán con el Directorio del Ente Regulador a través de la Gerencia General.

d. *Las telecomunicaciones*: En las últimas décadas, los servicios de telecomunicaciones, dado la propia dinámica del sector y los incesantes avances tecnológicos, son los que mayores transformaciones han tenido.

Actualmente la Ley Nº 27078 "Argentina Digital" –modificada por los DNU N° 267/2015 y N° 690/2022– declara de interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones, y sus recursos asociados, con el objeto de "posibilitar el acceso de la totalidad de los habitantes de la República Argentina a los servicios de la información y las comunicaciones en condiciones sociales y geográficas equitativas, con los más altos parámetros de calidad" (art. 1°); la finalidad de la ley es:

> … garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo (art. 2).

Por otra parte, el artículo 15 establece que los servicios TIC y el acceso a las redes de telecomunicaciones "son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia"; mientras que el artículo 54 dispone que

---

La Sindicatura de Usuarios deberá sesionar como mínimo una vez por mes y analizará los temas que considere de su incumbencia vinculados a la actividad que desarrollan los prestadores del Área Regulada.
La Sindicatura de Usuarios emitirá dictámenes o despachos fijando su opinión en los temas vinculados a la prestación del servicio los que deberán ser considerados por el Directorio.
Cada Asociación de Usuarios nombrará y podrá reemplazar a su Representante. Los costos del funcionamiento administrativo de la Sindicatura de Usuarios estarán a cargo del Ente Regulador quien fijará anualmente su presupuesto.
La Sindicatura de Usuarios establecerá su propio reglamento de funcionamiento, debiendo poner en conocimiento del mismo al Directorio del Ente Regulador, el cual deberá aprobarlo en un plazo de treinta (30) días de recibido.
La Sindicatura de Usuarios se reunirá en dependencias del ERAS.
El Directorio del Ente Regulador facilitará a la Sindicatura de Usuarios sus disposiciones y resoluciones, el registro y estado de situación de los servicios, los reclamos de los usuarios y todo otro documento administrativo.

"el Servicio Básico Telefónico mantiene su condición de servicio público" y se incorpora "como servicio público, al servicio de telefonía móvil en todas sus modalidades". El artículo 59 enumera, con carácter enunciativo, los principales derechos de los usuarios de los servicios TIC.[21]

El Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), creado por el DNU N° 267/15, es el ente regulador de las comunicaciones. Mediante la Resolución N° 733/2017 (y sus modif.) del entonces Ministerio de Modernización de la Nación, se aprobó el Reglamento de Clientes de los Servicios de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que rige las relaciones entre los prestadores y sus "clientes", cuyos derechos están enunciados en el artículo 8.[22]

Análisis del articulado de la LDC

Conforme todo lo señalado, resulta evidente que los usuarios de servicios públicos domiciliarios tienen frente a los prestadores una

21. Ley N° 27078, art. 59. Derechos. El usuario de los Servicios de TIC tiene derecho a:
a) Tener acceso al Servicio de TIC en condiciones de igualdad, continuidad, regularidad y calidad.
b) Ser tratado por los licenciatarios con cortesía, corrección y diligencia.
c) Tener acceso a toda la información relacionada con el ofrecimiento o prestación de los servicios.
d) Elegir libremente el licenciatario, los servicios y los equipos o aparatos necesarios para su prestación, siempre que estén debidamente homologados.
e) Presentar, sin requerimientos previos innecesarios, peticiones y quejas ante el licenciatario y recibir una respuesta respetuosa, oportuna, adecuada y veraz.
f) La protección de los datos personales que ha suministrado al licenciatario, los cuales no pueden ser utilizados para fines distintos a los autorizados, de conformidad con las disposiciones vigentes.
g) Que el precio del servicio que recibe sea justo y razonable.
h) Los demás derechos que se deriven de la aplicación de las leyes, reglamentos y normas aplicables.

22. Art. 8: El cliente tendrá, entre otros, los siguientes derechos:
a) A ser tratado en todo momento con cortesía, corrección, eficacia y diligencia por parte del prestador.
b) A celebrar contratos o a dar de alta servicios o suscripciones.
c) A recibir información veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada sobre las condiciones ofrecidas por el prestador.
d) A recibir servicios con un nivel de cobertura y de calidad no inferior a la prevista en la reglamentación.
e) A rescindir contratos o a dar de baja servicios o suscripciones.

situación de debilidad estructural aun mayor, y eso se debe fundamentalmente a que estamos frente a prestaciones usualmente monopólicas cuyo objeto no puede ser prescindido por el contratante, dada su indispensabilidad.[23]

Desde esa perspectiva, el artículo 25 de la LDC, en sus dos primeros párrafos, apunta a fortalecer la posición del usuario –a fin de equilibrar la relación de asimetría y desigualdad estructural–, acentuando el deber de información (conf. art. 4 LDC) que pesa sobre los prestadores de servicios públicos a domicilio. En razón de ello, la norma les exige entregar al usuario "constancia escrita de las condiciones de la prestación" y "de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes", para luego agregar que tal información debe estar a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público.

La prestación de los servicios públicos se instrumenta a través de contratos típicos de adhesión, que son aquellos cuyas cláusulas se encuentran preestipuladas en formularios o documentos preimpresos, donde el usuario solicitante se limita a prestar su asentimiento sin poder discutir o reformular su redacción. A su vez, dado que la prestación de los servicios públicos domiciliarios está fuertemente influida por el régimen exorbitante del derecho público, la mayoría de las cláusulas contractuales predispuestas se corresponden con las estipulaciones previstas en los marcos regulatorios y en los reglamentos dictados en consecuencia, motivo por el cual queda claro que el usuario no tiene participación alguna en la confección del contrato.

En consecuencia, al celebrarse la contratación por adhesión, el usuario generalmente desconoce tanto el contenido del contrato como los aspectos normativos que rigen la actividad. De ahí entonces que esta norma obliga a las empresas a proporcionarle al usuario, bajo constancia escrita, el documento con las "condiciones de prestación" –el contrato utilizado– y además el instrumento donde consten los "derechos y obligaciones" de ambas partes, generalmente detallados en el reglamento de cada servicio.

Dicha información debe estar a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público de las empresas para su debido

23. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier, *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 160.

conocimiento, ya sea para consulta, lectura o entrega gratuita de tales ejemplares. El cumplimiento efectivo de esta disposición –señala Suárez– es de suma importancia ya que si la documentación brindada se encuentra redactada de manera sencilla, clara y precisa, el usuario podrá discernir a futuro si le asiste o no el derecho a efectuar reclamaciones respecto de la prestación que recibe; pero también es importante que las empresas extremen sus esfuerzos para brindar una atención comercial satisfactoria, previendo el establecimiento de un razonable número de sucursales con cobertura geográfica, horarios de atención apropiados y locales convenientemente acondicionados, para garantizar atención personalizada –tal como lo prevé el art. 27 LDC–, evitar pérdidas de tiempo y dar satisfacción a las inquietudes que pudieran surgir a partir del empoderamiento del usuario a través de toda la información que se le debe brindar conforme al precepto analizado.[24]

Derecho a reclamar indemnizaciones. Información al usuario

La Ley Nº 24787 incorporó al artículo 25 el párrafo segundo, que obliga a las empresas prestadoras a colocar en las facturas emitidas, así como en cartelería ubicada en las oficinas de atención al público, la siguiente leyenda: "Usted tiene derecho a reclamar una indemnización si le facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas, Ley Nº 24240".

Mediante tales advertencias se procura amplificar los medios de información al usuario para un mayor conocimiento de sus derechos a la hora de reclamar cuando le facturen sumas o conceptos indebidos o se exija el pago de facturas ya abonadas, que guarda directa relación con lo normado en el artículo 31, que luego analizaremos.

Por cierto, para cumplir cabalmente con ese cometido, las leyendas deben ser visibles y tener letras destacadas, tanto en las facturas como en la ubicación y dimensión de los carteles que se coloquen en las oficinas de atención.

24. Suárez, Enrique, "Usuarios de servicios públicos domiciliarios", en Tambussi, Carlos (dir.), *Ley 24.240. Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 2019, p. 178.

Integración normativa. Principio *in dubio pro consumidor*

El artículo 25 de la LDC experimentó sustanciales modificaciones desde su sanción hasta la fecha. El texto original establecía 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". La norma así redactada se apartaba, por vía de excepción, de los principios de integración normativa e *in dubio pro consumidor* (conf. art. 3 LDC). Al priorizarse la aplicación de la normativa específica de cada servicio público por encima de las disposiciones de la LDC –en tanto esta solo resultaba aplicable con carácter supletorio, es decir frente a supuestos de vacío legal– los usuarios quedaban debilitados en sus derechos. Esta norma suscitó la crítica de la doctrina especializada; y además, el posterior reconocimiento constitucional de los derechos de usuarios y consumidores (con motivo de la reforma de 1994) puso en jaque el alcance de la misma, al configurarse un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente ante la protección integral que dimana de los artículos 42 y 43 de la Carta Magna.

Tiempo después, con las reformas introducidas por la Ley Nº 26361 (2008), se subsanó esta cuestión. Se eliminó la supletoriedad y, consecuentemente, se produjo la restauración plena del bloque normativo de protección y la aplicación efectiva del principio *in dubio pro consumidor*. En efecto, el actual artículo 25 de la LDC, en su párrafo tercero, dejó establecido que

> Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor.

Ello constituyó un avance en la protección de los usuarios. A partir de esta nueva redacción, todas las relaciones jurídicas que surjan entre los prestadores de servicios públicos y los usuarios quedan abarcadas, simultáneamente, tanto por la legislación específica (marcos regulatorios, contratos de concesión, reglamentos, etc.) como por las disposiciones de la LDC; y en los casos de duda o colisión de derechos, entre

la aplicación de normas de uno u otro ordenamiento, se estará a la que resulte más favorable al usuario, recuperando este criterio rector y definitorio que guía la tutela especial a los sujetos más débiles de la relación de consumo, el que además se vio definitivamente consolidado con su incorporación al Código Civil y Comercial de la Nación.[25]

Ampliación de las vías de reclamo. Opciones del usuario

Como derivación de lo anterior, la reforma aludida agregó que "Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley".

Se buscó así ampliar las ventanillas de reclamo para que los usuarios puedan disponer de vías alternativas en procura de obtener una solución rápida y efectiva a los diversos problemas derivados de la prestación de estos servicios. A tal fin, la norma autoriza a los usuarios a acudir, indistintamente, ante los entes reguladores respectivos o ante las autoridades de aplicación de la LDC (sea nacional, provincial o la de la CABA, conf. art. 41 LDC).[26]

Sin embargo, esta norma trajo algunas complicaciones interpretativas sobre su alcance y aplicación. Más allá de las ventajas que presupone para los usuarios la posibilidad de optar por distintas vías de reclamo, se observó, por un lado, que las autoridades de aplicación ejercen la función de fiscalización y vigilancia de la LDC, pero ello no significa que cuenten con personal suficiente o dotado de capacidad técnica para atender todos los reclamos vinculados a la prestación de tales servicios; mientras que, por otro lado, los entes reguladores han sido creados como organismos técnicos especializados, con idoneidad profesional, para entender y evaluar la compleja madeja de regulaciones que suele

25. Cod. Civ. y Com. de la Nación, art. 1094: "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

26. Por cierto, los legisladores que reformaron esta norma tuvieron muy en cuenta las diversas críticas que recayeron sobre el pálido desempeño de los entes reguladores hasta ese entonces.

rodear la prestación de tales servicios. Así, algunos entendieron que lo más razonable, conforme al fin buscado por la norma, es que

> … el usuario tenga a su disposición más "ventanillas" en las que hacer sus reclamos, ya que muchas veces los organismos reguladores no están cerca del ciudadano. Pero la sustanciación del reclamo deberá corresponderle al ente específico, debiendo aplicarse el estatuto del consumidor en su integridad, ya que esta es la mejor forma de asegurar un trámite profesional del procedimiento administrativo.[27]

Dicho de otro modo, para esta concepción, las autoridades de aplicación deberían actuar como mesas receptoras del reclamo, para luego derivarlo ante el ente correspondiente, que es quien debe tramitarlo y resolverlo, conforme su especialidad, aunque teniendo en cuenta toda la normativa protectoria del usuario y no solo la regulación específica.

Otras opiniones han señalado que

> … el usuario podrá entablar de modo indistinto la denuncia ante cualquiera de las autoridades de aplicación, y la ley aplicable será la más beneficiosa para el consumidor. No obstante ello, en muchos casos será imprescindible, a los fines de evaluar el cumplimiento o no del servicio, el análisis de las disposiciones que hacen al marco regulatorio específico de la actividad. Esta última actividad no puede sino ser llevada a cabo por el ente u organismo dotado de especialidad técnica en la materia.[28]

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) –al resolver un recurso extraordinario planteado por una empresa telefónica– fijó un criterio general a los fines de compatibilizar ambas cuestiones, señalando que es doctrina del tribunal que el ordenamiento jurídico debe interpretarse adoptando el criterio de una armónica integración;[29] sobre esa base, sostuvo que ambas autoridades pueden entender en todos aquellos asuntos que se relacionan con la atribución de velar por los derechos de los consumidores según las previsiones de la Ley Nº 24240, no obstante las cuestiones técnicas del servicio quedan reservadas, ex-

27. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier, *Ley de defensa del consumidor…*, *op. cit.* p. 164.

28. Marengo, Federico, *Sanciones administrativas en las relaciones de consumo*, Buenos Aires, Astrea, 2019, p. 121.

29. CSJN, Fallos: 307:993 y 313:1293.

clusivamente, al conocimiento y decisión de los entes de control específicos (en el caso la ex Comisión Nacional de Comunicaciones).[30]

De modo tal que el criterio imperante es que las autoridades de aplicación de la LDC son competentes no solo para tomar reclamos, sino también para darles trámite y, en su caso, sancionar a las empresas prestadoras de servicios públicos conforme el criterio integrativo previsto en la LDC, en particular cuando se trate de resguardar los derechos e intereses de los usuarios contemplados en la LDC (deber de información, facturación indebida, atención personalizada y trato digno, interrupciones o alteraciones del servicio, etc.), sin perjuicio de tener presente que la actuación de los entes reguladores resultará imprescindible cuando se trate de evaluar y verificar aspectos técnicos o regulatorios específicos de la prestación.

Al respecto, nos parece importante destacar que la Ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley Nº 2870, cuyo objeto es regular el procedimiento local a seguir en estos casos, mediante mecanismos de articulación y cooperación recíproca. Dicha ley confirma, en primer lugar, la competencia de la autoridad de aplicación local para iniciar actuaciones administrativas, ya sea de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores, por presuntas infracciones dentro del ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la legislación sobre defensa del consumidor (Ley Nº 24240 y sus normas complementarias) en el marco de las relaciones de consumo establecidas entre prestadores y usuarios de servicios públicos domiciliarios (art. 1). Sentado ello, establece tres previsiones que la autoridad local de aplicación debe observar en la sustanciación de estas actuaciones: 1°) en la primera providencia, deberá comunicar al ente regulador específico –según el tipo de servicio– la existencia de tales actuaciones "a los fines de coordinar los diversos aspectos de las mismas y evitar posibles superposiciones" (art. 4°, párrafo primero); 2°) a su vez, podrá solicitar al ente correspondiente "toda la colaboración necesaria con el fin de obtener la correcta resolución del expediente" (art. 4, último párrafo); 3°) en los casos en los que de las presuntas infracciones surgieren aspectos estrictamente

30. CSJN, "Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Secretaría de Defensa del Consumidor s/ inhibitoria", del Dictamen de la Procuración General de la Nación, T.114.L.REX, 24/12/2014.

regulatorios del servicio público domiciliario, deberá comunicar tal circunstancia al organismo de control específico, sin perjuicio de la prosecución del trámite administrativo (art. 2).

Por su parte, la jurisprudencia del fuero local ha convalidado –en numerosos precedentes– la competencia de la autoridad local de aplicación para tramitar denuncias presentadas por usuarios de servicios públicos domiciliarios. Así, se ha sostenido que

> En el caso, corresponde rechazar el planteo de incompetencia de la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor respecto de la denuncia por los daños sufridos por la interrupción del servicio de suministro eléctrico prestado por la empresa de servicio público [...] La actora funda la competencia exclusiva del Ente Nacional Regulador de la Electricidad –ENRE– para entender en este caso en que este mismo ente "*emitió por medio de la Resolución ENRE Nº 82/2002 el Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica, en cuyo artículo 3º se establece que dicho ente es el único Organismo que reviste el carácter de Autoridad de Aplicación de dicha norma y Policía del Servicio Público de Electricidad*". Ahora bien, sin perjuicio de señalar que esa norma no establece la exclusividad invocada, lo cierto es que, aun si lo hiciese, se trataría de una competencia exclusiva auto-atribuida por ese organismo administrativo. Por lo tanto, no es argumento apto para desvirtuar la competencia atribuida por el legislador, la que es concurrente con la Administración (como órgano de aplicación local de la Ley N° 24.240) y está sujeta a la opción del usuario. A mayor abundamiento, señalo que la cuestión debatida en autos no resulta de una complejidad propia de la especificidad técnica que ostenta el ENRE, sino que se relaciona con el estricto resguardo de los derechos de los consumidores y usuarios, en cuanto a las obligaciones establecidas en la Ley Nº 24.240...[31]

Por último, consideramos relevante traer a este comentario un fallo, audaz y novedoso, resuelto por la justicia del fuero local. El caso refiere a un usuario que promovió demanda de ejecución contra una de las empresas de energía eléctrica a fin de reclamar el efectivo pago de la suma fijada en concepto de daño directo por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor (DGDyPC), por daños oca-

31. Cám. de Apel. CAyT, Sala III, "Empresa Distribuidora Sur SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor", Expte. Nº 329-2018-0, del voto del Dr. Hugo R. Zuleta con adhesión de Dr. Esteban Centanaro, 04/09/2019. Disponible en: http://juristeca.jusbaires.gob.ar - Código fallo 40031. Código sumario 66908.

sionados a electrodomésticos de su hogar por un pico de sobretensión, que la empresa no abonó pese a haber quedado firme. Pero, además, en su demanda ejecutiva solicitó la aplicación de daño punitivo, ante la conducta desaprensiva de la empresa. En primera instancia se admitió la vía ejecutiva para el pago efectivo del daño directo pero se desestimó el pedido de daño punitivo. Apelado el decisorio, la Cámara del fuero a su turno sentenció:

> De lo hasta aquí expuesto se sigue que: (i) la empresa demandada demostró una conducta desinteresada respecto de los derechos del consumidor afectado; en tanto habiendo transcurrido cuatro años, no abonó el resarcimiento fijado por la DGDyPC a favor del consumidor en concepto de daño directo en la disposición nº DI2015-852-DGDYPC, pese a no haber constancias que permitan considerar que EDESUR hubiese formulado impugnación alguna respecto de lo allí decidido; (ii) revela una conducta abusiva y persistente en el tiempo que indica desacato respecto del marco jurídico que rige las relaciones de consumo; en tanto desatiende la orden emanada del órgano de aplicación de la ley nº 757 generando, de tal modo, la necesidad del señor M. de acudir a un proceso judicial para obtener el cumplimiento compulsivo de la decisión administrativa firme; (iii) traduce una actitud dilatoria y especulativa; ya que la falta de pago de una indemnización de escaso monto, determinada en una resolución administrativa que no fue cuestionada, luego de cuatro (4) años desde que aquella adquirió firmeza, teniendo en cuenta la coyuntura inflacionaria que se registró durante los períodos de indisponibilidad a los que quedó sujeta la deuda aquí involucrada, permiten inferir la existencia de un aprovechamiento económico para la demandada como consecuencia de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda,...; (iv) la empresa proveedora no impartió un trato digno al consumidor (cfr. art. 8 bis de la ley nº 24240). Por todo lo expuesto, cabe concluir que la conducta desplegada justifica la imposición de una multa en concepto de daño punitivo.[32]

32. CCAyT, Sala I, "Mizrahi, Daniel Fernando c/ Empresa Distribuidora Sur SA (EDESUR) s/ otros procesos especiales", Expte. N° 36242-2015-0, del voto del Dr. Carlos F. Balbín, 10/09/2019.

Artículo 26. Reciprocidad en el trato

Las empresas indicadas en el artículo anterior deben otorgar a los usuarios reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1097, 1098 del CCCN.*

En aquellos casos en los que las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios facturen consumos en exceso o indebidos, este artículo les impone un deber de reciprocidad de trato para con los usuarios, que consiste en aplicar a los reintegros y/o devoluciones los mismos parámetros que aplican para los cargos por mora. Es decir que, a los importes que tengan que devolver o reintegrar por lo que hubieran cobrado mal o de más, se le deben añadir los mismos intereses moratorios –y cualquier otro cargo, si lo hubiera– que le aplican a los usuarios para los pagos fuera de término. Vale recordar aquí que el artículo 31 de la LDC fija un límite para la tasa de interés por mora en las facturas de los servicios públicos, la que no podrá exceder en más del cincuenta por ciento (50%) de la tasa pasiva para depósitos a treinta (30) días del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al último día del mes anterior a la efectivización del pago.

Esta disposición encuentra sustento constitucional tanto en el derecho al trato equitativo y digno como en la protección a los intereses económicos de los usuarios (art. 42 CN).

Artículo 27. Registro de reclamos. Atención personalizada

Las empresas prestadoras deben habilitar un registro de reclamos donde quedarán asentadas las presentaciones de los usuarios. Los mismos podrán efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico, o por otro medio disponible, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo. Dichos reclamos deben ser satisfechos en plazos perentorios, conforme la reglamentación de la presente ley. Las empresas prestadoras de servicios públicos deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios.

(Artículo sustituido por art. 11 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1097, 1098, 1100 del CCCN.*

Entre las quejas más habituales de los usuarios aparece de manera recurrente la mala o deficiente atención de los servicios de "atención al cliente" que ofrecen las empresas. En general, los usuarios suelen transitar un tortuoso periplo a la hora de intentar formular un reclamo, topándose con múltiples escollos antes de lograr acceder a alguien que los escuche y que los atienda con corrección, diligencia y empatía. Este problema se fue agudizando con el inexorable avance de la tecnología, que les permitió a las empresas incorporar diversos medios de contacto informatizados (Internet, correo electrónico, mensajes telefónicos, *chat* automatizados, redes sociales, etc.), que desde el punto de vista empresarial significó, fundamentalmente, bajar costos de gestión, sin que se observara un correlato de eficiencia en la calidad de atención, al mismo tiempo que se ha despersonalizado el vínculo humano, siempre necesario, entre los representantes de las empresas y las personas usuarias.[33] Así, lo que en un primer momento pareció una evolución en beneficio del consumidor o usuario, se volvió en su contra, y la tan aclamada atención al público se vio atravesada por nuevos modelos de gestión de clientes, que muy lejos están de facilitar la vida de los usuarios, sino que hacen cuesta arriba el camino a la hora de intentar presentar una queja o reclamo ante el proveedor del servicio.[34]

Registro de reclamos

En este escenario, la Ley Nº 26361 introdujo distintas modificaciones al artículo 27 de la LDC. Por un lado, obliga a las empresas prestadoras a habilitar un "Registro de Reclamos", en el cual queden asentadas las presentaciones que formulen los usuarios; por otro lado, enumera de manera no taxativa las diversas vías para efectuar reclamos: por nota (presencial, con copia sellada de recepción o asentada

33. El apogeo de esta mediatización despersonalizada se vivió en épocas de la pandemia de COVID-19, donde por imperio de las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) los consumidores y usuarios se vieron compelidos, por razones sanitarias, a migrar hacia medios tecnológicos de contacto para realizar cualquier tipo de trámite o reclamo ante las empresas.

34. Torrano, Bruno; Noriega, Yamila y Cunto, Constanza, "Derechos de usuarios de servicios públicos domiciliarios", en Ameal, Oscar y Centanaro, Ivana (dirs.), obra colectiva *Manual de Derecho del Consumidor,* Buenos Aires, Editorial Estudio, 2022, p. 105.

en el libro de quejas), por teléfono (ya sea fijo o celular, para lo cual deben garantizarse vías gratuitas, de cobro revertido, 0-800, mensajes de texto por SMS o WhatsApp, u otros), fax (en franco desuso), correo postal (carta documento o certificada), correo electrónico (casilla electrónica específica para reclamos), o por cualquier otro medio disponible (redes sociales, página *web*, etc.). En todos los casos, debe extenderse al usuario la correspondiente constancia que identifique el reclamo (número asignado, fecha y objeto) más allá del medio utilizado, que constituye un documento de valor probatorio para aquel que se vea obligado a proseguir su reclamo en otras instancias.

Si bien no se especifica qué tipo de registro se exige, se sobrentiende que le incumbe a las empresas organizar sistemas adecuados, adaptados a las distintas vías admisibles, que posibiliten registrar los reclamos de manera ordenada, correlativa, fiable, inviolable, gratuita y de atención ininterrumpida, que además permitan identificar las situaciones de urgencia para su tratamiento prioritario. Va de suyo que los entes reguladores son los encargados de auditar, controlar y verificar que estos registros cumplan con estas prevenciones básicas y con el objeto previsto en este artículo.

Plazo de respuesta

Los reclamos –dice la norma– deben ser satisfechos en plazos perentorios, difiriendo su determinación a la reglamentación de la ley. A su turno, el Decreto N° 1789/94, reglamentario de la LDC,[35] dispuso que las empresas prestadoras deberán contestar los reclamos en un plazo de diez (10) días corridos. Consideramos que, tal como dice la norma legal, la respuesta debe satisfacer la queja del usuario y por ende procurar su solución, y no solo contestarla como dice la reglamentación; en todo caso, si la respuesta fuera negativa, la empresa debe fundar y explicar las razones de su rechazo, pues no cumple con su deber legal si brinda una respuesta vaga, inexacta, inconclusa o indefinida, sin que ello sea óbice para que el usuario recurra ante el ente o ante la autoridad de aplicación, según el caso.

35. Decreto Reglamentario N° 1798/1994, Poder Ejecutivo Nacional (PEN), BO del 18/10/1994, N° 27998.

El plazo de 10 días corridos –fijados reglamentariamente– resulta un plazo estándar que debe considerarse como un plazo genérico máximo, que de ningún modo puede aplicarse a casos de urgencia o gravedad (interrupción del servicio eléctrico o del suministro de agua, denuncias por falta de calidad del agua o por escape de gas, etc.), sin perjuicio de que en tales casos el usuario puede dirigirse directamente ante el ente regulador. Por supuesto que, si se fijaran plazos diferentes en los reglamentos, siempre se deberá aplicar aquel que resulte más favorable al usuario.

Atención personalizada

A modo de corolario, este artículo dispone que las empresas prestadoras deben garantizar la atención personalizada a los usuarios. Ello significa no solo asegurar la atención presencial de aquellos usuarios que concurren a las oficinas de atención al público, sino que además en las comunicaciones telefónicas cuenten con la posibilidad efectiva de ser atendidos por un operador, de carne y hueso, sin tener que lidiar únicamente con "maquinitas" automatizadas que, muchas veces, impiden o desalientan los reclamos.

Señala Rusconi que la exigencia de atención personalizada –y "presencial"– es objeto de fuertes resistencias por parte de los proveedores obligados, puesto que

> … la tendencia que se advierte en el sector es justamente la contraria, la de la despersonalización (y su reemplazo por medios impersonales, lógicamente menos costosos) […] Esas situaciones, y una infinita cantidad de variantes, significan un claro destrato para los usuarios de servicios. En definitiva, la exigencia legal trata de asegurar que los usuarios de servicios sean atendidos como personas con dignidad que son, y en condiciones acordes a esa elemental premisa.[36]

Es dable destacar, al respecto, que en la Ciudad de Buenos Aires se han sancionado dos leyes que regulan esta cuestión: a) la Ley Nº 2221 CABA por la cual se dispone que "toda empresa prestataria de servicios que tenga sucursales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos

36. Rusconi, Dante, *Manual de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 2015, p. 112.

Aires, *debe contar con una oficina de atención personalizada, dentro de la ciudad, donde el usuario y/o consumidor pueda efectuar todos los reclamos y/o consultas relativas al servicio correspondiente en forma personal*"; especificando que las empresas de Telefonía Móvil "deben contar al menos con una oficina de atención personalizada, ubicada en el ámbito territorial de cada una de las Comunas de la Ciudad"; y tanto el domicilio de las oficinas, como los horarios de atención "debe estar especificado en la facturación del servicio, páginas *web* y/o por cualquier otro medio de información y/o comunicación y/o documentación que emita la empresa"; b) la Ley Nº 2475 CABA, que regula los servicios de atención telefónica a los usuarios –que incluye a las prestatarias de servicios públicos– mediante la cual se establece, entre otras cosas, que las empresas alcanzadas "deben contar con un servicio de atención telefónica que, como mínimo, *posea un operador/a que, de manera personalizada, evacue las consultas y/o reclamos de los usuarios y/o consumidores*" (art. 3); aquellos servicios que cuenten con un sistema con pre-atendedor, "*deben colocar la opción de hablar con un/a operador/a dentro de las opciones del primer menú*" (art. 5); y que tales operadores "deben ser personas físicas", "identificarse con su nombre, apellido y, en su caso, con su número de legajo o de identificación" e informar obligatoriamente a los usuarios "la dirección y horarios de la empresa *donde podrán llevar personalmente los reclamos y/o ser atendidos en forma personalizada*" (art. 6).

Artículo 28. Seguridad de las instalaciones. Información

Los usuarios de servicios públicos que se prestan a domicilio y requieren instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

La prestación de los servicios públicos domiciliarios entraña una actividad riesgosa y, por ende, potencialmente dañosa para los usuarios. Requiere de instalaciones específicas (redes, cañerías, cableado, tuberías, transformadores, construcciones, etc.), las que deben ser apropiadas, eficientes, seguras, y debidamente mantenidas. A su vez, el suministro continuo y regular de tales servicios es el que permite el uso y goce de determinados artefactos indispensables para la vida

cotidiana (calefones, estufas, teléfonos, canillas, cocinas, luminarias, computadoras, ventiladores, aires acondicionados, etc.).

De modo que, para asegurar la indemnidad de los usuarios, con la finalidad de prevenir y evitar cualquier riesgo sobre estos, sus familias o grupo social, esta norma le impone a los prestadores de servicios públicos el deber de informarlos, convenientemente, respecto de las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos utilizados según el tipo de servicio. Ello implica que las empresas –conforme lo dispuesto en el art. 4 de la LDC– deben brindar y poner a disposición de los usuarios, de manera accesible y por los medios disponibles, la información suficiente, adecuada, cierta, detallada, clara, comprensible y gratuita respecto de todo lo relacionado con el correcto uso y preservación tanto de las instalaciones como de los artefactos que se empleen, a los fines de preservar la salud, seguridad e integridad física de los usuarios y aventar cualquier peligro o riesgo.

Esta norma constituye una derivación concreta del deber genérico de seguridad, previsto en los artículos 5° y 6° de la LDC, de los cuales se deduce, por un lado, que los servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales (y para ello, deviene imprescindible la información que aporte el prestador) no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los usuarios; mientras que, por otro lado, los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.[37]

La obligación de brindar esta información para garantizar la seguridad de los usuarios se apoya en el carácter de profesionales expertos que, incuestionablemente, tienen las empresas prestadoras de servicios públicos, que son las que disponen del dominio pleno de la actividad y de los conocimientos técnicos específicos, frente al desconocimiento e ignorancia general de las personas usuarias.

37. El último párrafo del art. 6° de la LDC, dispone además que "En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción".

Sin embargo, como bien apunta Farina, debe tenerse en cuenta que muchas veces los artefactos a través de los cuales se hace uso del servicio (estufas, cocinas, calefones, aparatos telefónicos, etc.), son adquiridos a terceros proveedores y colocados a su vez por el propio usuario o por instaladores contratados al efecto. En ese caso, debe interpretarse que el prestador debe informar al usuario sobre las condiciones de seguridad que deben tener dichos artefactos, de modo que, convenientemente interiorizado, el usuario pueda exigir su cumplimiento tanto al vendedor como al instalador de dichos aparatos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda eventualmente a los mismos.[38]

En síntesis, el artículo 28 LDC procura lograr una tutela preventiva de la salud y seguridad de los usuarios, disminuyendo riesgos potenciales pero posibles, y evitar el suceso de accidentes domiciliarios por ignorancia, más que por imprudencia, del usuario, todo ello a través del derecho a la información, entendido como valiosa herramienta que obliga al proveedor del servicio domiciliario a anoticiar al usuario, de manera conveniente, cabal y suficiente, sobre los aspectos principales del servicio.[39]

Artículo 29. Instrumentos y unidades de medición

La autoridad competente queda facultada para intervenir en la verificación del buen funcionamiento de los instrumentos de medición de energía, combustibles, comunicaciones, agua potable o cualquier otro similar, cuando existan dudas sobre las lecturas efectuadas por las empresas prestadoras de los respectivos servicios.

Tanto los instrumentos como las unidades de medición, deberán ser los reconocidos y legalmente autorizados. Las empresas prestatarias garantizarán a los usuarios el control individual de los consumos. Las facturas deberán ser entregadas al usuario con no menos de diez (10) días de anticipación a la fecha de su vencimiento.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

38. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario,* Buenos Aires, Astrea, 3ª ed. actualizada y ampliada, 2004, p. 320.

39. Suárez, Enrique, "Usuarios de servicios públicos domiciliarios", *op. cit.* p. 200.

La prestación de los servicios públicos domiciliarios requiere un régimen tarifario, en el cual se establecen las distintas categorías de usuarios y las fórmulas de cálculo, por unidades de medida, que determinan el valor a pagar por el servicio prestado. Las unidades de medida varían según el tipo de servicio: así, para el servicio de energía eléctrica se utiliza el kilovatio-hora; para el suministro de gas o de agua, el metro cúbico, y para las telecomunicaciones, el minuto o fracciones de segundo (anteriormente el pulso).

La facturación de la tarifa se compone, en lo sustancial, de un cargo fijo –monto único e igual según categorías– y un cargo variable que, precisamente, varía de acuerdo al consumo realizado por cada usuario durante un determinado período (mensual o bimestral); y a ello se le agrega la carga impositiva. De modo tal que, para determinar el consumo efectuado por el usuario y, en consecuencia, el monto final que le corresponde abonar –acorde a los valores fijados en los cuadros tarifarios– es indispensable contar con instrumentos de medición, confiables y autorizados, que brinden certeza y precisión.

De ahí entonces que este artículo procura asegurar el correcto funcionamiento de los medidores utilizados, para que el usuario tenga certidumbre de lo que paga y ante la duda pueda exigir la verificación de los mismos a la empresa o a las autoridades de control.

Para ello, se obliga a las empresas a utilizar instrumentos de medición reconocidos y legalmente autorizados, lo que remite al cumplimiento estricto de la Ley Nº 19551 de Metrología Legal, que creó el Sistema Métrico Legal Argentino (SIMELA), sin perjuicio de otras reglamentaciones. Dicha ley considera, como denominación genérica, que un instrumento de medición es "todo aparato, medio o elemento que sirva para contar o determinar valores de cualquier magnitud" (art. 8°) y obliga a los fabricantes, importadores o representantes a someter a la aprobación de modelo y a la verificación primitiva a todo instrumento de medición reglamentado por imperio de dicha ley (art. 8°); resultando obligatoria la verificación periódica y vigilancia de uso, entre otros, de aquellos usados "en la valoración o fiscalización de servicios" (art. 9, inc. c).

Por otra parte, cuando el usuario tenga dudas o cuestionamientos a las lecturas que arroja el medidor, la norma faculta a la autoridad competente –es decir, a los entes reguladores– a tomar intervención

para verificar su estado y buen funcionamiento. La redacción de la norma es inadecuada, pues en rigor, no se trata de una "facultad" de los entes reguladores sino de una obligación inherente a su función de velar por los derechos de los usuarios. Es más, a nuestro entender, no solo deben actuar ante reclamos puntuales o individuales sino también desarrollar controles generales y periódicos de los medidores instalados con fines preventivos y predictivos.

El control individual de los consumos

Se estipula que las empresas prestatarias garantizarán a los usuarios el control individual de los consumos. No está del todo claro si el objetivo perseguido por esta norma es que cada usuario pueda contar con un aparato de control individual instalado en el interior de sus domicilios más allá de los medidores externos que deben instalar las empresas[40] (cuestión que presenta distintas dificultades operativas y de infraestructura para su efectiva aplicación), o si apunta de manera genérica a garantizar que el usuario acceda a la lectura del medidor para que pueda hacer un seguimiento individual de los consumos, lo que implica correlativamente que la empresa debe facilitar la disponibilidad técnica y física que posibilite ese control. A nuestro entender, la norma debe interpretarse como una extensión del deber de información (art. 4°) que implica garantizarle, individualmente, a cada usuario el acceso a la información detallada, precisa, cierta, desagregada y correcta no solo para controlar los consumos que él realiza sino también para controlar la eficiencia y calidad del servicio que se le presta. En ese sentido, le incumbe a las empresas poner a disposición del usuario todos los medios a su alcance (factura detallada, verificación del medi-

40. El Reglamento de Servicio de Distribución del Gas –Anexo I de la Resolución ENARGAS N° I-4313/17– dentro del acápite "8. MEDICIÓN Y EQUIPOS DE MEDICIÓN" contempla la verificación de medición (e) que es "la práctica en la cual un Cliente, mediante el uso de un medidor de verificación de gas, monitorea o evalúa su propio consumo a efectos contables o de control de consumo" y establece que "El Cliente actuando conjuntamente con la Distribuidora podrá instalar, mantener y operar, a cargo del Cliente, el equipo de verificación de medición que desee, siempre y cuando tal equipo así instalado no interfiera con la operación del equipo de medición de la Distribuidora en el Punto de Entrega o cerca del mismo".

dor, acceso a su lectura, etc.) de acuerdo a las características propias de cada servicio, sin que ello la exima de las responsabilidades técnicas y profesionales que asume como prestadora.

En un recordado y aleccionador fallo, se dijo:

> La concesionaria del servicio telefónico no puede pretender que sea el usuario quien pruebe que el mecanismo de control de pulsos funciona incorrectamente y que las facturas remitidas no acreditan la lectura de los medidores, pues el mismo no tiene acceso a las oficinas comerciales donde se encuentran los aparatos de medición [...] la licenciataria del servicio público telefónico tiene no solo el monopolio sino el control cuasi unilateral de lo facturado, la posibilidad de perseguir su cobro por la vía ejecutiva y de cortar el suministro, mientras el usuario no posee los elementos técnicos necesarios para comprobar la sobrefacturación del servicio.[41]

El servicio público de agua. Facturación y medición. Estado de situación

El servicio público de agua potable y saneamiento presenta aristas peculiares en cuanto a la facturación y medición del consumo. Históricamente, dicho servicio se factura por un régimen de "cuota fija" –es decir "no medido"– cuyo monto se calcula por determinadas variables según la superficie, zonificación catastral y características del inmueble.

Ahora bien, cuando se produjo la privatización del servicio a manos de una empresa trasnacional (Aguas Argentinas SA), el pliego de concesión y las regulaciones dictadas contemplaron un plan progresivo de migración hacia un sistema de medición que, en principio, auguraba mejoras en el servicio, y propiciaba un uso más racional del agua (para evitar el derroche) y una mejor gestión empresarial del recurso vital. Sin embargo, el cambio de modelo trajo aparejados serios inconvenientes, en particular respecto de los edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, pues las normas autorizaban a la empresa –por dificultades de infraestructura e imposibilidades técnicas alegadas– a aplicar sobre tales inmuebles un sistema de medición global, es decir, un medidor único para todo el edificio y no medidores individuales

41. CNFed. Civ. y Com., Sala III, *in re* "Biestro de Bover, Amelia T. c. Telefónica de Argentina S.A", 16/12/1994, *LL* 1995-B-118; *DJ* 1995-1-866.

para cada unidad funcional (UF), con la consecuente facturación global para el consorcio.

Así implementado, el sistema de medición global del agua en edificios de propiedad horizontal resultó inequitativo, ya que no permite discernir el consumo real de cada UF al mismo tiempo que le impide a cada usuario (propietario, inquilino o habitante) ejercer un control individual de sus consumos. Además, mediante la facturación global se pone en cabeza del consorcio la obligación de distribuir o prorratear el costo total entre los copropietarios a través de las expensas; con lo cual, la empresa prestadora elude su deber de emitir facturas individuales, mientras se asegura el cobro total del servicio, trasladando esa responsabilidad al consorcio que, de esta manera, se convierte en un "empleado" o agente recaudador de la empresa. Paradójicamente, el sistema –así aplicado– contradice la proclama de "uso racional del agua", pues no se contribuye demasiado a generar conciencia cuando en los hechos la responsabilidad se diluye entre todos los integrantes del consorcio y finalmente nadie es responsable de sus propios consumos. Este sistema generó mayor conflictividad consorcial, no solo por el incremento de expensas sino porque además le traslada, indebidamente, al conjunto de los copropietarios los problemas de morosidad y de uso irracional o desaprensivo del servicio, dificultando incluso el acceso a la tarifa social a quienes son o pueden ser beneficiarios de la misma.

Frente a esta cuestión la Defensoría del Pueblo de la Nación,[42] conforme la legitimación procesal que le confiere el artículo 43 CN, interpuso un amparo, con alcance colectivo, que la CSJN resolvió declarando nulas las resoluciones dictadas al respecto. Dijo el Máximo Tribunal:

> Resultan nulas las resoluciones 8 y 12/1994 del ETOSS que determinaron un sistema de facturación del componente medido en forma global en los edificios afectados al régimen de propiedad horizontal y establecie-

42. Como dato adicional, subrayamos que a la fecha de este comentario, la Defensoría del Pueblo de la Nación, órgano constitucional, independiente, cuya misión es "la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas" (art. 66 CN) se encuentra vacante desde hace ya casi 15 años, lo que constituye un hecho de inusitada gravedad institucional (ver nuestro trabajo: Darcy, Norberto C., "COVID-19 y protección de derechos: el gran ausente institucional", en La Ley Online, cita: TR LALEY AR/DOC/1568/2020.

> ron al consorcio de propietarios como usuario y responsable del pago del servicio de agua potable de las unidades funcionales que no pudieran ser abastecidas con conexión independiente.
> [...]
> La facultad de instituir al consorcio de propietarios como responsable por deuda ajena (arts. 72 y 74 ley 13577) tiene por objeto que este efectúe el pago de los servicios, mas no lo convierten en sujeto deudor de la obligación, ni habilitan al ETOSS a disponer una medición global del consumo de todo el edificio, prorrateando el pago de acuerdo a la extensión de cada unidad funcional y no conforme al servicio efectivamente prestado y consumido.

Si el concesionario no puede establecer un sistema individual de medición para cada unidad funcional a fin de efectuar la medición real de los consumos, solo corresponde que facture al consorcio el cargo fijo establecido según la categoría.[43]

Pese a ello, lo llamativo es que al momento de decidirse la rescisión del contrato a la concesionaria privada y la reestatización del servicio (hoy a manos de AySA), el nuevo marco regulatorio previsto en Ley Nº 26221 mantuvo la potestad de la concesionaria –ahora estatal– para implementar la medición y facturación global en edificios de propiedad horizontal, en contravención a lo resuelto por la Corte. Si bien su implementación, hasta la fecha, no ha sido masiva, algunos casos llegaron a la justicia. Así, recientemente, se condenó a la empresa AySA a abstenerse de facturar globalmente los consumos de los inmuebles de un barrio cerrado y a que lo hiciera en forma individual con los medidores ubicados en cada lote del conjunto inmobiliario, confirmando la sentencia de primera instancia.[44]

Entrega de la factura. Plazo mínimo y opciones del usuario

Finalmente, este artículo prevé que las facturas deben ser entregadas al usuario, como mínimo, con diez (10) días de anticipación a la fecha de su vencimiento. Se contempla aquí un plazo útil y necesario para

43. CSJN, "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - P.E.N. -M° de Eco. Obras y Serv. Públ.- y otros s/ amparo ley 16.986", 14/09/2000, *JA* 2001-I-211 (cita: TR LALEY 20010982).

44. CNACAF, Sala IV, "Sausalito Club SA c/ AYSA SA s/amparo ley 16.986", 22/03/2022.

que el usuario pueda conocer, con antelación suficiente, el detalle de lo facturado y el monto que debe pagar, así como otras informaciones que la empresa deba comunicar (existencia o no de deudas, fechas de vencimientos, vías de contacto, etc.). Ello le permite, además, ordenar sus cuentas, hacer las previsiones de gastos, analizar el contenido de lo facturado y, llegado el caso, formular los reclamos o consultas pertinentes.

Cabe recordar que, de conformidad a lo normado en el artículo 4 LDC, las facturas deben ser remitidas al domicilio del usuario en soporte físico –es decir, en papel– y solo se podrá reemplazar dicha modalidad si el usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición. Ello significa que las empresas pueden ofrecer, pero de ningún modo imponer unilateralmente otras alternativas distintas a la entrega de las facturas en papel a domicilio, pues la decisión de elegir por otro medio de recepción (envío digital, por ejemplo) es siempre del usuario, que debe solicitarlo expresamente. A nuestro criterio, se trata de una regla general acertada y protectoria de los más vulnerables, pues si bien es cierto que en la actualidad son cada vez más las personas usuarias que prefieren –por simplicidad o comodidad– recibir su factura por medios digitales, no es menos cierto que hay otro conjunto de personas que carecen de acceso a medios tecnológicos, ya sea por razones sociales, culturales, de edad, estado físico o mental, escasez de recursos, u otras, que de no recibir la factura a domicilio en papel verían seriamente afectados sus derechos. De modo que, bajo tales circunstancias, mantener como regla general la obligación de remitir facturas en papel a domicilio se presenta como un mecanismo de tutela reforzada para los usuarios en situación de hipervulnerabilidad.

En cualquier caso, resulta claro que las empresas también deben cumplir con el plazo de 10 días previos al vencimiento, cuando hagan el envío de las facturas por medios electrónicos a aquellos usuarios que hayan optado por ello. La falta de cumplimiento del plazo de envío no autoriza al usuario a no pagar la factura, pero sí le permite realizar las denuncias pertinentes ya sea por infracción a la LDC, o bien para reclamar el reintegro de lo que hubiera abonado de más debido a la falta de envío o envío tardío (si, por ejemplo, tuvo que pagar en el segundo vencimiento o fuera de término), y ello por el principio de reciprocidad de trato, previsto en el artículo 26 LDC antes analizado.

Artículo 30. Interrupción de la prestación del servicio

Cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Efectuado el reclamo por el usuario, la empresa dispone de un plazo máximo de treinta (30) días para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable. En caso contrario, la empresa deberá reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente. Esta disposición no es aplicable cuando el valor del servicio no prestado sea deducido de la factura correspondiente. El usuario puede interponer el reclamo desde la interrupción o alteración del servicio y hasta los quince (15) días posteriores al vencimiento de la factura.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Ya hemos señalado que los servicios públicos domiciliarios –dado su carácter esencial– deben ser suministrados de manera continua, regular y permanente, es decir, sin alteraciones e interrupciones que impidan el efectivo uso y goce de los mismos. Por las propias características del servicio que prestan, las empresas asumen una obligación de resultado, ya que su obligación principal es la de brindar el servicio en condiciones correctas, de continuidad y regularidad.

Frente al incumplimiento de esa obligación principal que recae sobre el prestador, esta norma prevé una presunción a favor de los usuarios –como parte débil de la relación que merece especial protección–, por la cual cualquier interrupción o alteración del servicio se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Se entiende por interrupción el corte total de suministro del servicio, mientras que la alteración supone una prestación irregular, anómala o deficiente que no permite el uso normal del servicio (baja tensión eléctrica, baja presión de agua, interferencias en las comunicaciones, etc.).

Se trata de una presunción *iuris tantum*, en tanto admite prueba en contrario, dado que las empresas cuentan con un plazo de 30 días, como máximo, para demostrar que el desperfecto prestacional ha sido ocasionado por causas que no le son imputables, vale decir, por caso fortuito o de fuerza mayor, por culpa de un tercero por el que no debe responder o por culpa del usuario.

Por su parte, el usuario afectado no tiene que demostrar la culpa de la prestadora (cuestión que es siempre de difícil producción) sino solo poner en evidencia el incumplimiento en la prestación del servicio a fin de responsabilizar a la empresa de todas las consecuencias derivadas del mismo; de ahí entonces que la responsabilidad por los daños y demás consecuencias derivadas de la falta de prestación es de naturaleza objetiva (conf. art. 40 LDC).

Así, la jurisprudencia ha dicho:

> ... la obligación de la empresa demandada de proveer en forma correcta el servicio eléctrico, constituye una obligación de resultado y en consecuencia su responsabilidad tiene naturaleza objetiva [...] Asimismo por tratarse de una obligación de resultado, toda cuestión referida a la culpa pierde importancia. Basta con probar el incumplimiento –que en el caso estará dado por falta de provisión de electricidad– y el daño sufrido. A partir de esa prueba, será la empresa la que deberá probar el casus para eximirse de responsabilidad. Dentro de esta causal liberatoria se encuentra la culpa de la propia víctima, de un tercero por quien no debe responder o bien el caso fortuito en sentido estricto, que en el caso no quedó alegado en sede administrativa. En cuanto al tercero por quien no debe responder, debe ser alguien totalmente ajeno a su esfera de actuación o al riesgo propio de la empresa...[45]

Lo dispuesto en este artículo importa, a su vez, una suerte de aplicación práctica de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas,[46] por cuanto son las empresas –y no los usuarios– las que disponen monopólicamente de todos los elementos técnicos, profesionales y fácticos para acreditar que la causa que originó las interrupciones y/o alteraciones no le son imputables.

Procedimiento de reclamo

Para ejercer el derecho a reclamar, se establece el siguiente procedimiento:

45. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ EDESUR SA S/ responsabilidad por daños", 16/03/2000; del fallo del Juzg. Nac. de 1ª Inst. Fed. Civ. y Com. N° 6, Sec. N° 12. Publicado en: *LL* 2000-C-399, cita: TR LALEY AR/JUR/724/2000.

46. Darcy, Norberto C., "Apuntes sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas", publicado en *elDial.com*, Suplemento de Derecho Procesal, DC987.

1. El usuario afectado podrá interponer su reclamo desde la interrupción o alteración del servicio y hasta los quince (15) días posteriores al vencimiento de la factura.
2. Por su parte, la empresa dispone de un plazo máximo de treinta (30) días para demostrar que las causas del desperfecto prestacional no le son imputables. Dado que la norma no lo aclara, entendemos que este plazo debe computarse por días corridos, en concordancia con lo dispuesto en la reglamentación del artículo 27, que fijó el plazo de respuesta a los reclamos.
3. La norma señala que "en caso contrario" –esto es, a nuestro criterio, no solo cuando la empresa no acredite que la causa no le es imputable, sino además cuando no brinde respuesta alguna dentro del plazo previsto, o esta sea incompleta, imprecisa o insuficiente– "la empresa deberá reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente". Se traduce acá una regla de elemental lógica jurídica –en protección a los intereses económicos de los usuarios–, pues va de suyo que todo servicio no prestado no puede ser cobrado, ya que ello constituye un enriquecimiento sin causa. En consecuencia, la empresa está obligada a reintegrar dicho importe, salvo "cuando el valor del servicio no prestado sea deducido de la factura correspondiente" es decir, cuando el importe se descuente directamente de la factura aún no pagada.
4. Por supuesto que el usuario que considere insuficiente o insatisfactoria la respuesta de la empresa (incluso por la cuantía del monto deducido de la factura) podrá recurrir ante el ente respectivo o ante la autoridad de aplicación (conf. opciones del art. 25), sin que ello le impida promover demanda judicial cuando pretenda la reparación integral de los daños que le hubiera ocasionado la interrupción del servicio o su prestación defectuosa.
5. Por último, es interesante la postura de Wajntraub, en cuanto afirma que ante la interrupción o prestación defectuosa del servicio, la legislación de fondo autoriza al usuario a oponer a la empresa la *exceptio non adimpleti contractus* (hoy prevista en

el art. 1031 CCyCN),[47] negándose a abonar las facturas hasta tanto la prestación del servicio sea totalmente regularizada.[48]

Artículo 30 bis

Las constancias que las empresas prestatarias de servicios públicos entreguen a sus usuarios para el cobro de los servicios prestados, deberán expresar si existen períodos u otras deudas pendientes, en su caso fechas, concepto e intereses si correspondiera, todo ello escrito en forma clara y con caracteres destacados. En caso que no existan deudas pendientes se expresará: "no existen deudas pendientes".

La falta de esta manifestación hace presumir que el usuario se encuentra al día con sus pagos y que no mantiene deudas con la prestataria.

En caso que existan deudas y a los efectos del pago, los conceptos reclamados deben facturarse por documento separado, con el detalle consignado en este artículo.[49]

Los entes residuales de las empresas estatales que prestaban anteriormente el servicio deberán notificar en forma fehaciente a las actuales prestatarias el detalle de las deudas que registren los usuarios, dentro de los ciento veinte (120) días contados a partir de la sanción de la presente.

---

47. Art. 1031.- Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

48. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier, *Ley de defensa del consumidor…*, *op. cit.*, p. 171.

49. La Ley Nº 24787 había incorporado como párrafos cuarto y quinto de este artículo, lo siguiente:
"… Los entes residuales de las empresas estatales que prestaban anteriormente el servicio deberán notificar en forma fehaciente a las actuales prestatarias el detalle de las deudas que registren los usuarios, dentro de los ciento veinte (120) días contados a partir de la sanción de la presente.
Para el supuesto que algún ente que sea titular del derecho, no comunicare al actual prestatario del servicio, el detalle de la deuda dentro del plazo fijado, quedará condonada la totalidad de la deuda que pudiera existir, con anterioridad a la privatización."
Empero, dichos párrafos fueron observados por el Decreto Nº 270/97 –BO del 02/04/1997–, por considerar que el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas a los entes residuales de las empresas privatizadas *deviene dificultoso por numerosas circunstancias.*

Para el supuesto que algún ente que sea titular del derecho, no comunicare al actual prestatario del servicio, el detalle de la deuda dentro del plazo fijado, quedará condonada la totalidad de la deuda que pudiera existir, con anterioridad a la privatización.

(Artículo incorporado por el art. 4º de la Ley Nº 24.787 B.O. 2/4/1997. Párrafos cuarto y quinto de este último artículo, observados por el Decreto Nacional Nº 270/97 B.O 2/4/1997).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100 del CCCN.*

Este artículo ha sido insertado por la Ley Nº 24787 (BO del 02/04/1997) con el objeto de revestir de mayores certezas al pago de las facturas que realizan los usuarios, así como también dotarlo de herramientas prácticas para repeler pretensiones de cobro retroactivo o extemporáneo por importes no informados oportunamente. Así, la norma exige que las empresas prestatarias incorporen en todas las constancias de pago que entrega o envía a los usuarios (se refiere, principalmente a las facturas, pero incluye a cualquier otro instrumento de cobro) una leyenda que, en forma clara y con letras destacadas, informe fehacientemente si existen períodos impagos u otras deudas pendientes, detallando conceptos, fechas (origen de la deuda, vencimiento, etc.) e intereses aplicados o aplicables (que deberán ajustarse a los límites fijados en el art. 31 *in fine*). En estos casos, y a los efectos del pago, se estipula que las empresas deben facturar los montos adeudados por documento separado, con el detalle de rubros y conceptos exigidos.

Para el supuesto de que no existan deudas pendientes, en las facturas (u otras constancias) se deberá consignar una leyenda que, en forma clara y destacada, indique que "no existen deudas pendientes". La omisión de toda manifestación al respecto hace presumir que el usuario no mantiene deudas con la prestataria del servicio y que se encuentra al día con sus pagos.

Aparece aquí, una vez más, el deber de información cierta, clara, detallada y gratuita (art. 4 LDC) para que el usuario tenga debido y oportuno conocimiento de la existencia, o no, de deudas impagas y pueda actuar en consecuencia. Asimismo, la norma exige, aunque implícitamente, que las empresas lleven una administración ordenada y una gestión correcta y cuidadosa de los recursos que obtienen por el

cobro de tarifas, derivada del imperativo constitucional que promueve la calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Alcance de la presunción

Parece claro que, en este caso, estamos en presencia de una presunción *iure et de iure*, que opera de pleno derecho como una garantía de seguridad jurídica para el usuario que ha abonado puntualmente sus facturas y que le permite, llegado el caso, rechazar cualquier pretensión de cobro ulterior que no hubiera sido debidamente informado en el modo y oportunidad prevista. Afirma Wanjtraub –en criterio que compartimos– que esta presunción legal podrá argüirse válidamente como defensa en un eventual juicio entablado por la empresa, aun en el marco de un juicio ejecutivo.[50]

Artículo 31

Cuando una empresa de servicio público domiciliario con variaciones regulares estacionales facture en un período consumos que exceden en un SETENTA Y CINCO POR CIENTO (75%) el promedio de los consumos correspondientes al mismo período de los DOS (2) años anteriores se presume que existe error en la facturación.

Para el caso de servicios de consumos no estacionales se tomará en cuenta el consumo promedio de los últimos DOCE (12) meses anteriores a la facturación. En ambos casos, el usuario abonará únicamente el valor de dicho consumo promedio.

En los casos en que un prestador de servicios públicos facturase sumas o conceptos indebidos o reclamare el pago de facturas ya abonadas el usuario podrá presentar reclamo, abonando únicamente los conceptos no reclamados.

El prestador dispondrá de un plazo de TREINTA (30) días a partir del reclamo del usuario para acreditar en forma fehaciente que el consumo facturado fue efectivamente realizado.

Si el usuario no considerara satisfecho su reclamo o el prestador no le contestara en los plazos indicados, podrá requerir la intervención

50. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier, *Ley de defensa del consumidor…*, *op. cit*, *p.* 175.

del organismo de control correspondiente dentro de los TREINTA (30) días contados a partir de la respuesta del prestador o de la fecha de vencimiento del plazo para contestar, si este no hubiera respondido.

En los casos en que el reclamo fuera resuelto a favor del usuario y si este hubiera abonado un importe mayor al que finalmente se determine, el prestador deberá reintegrarle la diferencia correspondiente con más los mismos intereses que el prestador cobra por mora, calculados desde la fecha de pago hasta la efectiva devolución, e indemnizará al usuario con un crédito equivalente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) del importe cobrado o reclamado indebidamente. La devolución y/o indemnización se hará efectiva en la factura inmediata siguiente.

Si el reclamo fuera resuelto a favor del prestador este tendrá derecho a reclamar el pago de la diferencia adeudada con más los intereses que cobra por mora, calculados desde la fecha de vencimiento de la factura reclamada hasta la fecha de efectivo pago.

La tasa de interés por mora en facturas de servicios públicos no podrá exceder en más del CINCUENTA POR CIENTO (50%) la tasa pasiva para depósitos a TREINTA (30) días del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al último día del mes anterior a la efectivización del pago.

La relación entre el prestador de servicios públicos y el usuario tendrá como base la integración normativa dispuesta en los artículos 3º y 25 de la presente ley.

Las facultades conferidas al usuario en este artículo se conceden sin perjuicio de las previsiones del artículo 50 del presente cuerpo legal.

(Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Esta norma –que sufrió diversas modificaciones, la última mediante la Ley Nº 26361– prevé mecanismos administrativos de reclamo para proteger los derechos e intereses económicos de los usuarios frente a supuestos de sobrefacturación –que suelen ser los más frecuentes– y de facturación indebida, que le da contenido sustancial al deber de informar "el derecho a reclamar indemnizaciones", previsto en el artículo 25 LDC que ya comentamos.

Ocurre muchas veces que el usuario recibe facturaciones desmedidas, con notorias diferencias respecto de lo que consume habitualmente, y entonces se enfrenta al dilema de tener que pagar –para evitar la suspensión o corte del servicio– o reclamar ante la prestataria con la dificultad que conlleva demostrar que no ha realizado el consumo que se le atribuye.

A fin de contemplar esta situación, la norma en comentario estableció entonces una presunción de facturación errónea a favor del usuario, que distingue dos modalidades de reclamo según la naturaleza del servicio:

1. Para aquellos servicios públicos con variaciones regulares estacionales (por ejemplo, el servicio de energía eléctrica que suele tener un uso más intensivo en temporadas estivales, o el de gas natural que, contrariamente, suele ser más utilizado en épocas invernales) la ley presume que hay error de facturación –por excesiva– cuando en un período se facturen consumos que superen en un 75% el promedio de los consumos correspondientes al mismo período de los dos años anteriores.
2. Mientras que para el caso de los servicios públicos con consumos no estacionales (por ej., el servicio de agua o de comunicaciones), el parámetro que se tomará en cuenta para presumir que se trata de un error de facturación es el consumo promedio de los últimos doce meses anteriores a la facturación cuestionada, siempre que el monto exceda el 75%.

   En ambos casos, el usuario queda autorizado a abonar únicamente el valor correspondiente al consumo promedio que invoque según el caso, sin que se le pueda suspender o cortar el servicio hasta tanto el reclamo sea definitivamente resuelto.

Se trata de una presunción *iuris tantum*, ya que le corresponde a la empresa la tarea de probar y demostrar que no existe error o exceso de facturación. Ello así, porque es la prestadora –y no el usuario– la que dispone de todos los elementos técnicos que permitan acreditar con certeza la corrección o veracidad de la facturación cuestionada. Se recepta aquí, nuevamente, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en tanto traslada la carga de demostrar la inexistencia de error o sobrefacturación en cabeza de la empresa, que es la que se encuentra en mejores condiciones técnicas y profesionales para ha-

cerlo, frente a la manifiesta imposibilidad del usuario que solo puede aportar los datos de las facturas recibidas.

Por otra parte, la clasificación utilizada por la norma que distingue entre servicios públicos según tengan o no variaciones estacionales, es un esquema general que no debe entenderse como de aplicación taxativa, sino que podrá readaptarse conforme las particularidades del caso concreto y en atención al principio protectorio. En efecto, puede ocurrir que, en el caso concreto, no hayan trascurrido los dos años desde que el mismo usuario está utilizando el servicio –por lo cual no pueda promediar el consumo con variación estacional– y no por ello se debe impedir el reclamo; o bien que surjan dudas en cuanto al uso real que, bajo ciertas circunstancias, pueda realizar un usuario de estos servicios. Por consiguiente, en caso de duda deberá estarse a la solución más favorable para el usuario, esto es, tomar el promedio más bajo de ambos cálculos,[51] y la empresa deberá igualmente analizar el reclamo y brindar la respuesta técnica que corresponda.

3. Por último, este artículo prevé otros dos supuestos de facturación presuntamente errónea: a) cuando el prestador facture sumas o conceptos indebidos (cargos no autorizados, impuestos o contribuciones ajenas al servicio, etc.); y b) cuando la empresa reclame el pago de facturas ya abonadas; en ambos casos el usuario está habilitado a presentar su reclamo y abonar solo los conceptos no cuestionados; y, para rechazar la pretensión de cobro de facturas ya abonadas le alcanza con la sola presentación de cualquier constancia o comprobante que acredite el pago realizado por cualquier medio habilitado (entidad bancaria, oficina comercial, agente de cobranza extrabancario, resumen de tarjeta, comprobante *online*, etc.). Por cierto, resulta obvio en estos casos la aplicación del efecto liberatorio del pago –principio general que rige las obligaciones, previsto en el actual art. 880 CCyCN[52]– mediante el cual el pago efectuado y exteriorizado en el recibo que da el acreedor cancela la deuda y "produce

51. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier, *Ley de defensa del consumidor…*, *op. cit.* p. 178.

52. CCCN: art. 880.- Efectos del pago por el deudor. El pago realizado por el deudor que satisface el interés del acreedor, extingue el crédito y lo libera.

un efecto liberatorio del cual no puede ser privado el deudor sin afectar la garantía del derecho de propiedad".[53]

Procedimiento para reclamar

Si bien la norma establece algunas reglas que, *a priori*, parecen claras, su puesta en práctica supone una serie de pasos, no siempre sencillos, que el usuario debe realizar para hacer valer su derecho, sobre todo en los casos de presunta sobrefacturación.

En primer lugar, recordemos que el usuario tiene diversas vías para presentar su reclamo (por nota, teléfono, fax, correo, correo electrónico, u otro medio disponible) el que deberá quedar debidamente asentado en los registros que la empresa está obligada a llevar (art. 27 LDC).

Ahora bien, en la gran mayoría de los casos, el usuario carece de los medios técnicos como de los conocimientos necesarios para poder calcular, por sí mismo, el monto promedio de lo que pretende pagar. Ello implica que, en estos casos, el usuario se vea obligado a concurrir personalmente a la oficina comercial –pues, difícilmente logre realizar este trámite por medios telefónicos o digitales– a los fines de dejar asentado el reclamo y exigir que le tomen el pago promediado o que le emitan la refacturación correspondiente. Se advierte acá la importancia de asegurar el efectivo cumplimiento del artículo 27 –arriba comentado– en cuanto al deber de garantizar la atención personalizada y tener abiertas oficinas de atención presencial al público.

Resolución del reclamo. Efectos

Una vez presentado el reclamo, la norma establece lo siguiente:

1. La empresa prestadora dispone de un plazo de 30 días para acreditar fehacientemente que el consumo facturado fue efectivamente realizado.
2. La redacción actual de este artículo no contempla –como sí lo hacía el texto anterior– cuál es el plazo máximo que dispone el

53. CSJN, Fallos: 158:78, "Fisco de la Provincia de San Juan c/ Bazán, Smith Sigifredo", 1930; Fallos: 167:5; Fallos: 188:293, "Frigorífico Swift de La Plata S.A. c/ Provincia de Santa Fe", 1940; "Quirno, Gerónimo Avelino c/ Provincia de Santa Fe", 1948; Fallos: 210:611 y 225:688.

usuario para presentar el reclamo. Motivo por el cual, si los reglamentos respectivos no establecen un plazo razonable para ello, coincidimos con quienes sostienen que, sobre la base del principio *in dubio pro consumidor*, el límite para la interposición del reclamo será el vencimiento del plazo de prescripción aplicable al caso, en consonancia con lo expresado en el último párrafo de este mismo artículo,[54] que señala que "las facultades conferidas al usuario en este artículo se conceden sin perjuicio de las previsiones del artículo 50 del presente cuerpo legal", cuyo texto actual dispone que "Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas".

3. Si la empresa no responde en el plazo estipulado, o el usuario considera que su reclamo no fue debidamente satisfecho, podrá entonces requerir la intervención del organismo de control correspondiente, dentro de los 30 días contados a partir de la respuesta ofrecida por el prestador o bien de la fecha de vencimiento del plazo para contestar, si no hubiera respondido.
4. Si el reclamo fuera resuelto a favor del usuario y este hubiera abonado un importe mayor al que finalmente se determine, el prestador deberá no solo reintegrarle la diferencia correspondiente con más los mismos intereses que el prestador cobra por mora –en virtud del principio de reciprocidad del art. 26– calculados desde la fecha de pago hasta la efectiva devolución, sino que además deberá indemnizar al usuario con un crédito equivalente al 25% del importe cobrado o reclamado indebidamente. Tanto la devolución como la indemnización tarifada así estipulada, se verán reflejadas en la factura inmediata siguiente.
5. Si, por el contrario, el reclamo fuera resuelto a favor del prestador, este tendrá derecho a reclamar el pago de la diferencia adeudada con más los intereses aplicables por mora, calculados desde la fecha de vencimiento de la factura reclamada hasta la fecha de efectivo pago.

54. Torrano, Bruno; Noriega, Yamila y Cunto, Constanza, "Derechos de usuarios de servicios públicos domiciliarios"..., *op. cit.*, p. 112.

Tasa de interés aplicable por mora. Límites

A los efectos de lo anterior, habrá que tener presente que el párrafo cuarto de este artículo –tal como anticipamos al comentar el art. 26– fija un límite para la tasa de interés aplicable por mora en facturas de servicios públicos, la que no podrá exceder en más del 50% la tasa pasiva para depósitos a 30 días del Banco de la Nación Argentina, correspondiente al último día del mes anterior a la efectivización del pago.

Aplicación plena del principio de integración normativa

Para cerrar el capítulo, este artículo ratifica –de manera coherente con lo dispuesto en los arts. 3 y 25 LDC– que la relación de consumo que se entabla entre el prestador de servicios públicos y el usuario tiene como base el principio de integración normativa.

En efecto, tal como ya lo hemos dicho, toda la normativa de defensa del consumidor tiene carácter estatutario, pues tiene su eje en la Constitución Nacional y se integra de manera armónica con la LDC, el Código Civil y Comercial, las leyes especiales y por todas aquellas normas que puedan resultar aplicables a la relación jurídica de consumo. Precisamente al estipularse la obligatoriedad de integrar todas las normas que puedan resultar aplicables a las relaciones de consumo, surge claramente la intención del legislador de crear una cobertura amplia y completa para el consumidor, habilitando la posibilidad de tomar preceptos ajenos al Código o a la Ley de Defensa del Consumidor, ya sea para cubrir situaciones no contempladas, ya sea para otorgar una respuesta más favorable, la cual pueda encontrarse en normas que emerjan de diversas fuentes.[55]

55. Lorenzetti, Ricardo (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, T. VI, p. 240.

CAPÍTULO VII
De la venta domiciliaria, por correspondencia y otras

Artículo 32. Venta domiciliaria*

Es la oferta o propuesta de venta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor fuera del establecimiento del proveedor. También se entenderá comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

El contrato debe ser instrumentado por escrito y con las precisiones establecidas en los artículos 10 y 34 de la presente ley.

Lo dispuesto precedentemente no es aplicable a la compraventa de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado.

(Artículo sustituido por art. 13 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100, 1101, 1104, 1109 del CCCN.*

Como acertadamente señala Federico de Lorenzo, en sentido contrario a lo que fuera propio del mercado clásico, en la actualidad la producción no es una consecuencia necesaria de la demanda. Es el productor quien procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que adquiera productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado.[1]

Las ventas a domicilio (*door to door*) o la amplia gama de ventas a distancia requieren un tratamiento especial y diferenciado respecto a la comercialización común de bienes y servicios, caracterizada por la presencia voluntaria del consumidor en el respectivo establecimiento comercial. Tales operaciones constituyen estrategias

* Comentario sobre los artículos 32 a 35 por Eduardo Molina Quiroga.

1. De Lorenzo, Federico, "De la venta domiciliaria, por correspondencia y otras", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (dirs.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. I, p. 365.

de comercialización en escala, planificadas y organizadas en las formas más variadas e inusuales, a través de métodos compulsivos y agresivos, como el acoso negocial o la técnica de tentación. Las razones de la especificidad de la protección legal radican en que cuando la oferta se formula en el domicilio o en otro lugar distinto al local comercial se lo hace en una circunstancia inesperada, no programada, no buscada, sorprendiendo al consumidor, quien al recibirla no está informado del precio de plaza, ni de los tipos y calidades del bien, situación de inferioridad que es aprovechada por el vendedor. En este tipo de ventas el vendedor llega imprevistamente y ofrece al consumidor un bien que este no ha pensado comprar, los tratos se realizan inmediatamente, sin posibilidad de comparar las condiciones que se le ofrecen con las que rigen en el mercado para bienes o servicios similares, todo ello en un contexto de agresividad y presión psicológica.

Origen de la venta domiciliaria

Se atribuye al padre de Benjamín Franklin, la creación, junto con el Sindicato de Bomberos, de la primera compañía de seguros de Estados Unidos, origen de las ventas domiciliarias. Los representantes de la compañía de seguros de Franklin se desplazaban todos los meses a los pueblos y ciudades para recaudar el pago del seguro obligatorio. Para ampliar su clientela y ofrecer un seguro a quienes aún no lo habían contratado, desarrollaron un área especializada (los "cazadores"), que buscaban nuevos clientes y se convirtieron así en los primeros gestores de ventas de la historia.

Esta estructura demostró una eficacia sin precedentes y rápidamente ganó popularidad en otras industrias, donde se crearon "escuadras" especiales similares para vender y ampliar la base de clientes. Años más tarde comenzó a enseñarse como una especialización independiente, y así surgió toda una profesión.

La modalidad de venta domiciliaria, por medio de la cual recuerdo haber adquirido la *Enciclopedia Británica*, ha perdido vigencia, por lo menos en los grandes centros urbanos. En este sentido, los modernos procedimientos informáticos han generado otras modalidades, más sofisticadas e invasivas, tanto por medio de correos electrónicos, avi-

sos, ofertas en redes sociales y perfilamientos en los buscadores que, sobre la base de las búsquedas que el propio usuario realiza, hacen aparecer resultados que los algoritmos consideran *relevantes*, y llevan al consumidor a productos que, presumen, se encuadran en sus preferencias o necesidades.

Con lo expuesto precedentemente no pretendemos señalar la extinción de los/las vendedores/as que visitaban domicilios ofreciendo enciclopedias, libros, productos electrodomésticos, etcétera, sino que la experiencia personal nos indica sobre su reemplazo por los medios tecnológicos que hemos mencionado.

El requisito de escritura

Lo afirmado nos lleva a reconsiderar el segundo párrafo del artículo en comentario, sobre la "instrumentación por escrito" de estos contratos de *venta domiciliaria*, que a la luz del artículo 286 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), ya no puede referirse solamente a lo instrumentado en soporte papel, sino a "cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos". Al respecto, es pertinente considerar también el texto del artículo 287 CCyCN.[2] También cabe citar el artículo 6 de la Ley Nº 25506,[3] que establece que un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

Exigencias del contrato de consumo

El artículo 10 de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC), como se ha visto, exige que el documento de venta debe contener: a) La descripción y especificación del bien; b) Nombre y domicilio

2. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado; entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

3. Documento digital: Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. *Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.*

del vendedor; c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere; d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en la LDC; e) Plazos y condiciones de entrega; f) El precio y condiciones de pago; g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente.

La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en la LDC, deben ser escritas en letra destacada y suscriptas por ambas partes.

Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto.

Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor.

La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley.

En este sentido el Decreto Nº 1798/94 dispone con relación al artículo 10 ya citado:

> a) Cuando se emita "ticket" por estar autorizado por las normas impositivas, el documento que se extienda por la venta de cosas muebles podrá contener una descripción solo genérica de la cosa o la referencia del rubro al que pertenece, pero siempre de manera tal que sea fácilmente individualizable por el consumidor. Podrá omitirse la inclusión de los plazos y condiciones de entrega cuando la misma se realice en el momento de la operación. Asimismo podrá omitirse la inclusión de las condiciones de pago cuando el mismo sea de contado. b) Cuando se trate de cosas o servicios con garantía, en el documento de venta deberá hacerse referencia expresa a la misma, debiendo constar sus alcances y características en el certificado respectivo que deberá entregarse al consumidor. Cuando la venta pueda documentarse mediante "ticket", será suficiente la entrega del certificado de garantía. Cuando la cosa o servicio no tengan garantía, deberá constar de manera clara y expresa tal circunstancia en el documento de venta. Cuando se omitiere la mención a que se refiere este Artículo, se entenderá que la cosa no tiene garantía. La omisión será pasible de las sanciones del Artículo 47 de la Ley Nº 24.240. c) El incumplimiento del plazo y las condiciones de entrega, será pasible de las sanciones del Artículo 47 de la misma. El

infractor podrá eximirse de la aplicación de sanciones cuando medie acuerdo conciliatorio entre las partes.

El artículo 1104 CCyCN aclara que

> Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

En cuanto a la mención del artículo 34 LDC, referido al derecho de revocación, nos referiremos al mismo más adelante.

Artículo 33. Venta por correspondencia y otras

Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios.

No se permitirá la publicación del número postal como domicilio.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100, 1101, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109 del CCCN.*

Dentro del género de operaciones comerciales que regula el capítulo VII, sobre venta por correspondencia, el artículo en comentario se destaca por haber incorporado previsoramente los medios "electrónicos o similares".

Sin perjuicio de referirnos más en detalle a lo que se conoce actualmente como comercio electrónico (*e-commerce*), debemos recordar que el CCyCN establece que debe entenderse como "contrato", en el artículo 957, "el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales".

A su vez, el artículo 963 CCyCN dispone que

> Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas

indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

Perfeccionamiento del contrato por correspondencia

El artículo 971 del CCyCN ha reformado el anterior Código Civil y establecido que "Los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo".

En este sentido, los medios electrónicos requieren un análisis en particular, a punto tal que recientemente un juez canadiense habría resuelto que

> … el "emoji" del pulgar hacia arriba puede reconocerse como un medio válido para sellar un contrato, en equivalencia a una firma, ya que se trata de un método de comunicación habitual y los tribunales no deben "intentar detener la ola de tecnología y uso común".[4]

Nuestros tribunales han resuelto que

> El CCyCN, en su art. 979 establece que toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación, (por lo que) resulta incuestionable que la operación se perfeccionó con la aceptación del comprador a la oferta publicada, manifestada al picar[5] en la opción "comprar" que otorga la plataforma de ventas electrónicas.

Y también que para los contratos de ventas electrónicas, "… el click implica la aceptación del acuerdo electrónico con un contenido predispuesto, […] siendo equiparable a la forma expresa de revelar y exteriorizar la voluntad de quien realiza la acción".[6]

También debe mencionarse que, conforme al artículo 974 CCyCN:

> … la oferta obliga al proponente, a no ser que lo contrario resulte de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso…

4. Europa Press, "Un juez admite un emoji como medio válido para sellar un contrato". Disponible en: https://listindiario.com/la-vida/tecnologia/20230707/juez-admite-emoji-medio-valido-sellar-contrato_762429.html [fecha de consulta: 28/12/2023].

5. En alusión al uso del mouse sobre la opción que aparece en los sitios web respectivos.

6. CNACom., Sala E, "Cortes, Sebastián Nahuel c/ Frávega SACI E I s/ordinario", 10/05/2022.

> Cuando se hace a una persona que no está presente, sin fijación de plazo para la aceptación, el proponente queda obligado hasta el momento en que puede razonablemente esperarse la recepción de la respuesta, expedida por los medios usuales de comunicación.

Asimismo, el artículo 975 CCyCN admite que la oferta dirigida a una persona determinada puede ser retractada si la comunicación de su retiro es recibida por el destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta. Al respecto en el fallo ya citado se sostuvo que

> Acreditada entonces la existencia de un contrato, cabe analizar si la demandada estaba facultada a resolver unilateralmente la operación como lo hizo. En tal sentido, viene aplicable lo normado en el CCCN 975 que impide al ofertante retractar la oferta dirigida a personas indeterminadas si no es efectuada de manera simultánea. Por lo tanto, una vez expedita la aceptación por parte del destinatario de la oferta, el contrato queda perfeccionado (en los términos del art. 978 del mismo cuerpo legal) y la retractación enviada con posterioridad es inidónea.[7]

Por su parte, el artículo 979 CCyCN dice:

> Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación solo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

También citamos en este aspecto al artículo 983 CCyCN que dice que

> … se considera que la manifestación de voluntad de una parte es recibida por la otra cuando esta la conoce o debió conocerla, trátese de comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil.

El "click-wraping"

La modalidad conocida como "click-wraping" está muy difundida y consiste en la aceptación en la página *web* de la oferta que esta contiene (*point and click agreements*). Cuando el usuario visita una página *web* y desea adquirir un bien, debe marcar con un "click" de su mouse

7. Ídem.

en la palabra aceptar, lo cual plantea el problema del consentimiento en esta materia (*"click-wrap agreements"* o *"point-and-click agreements"*).

Se sostiene que su validez se funda en el acto de pulsar el botón de aceptación por parte del usuario, y su dificultad reside en que no queda registro alguno de ese acto, que sea similar a los que se exigen para los impresos en papel. La mayoría de las transacciones electrónicas que se realizan en la actualidad se basan en acuerdos que se aceptan pulsando un botón de una página *web*, por lo que constituye una regla admisible sobre la base de la costumbre negocial y en la conducta de las partes.

Los derechos del consumidor en el entorno electrónico

En la actualidad es evidente que la gran mayoría de las compras y contrataciones, y no solo "ventas", se realizan en el contexto del comercio electrónico (*e-commerce*).

Nos inclinamos por entender como "comercio electrónico" a las interacciones realizadas a través de diversos medios electrónicos y principalmente por Internet. Se trata de operaciones en las que la comunicación primaria se efectúa entre máquinas (computadoras), cuyo manejo puede estar directamente a cargo de una persona, o de una aplicación, que ha sido previamente organizada para que responda a determinados estímulos electrónicos.

Esta actividad es cada día más extensa y con proyecciones de expansión creciente.

El comercio electrónico está íntimamente vinculado con el fenómeno de la "despapelización", o si se quiere de los instrumentos o documentos digitales y electrónicos, las firmas electrónicas y digitales, la eficacia probatoria de los mismos.

La contratación electrónica presenta grandes desafíos para el derecho del consumidor, y abarca temas muy diversos, como el consentimiento, la publicidad, las cláusulas abusivas, la protección de la privacidad y muchos otros.

La relación de consumo en el comercio electrónico

La relación jurídica de consumo admite varias modalidades. En primer término, presupone un contrato informático con un ISP (Proveedor de Servicios de Internet o por sus siglas en inglés *Internet service provider)*, para contar con un espacio en el o los servidores de este, donde el proveedor de bienes en línea deberá tener registrado su dominio y una ubicación en la red que cumplirá las funciones más que de domicilio, de localización (URL).[8] En el caso del usuario debe contar con un modo de acceso a la red, ya sea por vía contractual con un ISP o por medio de accesos públicos.

El modo de relación puede establecerse a través del correo electrónico, la navegación de uno o más sitios *web*, completando formularios-planillas electrónicas, entre otras aplicaciones que se renuevan y modifican cada día, incluidas las redes sociales, como Facebook, Instagram, etcétera.

Las modalidades mencionadas previamente permiten realizar diversos negocios, tales como adquirir bienes tan variados como libros, discos, computadoras, electrodomésticos, prendas de vestir, medicamentos, inmuebles, y servicios, como el turismo, seguro, bancarios, inversiones en la bolsa y muchos otros.

Si bien la doctrina, en general, entiende que en estos contratos rigen las normas generales y especiales que resultan aplicables cuando se realizan por medios materiales, existen cuestiones propias del medio utilizado que le confieren particularidades.

Ámbito de aplicación de las normas protectorias

La primera cuestión con relación a la protección contractual del consumidor en el comercio electrónico reside en establecer el ámbi-

8. URL (*Uniform Resource Locator*) especifica cómo se asocia una "dirección" única para encontrar cada página de información. Las URL fueron una innovación fundamental en la historia de la Internet. Fueron usadas por primera vez por Tim Berners-Lee en 1991, para permitir a los autores de documentos establecer hiperenlaces en la *World Wide Web* (WWW o Web). Desde 1994, en los estándares de la Internet, el concepto de URL ha sido incorporado dentro del más general de URI (*Uniform Resource Identifier* - Identificador Uniforme de Recurso), pero el término URL aún se utiliza ampliamente.

to de aplicación de las normas protectorias. En tal sentido, la ley de defensa del consumidor en comentario, así como las del CCyCN ya citadas son las apropiadas. Ello no impide, como se ha efectuado en recientes fallos judiciales, recurrir al Derecho comparado.

Responsabilidad de las plataformas

En el comercio electrónico se produce, en nuestra opinión, como mínimo, una triple relación, ya que además de consumidor y proveedor del bien o servicio, interviene una tercera parte que es el ISP o plataforma de *e-commerce*, que puede tener un rol activo, ya sea coadyuvando al proveedor del bien o servicio, o simplemente como mero intermediario.

Al respecto se discute la responsabilidad de los ISP ya que, para un sector, se configura un sistema comercial experto, cuya apariencia genera confianza en el consumidor, y por lo tanto es equiparable a la cadena de elaboración y distribución que debe soportar las consecuencias del accionar de uno de sus eslabones. Otras opiniones difieren y entienden que las plataformas, salvo prueba en contrario, solo han servido como intermediarias entre las partes (proveedor y consumidor).

Para un sector, por ejemplo, cuyo fallo emblemático podría ser el caso "Claps", en el que la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo lugar a la demanda de dos jóvenes que compraron –utilizando los servicios de Mercado Libre– entradas para un recital de Gustavo Cerati, y que luego no pudieron ingresar al concierto porque las entradas supuestamente vendidas por Ticketek habían sido sustraídas por una dependiente infiel de esta empresa. Aunque la demanda fue rechazada en primera instancia, la Cámara, al revocar parcialmente la sentencia, sostuvo que Mercado Libre no estaba excluida de la categoría de proveedor y que estaba obligada frente a los actores hasta el momento mismo en que se haga efectiva la prestación que le es debida.

Se argumentó que Mercado Libre percibe un cargo por publicación y un cargo por venta, lo que demuestra que dicha empresa lucra, no solamente con el espacio que proporciona a los usuarios, sino con las operaciones que ellos realizan allí.

Por estas circunstancias el tribunal entendió que Mercado Libre interviene –y por ende es responsable– desde el mismo momento en que, creando una apariencia, logra atraer para sí la confianza de sus clientes.[9]

En sentido contrario, otros tribunales han entendido que

> Puede hablarse de una exención de responsabilidad del operador de un mercado electrónico de ventas o subastas *on line* cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, es decir, cuando ha sido un "mero canal" limitándose a proporcionar un foro para una transacción entre un comprador y un vendedor.[10]

En resumen, para una corriente doctrinaria y jurisprudencial, las plataformas de comercio electrónico responden objetivamente, mientras que, para otros tribunales y opiniones doctrinarias, solo serían responsables cuando han tenido un rol activo en la operación.

Artículo 34. Revocación de aceptación

En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada.

El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor.

Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria.

El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.

(Artículo sustituido por art. 14 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100, 1101, 1110, 1111, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116, del CCCN.*

9. CNACiv., Sala K, "Claps Enrique Martín y otro c/ Mercado Libre S.A. s/ daños y perjuicios", 05/10/2012.

10. CNACom, Sala D, "Kosten, Esteban c/ Mercado Libre S.R.L. s/ ordinario", 22/03/2018.

Según el artículo 1077 CCyCN, un contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyan esa facultad. El supuesto del artículo 34 de la LDC es precisamente un caso de ejercicio de esta facultad.

Dicha norma ha sido reproducida y ampliada por otras posteriores. El artículo 1110 CCyCN establece que

> En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato.
> Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce.
> Si el plazo vence en día inhábil, se prorroga hasta el primer día hábil siguiente.
> Las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación se tienen por no escritos.

El artículo 1111 CCyCN impone al proveedor el deber de informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho.

En cuanto a la forma y plazo para notificar la revocación el artículo 1112 CCyCN establece que debe ser notificada al proveedor por escrito o medios electrónicos o similares, o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados conforme a lo previsto en el artículo 1110.

Como reglamentación de esta facultad de revocación, la Secretaría de Comercio, mediante la Resolución Nº 424/2020 implementó el denominado "botón de arrepentimiento".

La norma mencionada dispone que los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas o aplicaciones *web* deben tener publicado el *link* denominado "botón de arrepentimiento", mediante el cual el consumidor puede solicitar la revocación de

la aceptación del producto comprado o del servicio contratado, en los términos de los artículos 34 de la Ley N° 24240 y 1110 del CCyCN. Por ello, a partir de la solicitud de revocación de la aceptación, el proveedor dentro de las veinticuatro (24) horas y por el mismo medio, debe informar al consumidor el número de código de identificación de arrepentimiento o revocación.

El "botón de arrepentimiento", debe ser un enlace (*link*)[11] de acceso fácil y directo desde la página de inicio del sitio de Internet (*web site*) institucional de los sujetos obligados y ocupar un lugar destacado, en cuanto a visibilidad y tamaño, no dejando lugar a dudas respecto del trámite seleccionado.

Asimismo, al momento de hacer uso del Botón, el proveedor no puede requerir al consumidor registración previa ni ningún otro trámite.

Efectos del ejercicio del derecho de revocación

A partir de la solicitud de revocación de la aceptación, el proveedor dentro de las veinticuatro (24) horas y por el mismo medio, debe informar al consumidor el número de código de identificación de arrepentimiento o revocación. Si el derecho de revocar es ejercido en tiempo y forma por el consumidor, las partes quedan liberadas de sus obligaciones correspectivas y deben restituirse recíproca y simultáneamente las prestaciones que han cumplido, conforme al artículo 1113 CCyCN.

Se ha resuelto que

> Corresponde rechazar la demanda de cobro de pesos, pues si bien surgiría acreditado que la mercadería que la actora compró a distancia no se correspondía con la publicitada, aquella no solo no revocó y no devolvió el producto sino que se quedó con las sillas sin resolver el contrato, aun cuando sabía que no reunían las cualidades por ella consideradas según el catálogo. Tratándose de un contrato de consumo celebrado a distancia, la actora accedió al conocimiento de la cosa a través del folleto y la cosa no fue examinada materialmente en vivo y en directo, por lo que existía el riesgo de que aquella se desilusionara con la representación gráfica, tal

11. Voz inglesa de uso frecuente hoy, en el lenguaje informático, con el sentido de "conexión que se establece entre dos elementos de un hipertexto". Debe sustituirse por los términos españoles *enlace* o *vínculo*: *"Las partes del texto que aparecen resaltadas en color, denominadas enlaces, permiten, al hacer clic sobre ellas, obtener más información".*

como efectivamente aconteció; pero frente a tal circunstancia, al recibir las sillas y no presentar estas las características que estimaba, la reclamante tenía la facultad de revocar el contrato y devolver el producto en el plazo de diez días que se contaban desde la entrega, conducta que no observó.[12]

Imposibilidad de devolución

Cuando no sea posible devolver la prestación objeto del contrato, esta circunstancia no priva al consumidor de su derecho a revocar.

Si la imposibilidad le es imputable, debe pagar al proveedor el valor de mercado que la prestación tiene al momento del ejercicio del derecho a revocar, excepto que dicho valor sea superior al precio de adquisición, en cuyo caso la obligación queda limitada a este último (art. 1114 CCyCN).

Gastos

El ejercicio del derecho de revocación no debe implicar gasto alguno para el consumidor. En particular, el consumidor no tiene que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor de la cosa que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su propia naturaleza, y tiene derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que realizó en ella (art. 1115 CCyCN).

Excepciones al derecho de revocar

De acuerdo al artículo 1116 CCyCN, excepto pacto en contrario, el derecho de revocar no es aplicable a los siguientes contratos:

a. los referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizados o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez;

12. Cámara Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, Sala II, "Spinetta, Flavia c/ Falabella S.A. s/ sumario s/ cobro de pesos", 03/08/2017.

b. los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente;
c. los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.

Artículo 35. Prohibición

Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.

Si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente, aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1097, 1098 del CCCN.*

Con respecto a este artículo de la LDC en comentario, nos parece oportuno destacar lo resuelto en un caso:

> La norma del art. 35 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 prohíbe la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.
> No se prohíbe al proveedor realizar propuestas sobre cosas o servicios no solicitados, sino que lo vedado por el art. 35 de la Ley 24.240 es tener por generados los efectos vinculantes allí descriptos; es decir, que tal propuesta genere automáticamente una obligación a cargo del destinatario por la voluntad unilateral del empresario emisor de la proposición. Tal sería, entre otros, el caso en que se prometa un servicio no requerido por el usuario o colocar al receptor en la condición de deudor por dicho bien o servicio no solicitado. La norma del art. 35 de la Ley 24.240 resuelve de

modo explícito y en favor del consumidor el principio general que surgía del art. 919 del CCiv. [derogado], receptado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a través de los arts. 263[13] y 979.[14]

Al igual de lo que ocurría con el Código Civil, el actual también contiene excepciones por las cuales se atribuye al silencio un valor. Se trata de supuestos en los cuales se entiende que, más allá del ejercicio de un derecho o facultad, se incurre en reticencia en la medida que se esquiva una respuesta que puede entorpecer o perjudicar a los demás; los efectos del silencio ante la comunicación de una oferta resulta una cuestión de notoria importancia para la limitación o eliminación de prácticas abusivas por las que una parte pueda querer conferir al silencio de la otra el sentido de una aceptación de la oferta, imponiéndole vínculos no deseados.[15]

13. N. del A.: Art. 263: "El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes".

14. N. del A.: Art. 979: "Toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta constituye aceptación. El silencio importa aceptación solo cuando existe el deber de expedirse, el que puede resultar de la voluntad de las partes, de los usos o de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes".

15. CFApel. La Plata, Sala I, "C.O.D.E.C. c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Ley de Defensa del Consumidor", Expte. N° 59112/2014, 17/05/2016.

CAPÍTULO VIII
De las operaciones de venta de crédito

Artículo 36. Requisitos*

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad:

a. La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios;
b. El precio al contado, solo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios;
c. El importe a desembolsar inicialmente –de existir– y el monto financiado;
d. La tasa de interés efectiva anual;
e. El total de los intereses a pagar o el costo financiero total;
f. El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;
g. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;
h. Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato.

La eficacia del contrato en el que se prevea que un tercero otorgue un crédito de financiación quedará condicionada a la efectiva obtención del mismo. En caso de no otorgamiento del crédito, la operación se resolverá sin costo alguno para el consumidor, debiendo en su caso

---

* Comentario sobre el artículo 36 por Gonzalo M. Rodríguez.

restituírsele las sumas que con carácter de entrega de contado, anticipo y gastos éste hubiere efectuado.

El Banco Central de la República Argentina adoptará las medidas conducentes para que las entidades sometidas a su jurisdicción cumplan, en las operaciones a que refiere el presente artículo, con lo indicado en la presente ley.

Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía. En los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

(Artículo sustituido por art. 58 de la Ley N° 26993, BO 19/09/2014).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1100, 1378 a 1389 del CCCN.*

La noción de sistema conduce a la idea de conjunto lógico, de integración entre las partes y el todo, presuponiendo un equilibrio. Cuando se trata del sistema financiero, se observa que es una institución jurídica en la cual deben interactuar los sistemas de derecho y economía para lograr una definición de su forma y contenido.

Es una conjunción de arquitectura, interrelación de partes y convenios, normativa, método para impedir o resolver conflictos, regulación y supervisión. No es solo un conjunto de normas, hay un entramado de interrelaciones y estructuras que le dan vida y lo mantienen funcionando.[1]

En este sentido, el sistema financiero no es otra cosa que un conjunto de empresarios especializados y de sectores o mercados a través de los cuales se canaliza la intermediación sobre los "activos financieros" y "monetarios".[2]

1. Elespe, Douglas, "Bancos y mercados de capitales. La arquitectura del sistema. Fundamentos de la regulación y supervisión", Buenos Aires, La Ley 2018-F, p. 911.

2. Gerscovich, Carlos G., *Tratado de Derecho Económico Bancario Público y Privado*, Buenos Aires, La Ley, 2013, T. I, p. 98.

Dicho de otro modo, es el conjunto de instituciones, incluidas las bancarias, medios y mercados, cuyo fin primordial es el de canalizar el ahorro que generan las unidades de gasto como superávit hacia los prestatarios o unidades de gasto como déficit. De esta manera, se permite compatibilizar las preferencias y las necesidades de unos y otros en cuanto a importe, plazo, rentabilidad y riesgo.

El sistema financiero argentino está compuesto básicamente por tres sectores principales, estos son: el Banco Central, los bancos comerciales (sistema bancario) y el público.

Entre las instituciones que lo integran, entre otras, se destacan: a) bancos comerciales; b) bancos de inversión; c) bancos hipotecarios; d) compañías financieras; e) sociedades de ahorro y préstamos para vivienda; f) cajas de crédito.

Según el Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA),[3] el sistema financiero nacional cuenta con setenta y ocho entidades financieras: sesenta y tres bancos (trece bancos nacionales y cincuenta bancos de capitales privados), catorce compañías financieras y una caja de crédito.

En la República Argentina el sistema está regulado especialmente por la Constitución Nacional,[4] y dos leyes que forman la columna vertebral: la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, y la Ley de Entidades Financieras que instituye a dicho Banco como autoridad de aplicación.

Sin perjuicio de ello y de las dificultades prácticas que presenta definir al sistema financiero, en cuanto su alcance y contenido, no existen dudas de lo fundamental que resulta para el desarrollo de cualquier economía.

Los sistemas financieros estimulan el crecimiento, el factor que más incide en la creación de riqueza, la reducción del desempleo y la pobreza. Un sistema financiero con escasos niveles de accesibilidad del público en general, estimula limitaciones al desarrollo y el bienestar.

Nótese incluso que, en los países que tienen restricciones a fuentes alternativas de crédito, el sistema financiero, y en particular los

3. Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, "Información de entidades financieras", diciembre de 2019, Disponible en: https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/PublicacionesEstadisticas/Entidades/201912e.pdf (fecha de consulta 08/04/2020).

4. Se vinculan los arts.: 4, 14, 17, 28, 52, 75 –incs. 4, 6, 11 y 12–, 76 y 126.

bancos, pueden determinar y modificar el trayecto del progreso económico eventualmente planteado por el propio Estado.

Si los sistemas financieros son consistentes, transparentes y cuentan con información confiable, se reducen los costos de transacción, se mejora la asignación de recursos, la liquidez y la accesibilidad.

Por un lado, lo expuesto cristaliza una relevancia y sensibilidad muy significativa del sistema, y por el otro, una fragilidad inherente a la actividad bancaria que es afectada por eventuales desequilibrios macroeconómicos, lo que justifica su mirada atenta y control.

La importancia del sistema, entonces, resulta obvia y siempre ha sido destacada.

De allí que resulte también indispensable, el estado de consistencia que presenta el sistema financiero nacional.

Al respecto, si bien nuestro sistema financiero se encuentra lejos de los más robustos del mundo, al menos desde el punto de vista de la liquidez y solvencia bancaria, a diferencia de lo que ha sucedido en otros momentos de la historia nacional, presenta estándares adecuados para su desenvolvimiento.

Ahora bien, en este escenario de profunda complejidad el derecho del consumidor no solo ocupa un rol relevante, sino que debe acentuarse.[5] En primer lugar, para cumplir con el mandato protectorio previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, y en segundo lugar para que, desde sus directrices tuitivas y su aplicación concreta, se corrijan desviaciones en el funcionamiento del sistema que puedan llegar a afectar su solidez.

5. "La defensa del consumidor se acentúa aún más en los contratos bancarios celebrados con consumidores y usuarios, donde, del otro lado de la relación jurídica se encuentra una entidad bancaria, profesional en la intermediación financiera y cuya finalidad es obtener un rédito en su actividad. Estos contratos, debido a su celebración mediante la adhesión a condiciones generales predispuestas, provocan un contexto propicio para las cláusulas y prácticas abusivas. Por ello aquí, tanto la legislación como el control judicial juegan un papel preponderante para hacer operativo el derecho previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional". CSJN, Recurso de hecho deducido por la actora en la causa "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston N.A. s/ sumarísimo" [Expte. N° CSJ 717/2010 (46-P)/CS1)].

La naturaleza jurídica del derecho bancario

En atención a la importancia de la actividad bancaria que hemos tratado de describir y, muy particularmente, por las normas que la regulan, existe una antigua discusión sobre su naturaleza jurídica.

La cuestión debatida se centra entre quienes consideran que se trata de una actividad de derecho privado, concerniente a la empresa bancaria (incluida en su caso la cambiaria, cuando se halla autorizada), y quienes la consideran de derecho público, criterio que sostuvo ya hace tiempo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.[6]

En la dicotomía expuesta se advierten tres posturas: a) quienes entienden que es un servicio público, b) quienes entienden que es un servicio público impropio (estas dos posiciones son las que entienden que la actividad bancaria es de derecho público), y c) quienes entienden[7] que es una actividad comercial de interés general (posición que representa la postura del derecho privado).

Téngase en cuenta que desde el punto de vista de los bancos la actividad es un negocio, pero que indudablemente excede la esfera privada de la entidad pudiendo afectar intereses más amplios y sensibles. Circunstancia, que explica su regulación tal como lo indicamos en el epígrafe anterior.

De cualquier modo, en razón de las tres posturas existentes con relación a la naturaleza jurídica de la actividad bancaria, a fin de desagregar la discusión e identificar la posición en la cual nos enrolamos, resulta pertinente recordar la noción de servicio público.

Hauriou señalaba que el servicio público es un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la

6. CSJN, "Freiman, Héctor y otro c. BCRA", La Ley, 1985-C, p. 261, citado en Gerscovich, Carlos G., *Consumidores bancarios. Derechos económicos de los bancos y sus clientes*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 46.

7. Con relación a esta última postura, a la cual no adherimos, en función –sintéticamente– de su ponderación privatista y la relativa consideración que hace del rol del Estado en la actividad bancaria, consultar, entre otros, Barreira Delfino, Eduardo, "Naturaleza jurídica de la actividad bancaria", en *Revista de Derecho Bancario y Financiero*, Nº 18, Buenos Aires, IJ Editores Argentinos, 2014.; Fargosi, Horacio P., "La Actividad Financiera privada. Servicio público impropio" en la *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 11 – N º 64, Buenos Aires, LexisNexis, 1978.

satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública.[8] Bielsa señalaba que es toda acción o prestación realizada por la administración pública activa, directa o indirectamente, para la satisfacción concreta de necesidades colectivas, y asegurada esa acción o prestación por el poder de policía.[9]

Gordillo, distingue dos elementos de la noción de servicio público. El primero, es el criterio de que ni la actividad legislativa ni la actividad jurisdiccional se consideran "servicio público" en sentido estricto; o sea, que solo puede hablarse de "servicio público" dentro de la actividad administrativa. El segundo, es que no toda la actividad de la administración pública constituye servicio público, sino solo una parte de ella. Entonces, la actividad estatal solo puede considerarse servicio público en ciertos casos de la actividad de los órganos administrativos, no siendo necesario que la administración misma, mediante sus propios medios y personal, asuma la prestación del servicio público: El servicio público puede ser prestado tanto directamente por la propia administración, como indirectamente a través de un concesionario. "Público es el servicio... cuya gestión es asumida, ya por la administración directamente, ya por una persona o entidad por su encargo o con su colaboración".[10]

Con relación al tema que nos ocupa, Arnold Wald, siguiendo el pensamiento de la doctrina francesa, sostiene que la actividad de los banqueros ha dejado de ser un asunto de carácter privado y citando a Roger Houin, define a la institución financiera atribuyéndole el carácter de instrumento de un servicio público de distribución y regulación del crédito, considerando que prestaría "un verdadero servicio público" o, en todo caso, que la función bancaria se aproxima a la noción de servicio público. La idea de la actividad bancaria como servicio público fue inicialmente lanzada por el prof. Roger Houin en el artículo publicado en la *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* en 1955, siendo seguida por Rives Lange y Vezian. En trabajos más recientes la doctrina destaca que no se trata de un auténtico servicio público sino de una

8. Hauriou, Maurice, "Précis de Droit Administratif", París, 1919, p. 44, en Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Buenos Aires, FDA 2013, T. 8, p. 399.

9. Bielsa, Rafael, "Derecho administrativo", Buenos Aires, 1964, T. I, p. 463, en Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 400.

10. Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. 400.

situación próxima o solo equiparable al servicio público en virtud de la importancia económica y social.[11]

Ahora bien, continuando con la noción de servicio público, la doctrina administrativista ha reconocido una modalidad de servicio público cuyo dato significante es que son prestados por particulares de acuerdo a disposiciones reglamentarias emanadas de la administración. Nos referimos a los servicios públicos impropios.

En efecto, corresponden a la actividad privada de los particulares, quienes prestan dichos servicios de acuerdo a "reglamentaciones" o normas generales emitidas por la autoridad pública, con el objeto de satisfacer necesidades de carácter general.

Por su carácter y naturaleza todas las actividades que son categorizadas como servicio público impropio constituyen un servicio público "virtual", un servicio público por su carácter "objetivo". Entre el llamado servicio público "propio" y el llamado servicio público "impropio", aparte de una analogía jurídica, existe una analogía lógica. Estas últimas circunstancias colocan a las actividades que se ubican bajo la definición de servicio público impropio en el ámbito del derecho público, que se caracteriza porque sus normas, contrariamente a lo que ocurre en el derecho privado, son de "subordinación" del particular o administrado a la Administración Pública; de esto, a su vez, deriva la licitud o juridicidad de la serie de limitaciones que, en defensa del interés general, la Administración Pública puede y debe imponerles a quienes realicen esas actividades (control de precios; control de la calidad de la cosa vendida o de la actividad desarrollada; obligatoriedad de efectuar la prestación al público que la solicite; etc.). Se trata de limitaciones que encuadran en la teoría jurídica general del servicio público. Es el "interés general" a que dichas actividades sirven, el que las ubica en la esfera del derecho público y les da juridicidad a las limitaciones mencionadas. El servicio público impropio constituye, pues, una actividad "privada" situada entre la actividad pública y el comercio

11. Gavalda, Christian; Stoufflet, Jean, "Droit de la banque", París, 1974, Nº 3 y 214; Rodiére, René; Lange, Rives, "Precis de droit bancaire", París, Dalloz, 1973 Nº 5, en Benelbaz, Héctor Á., "El derecho bancario y la Constitución Nacional", en *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1989, pp. 15-16.

privado puro y simple, lo cual le atribuye caracteres singulares que justifican un correlativo tratamiento jurídico.[12]

A partir de lo expuesto, entonces, podrá afirmarse, como lo hace la segunda postura que señalamos *supra* y a la cual adherimos, que la calificación de servicio público impropio de la actividad bancaria resulta de aplicación,[13] toda vez que sus notas tipificantes coinciden con el carácter monopólico del tráfico monetario y cambiario que ejerce el Banco Central de la República Argentina, sumado a los recaudos establecidos para el ingreso y la permanencia de las entidades en el sistema financiero que, a su vez, se encuentra regido por dicho ente.

En definitiva, es en esta situación intermedia propuesta por la noción de servicio público impropio, en la cual la actividad privada sujeta a autorización del Estado demuestra, por un lado, el carácter de negocio privado, y por el otro, la sujeción a la autoridad administrativa, donde jurídicamente se contiene la trascendencia e implicancia que en esencia conlleva ese negocio que desarrollan los bancos.

El rol del Banco Central de la República Argentina

En los epígrafes anteriores, entre otras cosas, hacíamos referencia a la importancia del sistema financiero, es decir lo fundamental que resultaba su solidez para el crecimiento y desarrollo de una economía. Y es dicha importancia y sensibilidad la que justifica[14] la existencia de una banca central.

12. Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. II, 2011, p. 24.

13. Desde hace muchos años es doctrina de la CSJN que la regulación de la actividad financiera y bancaria asumida por el Estado Nacional, delegada en el Banco Central el llamado "poder de policita bancario", y que la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros afecta en forma directa e inmediata todo el espectro de la política monetaria y crediticia en el que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales, en razón de los cuales se ha instituido el sistema de contralor permanente por el Banco Central, que comprende desde la autorización para operar, hasta la cancelación de la misma. Fallos: "Banco de Río Negro y Neuquén", 19/8/63, ED, 6-771, "Banco Regional del Norte Argentino SA", del 19/12/1991, en Gerscovich, Carlos G., *op. cit.*, p. 68.

14. Explica Tavaron que, la actividad financiera, incluida la bancaria, en virtud de sus especiales características, se encuentra especialmente regulada por el Estado, que interviene y establece determinados parámetros para el desenvolvimiento de las

Sin perjuicio de que en los comienzos la creación[15] y establecimiento de las bancas centrales en diferentes países del mundo fue fuertemente debatida, la realidad es que a lo largo del tiempo los estados han instituido para sí un banco central como respuesta a ciertas necesidades que aparecieron en el sistema bancario y financiero.[16]

En efecto, en 1935 se había hecho ya evidente la caducidad del anterior enfoque que justificaba la tutela de los bancos como empresas individuales, dando paso a una nueva concepción presidida por la premisa del cuidado del sistema financiero (incluido el mercado de capitales y el bancario) como un todo, en razón de las imbricaciones o vinculaciones micro (protección del ahorrista) y macro que aquél guarda con la dinámica de la economía, las fluctuaciones cíclicas y la creación del dinero bancario.[17]

Como dice Lipsey, los Bancos Centrales aparecieron y se mantienen también en respuesta a ciertas necesidades. La seguridad en la custodia de las reservas de liquidez de los banco privados y la posibilidad de obtener préstamos, necesitando temporalmente liquidez, para aprovechar oportunidades de inversión en parecidas condiciones a las que estos brindan al público, hicieron que proporcionaran cada vez mayores servicios a los bancos ordinarios, creciendo sus

instituciones que actúan en ella, sin perjuicio del carácter comercial, lucrativo y esencialmente privado de las actividades desarrolladas por tales entidades. Tavarone, Marcelo R., "El Mercosur y la actividad bancaria", en Gerscovich, Carlos G. (dir.), *Derecho bancario y financiero moderno*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 375.

15. Producto de la reforma monetaria y bancaria de 1935 nace el Banco Central de la República Argentina (BCRA) como una entidad mixta con participación estatal y privada, que tenía entre sus funciones la exclusividad en la emisión de billetes y monedas y la regulación de la cantidad de crédito y dinero, así como la acumulación de las reservas internacionales, el control del sistema bancario y actuar como agente financiero del Estado. Se dota así a la autoridad monetaria de instrumentos que posibilitan ejercer el papel de "prestamista de última instancia" y la adopción de políticas anti cíclicas a fin de moderar las fluctuaciones económicas. En 1946 se dispuso la nacionalización del BCRA, y su función prioritaria pasó a ser la de promover el desarrollo económico. De este modo, buscó reducir la proporción de préstamos hacia actividades especulativas, y en contraposición, enfocar los recursos hacia las actividades productivas. Disponible en: http://www.bcra.gov.ar/Institucional/Historia.asp (fecha de consulta 15/4/2020).

16. Solimando, Eugenia M., "Relaciones del Banco Central con el Poder Ejecutivo Nacional", en *Revista de Derecho Bancario y Financiero*, Nº 31, Buenos Aires, IJ Editores, IJ-CCXI-182, 2016.

17. Gerscovich, Carlos G., *op. cit.*, p. 98.

potencialidades para influir en el comportamiento de ellos, y a su través de la totalidad de las economías.[18]

El banco central actúa como el "banco de los bancos" y el regulador de la emisión y circulación monetaria, así como del mercado financiero en su conjunto.

El regulador es en esta materia un especialista técnico (o debería serlo) con una finalidad pública muy específica y un objetivo extrapartidario, por lo que las reglas de política pública deben prevalecer.[19]

Lamentablemente, existen varios antecedentes, en Argentina y en el mundo, que dan cuenta que la disciplina y la autorregulación no han sabido prevenir y contrarrestar el abuso de algunos operadores del mercado financiero para con el público en general. Esas "fallas" del mercado pusieron en evidencia la necesidad que el regulador ocupe un rol más relevante desde la prevención y la regulación.

Las leyes, entonces, deben garantizar la independencia suficiente para custodiar el proceso que lleve a la consecución de los objetivos que justifican la existencia de un ente rector del sistema financiero.

Ahora bien, independientemente de que para algunos autores la función por antonomasia en la banca central moderna es velar por el valor de la moneda,[20] y sin perjuicio de las circunstancias y particularidades de cada país, en sentido general, se advierte una serie de funciones esenciales de las bancas centrales. Entre ellas se encuentran:

a. La emisión monetaria y la regulación de su circulación mediante la participación en el mercado abierto, el mercado de cambios, el crédito y la tasa de interés.
b. La estabilidad monetaria.
c. La custodia y administración de reservas.
d. El dictado de la reglamentación del sistema bancario y cambiario.
e. La regulación del sistema de pagos.
f. La concesión de créditos a las entidades financieras.

18. Lipsey, Richard G., "Introducción a la economía positiva", Barcelona, 1982, p. 661, en Gerscovich, Carlos G., *op. cit.*, p. 433.

19. Elespe, Douglas, *op. cit.*, p. 911.

20. Barreiro Delfino, Eduardo A, "Contratos bancarios de valor cuantificado", en *Revista del Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, La Ley, mayo 2016, p. 10.

g. La participación en la creación y administración de deuda soberana.

Como vemos, las funciones de un banco central son muchas, y para alcanzarlas cuenta con distintos mecanismos de profunda penetración en el mercado y la economía.

Al respecto, Douglas Elespe[21] sostiene que el banco central corre el riesgo de tener la suma del poder político económico, porque con un comunicado o un par de medidas de política monetaria[22] puede generar expansión, contracción monetaria o devaluación, con un efecto redistributivo sobre toda la economía sin necesidad de apelar a leyes, decretos, discusiones parlamentarias o constituyentes.

En ese marco, luego de la fuerte crisis financiera en el año 2008, incluso en los países de tradición más liberal, se admite como imprescindible, para preservar el "buen vivir" del sistema financiero, un rol activo y preeminente de la banca central como un medio para estimular la captación del ahorro y la colocación de créditos con destinos productivos.

En el caso del Banco Central de la República Argentina su rol se encuentra definido en su Carta Orgánica.[23] El artículo 3[24] de dicho instrumento determina que

> El banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social.

Del precepto transcripto surge que el Ente Rector del sistema financiero cuenta con un mandato múltiple, flexible y amplio que supera significativamente a la "estabilidad monetaria".

21. Elespe, Douglas R., "La nueva carta orgánica del Banco Central. Análisis de efectos, oportunidad y conveniencia", Buenos Aires, La Ley 2012-B, p. 938.

22. Miragem, Bruno, "Direito Bancario, Regulación Bancaria y Política Económica", San Pablo, Thomson Reuters, *Revista Dos Tribunais*, 2013, p. 123 y ss.

23. La Carta Orgánica tuvo una sustancial modificación en el año 2012. Hasta esta reforma, la función primaria y fundamental del BCRA era la de "preservar el valor de la moneda".

24. De acuerdo a la reforma operada por la Ley N° 26739.

Para lograr la finalidad señalada, la Carta Orgánica le otorgó una seria de funciones y facultades, entre las que se identifican:

a. Regular el funcionamiento del sistema financiero y aplicar la Ley de Entidades Financieras y las normas que, en su consecuencia, se dicten;
b. Regular la cantidad de dinero y las tasas de interés y regular y orientar el crédito;
c. Actuar como agente financiero del Estado nacional y depositario y agente del país ante las instituciones monetarias, bancarias y financieras internacionales a las cuales la Nación haya adherido, así como desempeñar un papel activo en la integración y cooperación internacional;
d. Concentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos;
e. Contribuir al buen funcionamiento del mercado de capitales;
f. Ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación;
g. Regular, en la medida de sus facultades, los sistemas de pago, las cámaras liquidadoras y compensadoras, las remesadoras de fondos y las empresas transportadoras de caudales, así como toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria;
h. Proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en estas cuestiones.

En el ejercicio de sus funciones y facultades, el banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional, ni podrá asumir obligaciones de cualquier naturaleza que impliquen condicionarlas, restringirlas o delegarlas sin autorización expresa del Honorable Congreso de la Nación.

Lo hasta aquí expuesto, sumado a la constitución como Autoridad de aplicación que surge de la Ley Nº 21526 de entidades financieras, conforman el rol que el Banco Central debe desempeñar en la economía nacional general, y en el sistema financiero en particular.

En definitiva, más allá de los detalles legislativos que generan ciertas disputas o la intensidad con la que las distintas direcciones del Organismo rector realizan los controles y/o aplican las sanciones, la misión que debe cumplir el Banco Central de la República Argentina no es otra que la de velar por la supervisión, la prevención y la regula-

ción del sistema financiero, dentro del ámbito de su competencia, con la clara finalidad de alcanzar la buena salud de las entidades financieras, estimulando el ahorro y las inversiones productivas.

Ahora bien, con relación al tema concreto que nos ocupa, el organismo rector de la banca nacional ha reconocido que, para lograr un sistema económico virtuoso que tenga en cuenta a todos los actores del mercado, es esencial priorizar la protección de los usuarios que interactúan con las entidades bajo su jurisdicción.

En un primer paso, el Banco Central de la República Argentina propuso la creación de varios documentos destinados a salvaguardar a los consumidores en el ámbito de los servicios bancarios. Un ejemplo destacado de esto es la iniciativa que promovió la autorregulación de las asociaciones que agrupan a los bancos y entidades financieras en Argentina a través del "Código de Buenas Prácticas Bancarias". Este instrumento otorgó a las entidades financieras la opción de adherirse o no, pero, lamentablemente, su aplicación ha sido prácticamente nula debido a factores como la falta de difusión entre los usuarios.

A pesar de las disposiciones iniciales de la Ley Nº 24240 de 1993, que establecían que el Banco Central debía tomar medidas para garantizar el cumplimiento de la ley en las operaciones de crédito al consumo, tuvieron que transcurrir veinte años para que comprendiera plenamente su función de proteger con medidas concretas a los usuarios.

En ese marco, la promulgación del Texto Ordenado sobre Protección de los Usuarios de Servicios Financieros por parte del Banco Central de la República Argentina ha provocado una actualización general de la normativa que regula a los bancos, en consonancia con la legislación nacional vigente y las tendencias internacionales más relevantes.

Es a partir de ese instrumento que el Organismo rector establece como criterio general que supervisará el cumplimiento de las normas protectoras de los usuarios bancarios, y en caso de incumplimiento, se aplicarán las sanciones previstas en el artículo 41 de la Ley Nº 21526.

Este enfoque se refuerza con el actual artículo 36 de la Ley Nº 24240, que, de manera similar a su versión anterior, indica que el Banco Central tomará las medidas necesarias para que las entidades bajo su jurisdicción cumplan con lo establecido en dicha ley.

De esta manera, el BCRA amplía su tradicional función de supervisión, asegurando que su control sobre el sistema financiero no esté

aislado de los consumidores y usuarios, sino que garantice una supervisión efectiva para proteger sus derechos de manera adecuada.

El consumidor de crédito

Debemos comenzar por señalar que en nuestro sistema legal carecemos de una legislación integral que aborde exhaustivamente la cuestión del crédito destinado al consumo.

La Ley N° 24240 se limita a contener un solo artículo que aborda algunos aspectos relacionados con las operaciones financieras y de crédito destinadas al consumo.

En este contexto, el artículo 36 de la mencionada ley, como señalan Junyent Bas y Garzino, se erige,

> como un dispositivo en pos de la tutela del consumidor que adquiere un crédito para consumo, pues le brinda una serie de derechos frente al proveedor, al que le impone a éste sanciones ante el incumplimiento y le exige explicar la tasa de interés efectiva anual, le concede un rol importante al BCRA, y finalmente, define la competencia para entender en litigios relacionados con la temática.[25]

Al examinar el contenido de dicho artículo, se observa que en primer lugar impone la obligación al proveedor de informar de manera clara al consumidor y usuario sobre diversos aspectos, entre los cuales destacamos:

a. La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios;
b. El precio al contado, solo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios;
c. El importe a desembolsar inicialmente –de existir– y el monto financiado;
d. La tasa de interés efectiva anual;
e. El total de los intereses a pagar o el costo financiero total;
f. El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses;
g. La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar;
h. Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

25. Junyent Bas, Francisco A.; Garzino, M. Constanza, "El pagaré de Consumo", en *Tratado de Derecho de los Consumidores*, Stiglitz-Hernandez. Ed. La Ley, p. 249.

Como se advierte, el artículo 36, tras su enriquecida redacción a partir de las reformas introducidas por las Leyes Nros. 26361 y 26993, establece una serie de requisitos informativos que deben incluirse de manera obligatoria en el contrato. La omisión de cualquiera de estos requisitos provocan la nulidad absoluta e inconfirmable del contrato, garantizando que el consumidor adquiera un conocimiento real y efectivo de los riesgos inherentes a la relación contractual que se propone establecer.

Este enfoque adquiere una importancia fundamental en la prevención del sobreendeudamiento del consumidor, una problemática lamentablemente común en la sociedad actual, con efectos que repercuten no solo en el individuo, sino en el sistema económico en su conjunto. En este contexto, cualquier análisis relacionado con operaciones de crédito destinadas al consumo o financiación para el consumo debe considerar de manera minuciosa y detallada el artículo mencionado, en consonancia con los objetivos del legislador en el momento de su redacción y promulgación.

Las normas que integran el texto ordenado sobre protección de los usuarios de servicios financieros del Banco Central de la República Argentina

El usuario de servicios financieros

El Texto Ordenado comienza su exposición definiendo con precisión el concepto de "Usuario de Servicios Financieros". En el párrafo inicial del punto 1.1, se establece lo siguiente:

> A los fines de la presente reglamentación, el término ‹Usuario de Servicios Financieros› comprende a las personas físicas y jurídicas que, en beneficio propio o en el de su grupo familiar o social, actúan en calidad de destinatarios finales de los servicios ofrecidos por los sujetos obligados mencionados en el punto 1.1.2. Asimismo, abarca a aquellos individuos que, de cualquier otra manera, se hallen expuestos a una relación de consumo con dichos sujetos. Esta categoría incluye, además, a los deudores de créditos transferidos por las entidades financieras bajo la órbita de la Ley de Entidades Financieras, sin importar si han sido o no debidamen-

te notificados acerca de la cesión de su obligación, así como a los deudores de créditos adquiridos por entidades financieras mediante cesión.

Este enfoque técnico y jurídico del concepto de "consumidor y/o usuario" se sustenta en la Ley N°24240, modificada por la Ley N°26361, sin que la definición haya sido adecuada a la nueva redacción del artículo 1092 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cabe destacar que esto adquiere relevancia en medio de la discusión que ha surgido en torno a la eliminación o reubicación del término "consumidor expuesto" o "*bystander*".

No obstante, no podemos pasar por alto el hecho de que la normativa mantiene a las personas jurídicas dentro del concepto de usuario de servicios financieros. Aunque es claro que una norma de menor jerarquía, como las Comunicaciones aprobadas por el BCRA, no puede contravenir una ley de orden público y de rango constitucional, este punto no carece de importancia. Es relevante porque, en la práctica, desde una perspectiva comercial y económica, los bancos suelen clasificar los productos y servicios brindados a personas jurídicas dentro de la "cartera comercial", en lugar de la "cartera consumo".

La normativa del BCRA, con el fin de definir el concepto jurídico de usuario de servicios financieros, contempla diversos escenarios. En primer lugar, establece que cualquier persona física (actualmente denominada "humanada" según el Código Civil y Comercial) o entidad jurídica que, en beneficio propio o en el de su grupo familiar o social, utilice servicios financieros como destinatario final, se considerará un usuario de servicios financieros.

La identificación de una persona física que se ajuste a esta descripción en el contexto de la actividad bancaria no plantea mayores desafíos. Un ejemplo típico sería una persona física que posee una cuenta de ahorros o una cuenta corriente, o que solicita un préstamo personal para la adquisición de un bien de consumo. En tales casos, estas personas físicas utilizan los servicios bancarios en beneficio propio, actuando como destinatarios finales, es decir, consumen directamente los servicios y productos financieros.

No obstante, resulta más complejo determinar cuándo una entidad jurídica será considerada usuaria de servicios financieros. Para ello, es necesario, en primer lugar, definir qué se entiende por "desti-

natario final" y, a partir de esa definición, determinar si una entidad jurídica puede actuar en calidad de tal.

Los sujetos obligados

El Texto Ordenado sobre Protección de los Usuarios de Servicios Financieros identifica a los sujetos obligados que deben cumplir con sus disposiciones. En este sentido, se establece que:

> 1.1.2. Sujetos obligados: 1.1.2.1 Entidades financieras. 1.1.2.2. Operadores de cambio, por las operaciones comprendidas en las normas sobre "Exterior y cambios". 1.1.2.3. Fiduciarios de fideicomisos acreedores de créditos cedidos por entidades financieras. 1.1.2.4. Empresas no financieras emisoras de tarjetas de crédito y/o compra. 1.1.2.5. Otros proveedores no financieros de crédito alcanzados por las normas sobre "Proveedores no financieros de crédito", excepto que se trate de asociaciones mutuales o cooperativas, por las financiaciones que otorguen. 1.1.2.6. Proveedores de servicios de pago que ofrecen cuentas de pago (PSPCP). 1.1.2.7. Proveedores de servicios de pago que cumplen la función de iniciación (PSI) y prestan el servicio de billetera digital.

La normativa opta por desviarse de la definición conceptual establecida en el artículo 2 de la Ley de Defensa del Consumidor[26] y el artículo 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación,[27] identificando de manera explícita a los actores que participan en el ámbito financiero y poseen la calidad de proveedores de servicios financieros.

Es fundamental tener en cuenta que, al optar por una definición más específica de "proveedor de servicios financieros", se evita la inclusión de situaciones que podrían encontrarse fuera del ámbito de competencia del Banco Central de la República Argentina. Esto se

26. El precepto indicado expresa que proveedor: "Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley…"

27. Artículo 1093. "Contrato de consumo: Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social".

ajusta a lo establecido en el artículo 4 inciso a) de la Carta Orgánica del BCRA, que establece que una de sus funciones es "aplicar la Ley de Entidades Financieras".[28]

Por consiguiente, el BCRA solo puede supervisar a aquellos sujetos que realizan intermediación de recursos financieros. Un "prestamista", por ejemplo, no está sujeto al control del BCRA, pero sí se considera un "proveedor financiero" de acuerdo con las disposiciones de la Ley N° 24240, el artículo 1093 y el artículo 1384 del CCCN.

Además, la normativa estipula que

> Cuando un tercero desarrolle tareas relativas a servicios ofrecidos por los sujetos obligados o en su nombre, ambos serán responsables por el cumplimiento de las presentes normas. Lo anterior deberá establecerse en los instrumentos que acuerden la realización de dichas tareas.

Esta disposición es especialmente relevante en la actualidad y se aplica a una variedad de escenarios, siendo de mayor importancia la tercerización de la comercialización de productos ofrecidos por los sujetos obligados, como tarjetas de crédito o préstamos, que a menudo se realizan mediante ventas a distancia o electrónicas. Reconociendo la dificultad que enfrentan los usuarios para identificar a todos los eslabones de la cadena de comercialización y sus respectivos roles, consideramos que identificar a las empresas que realizan esta modalidad como sujetos obligados facilita la protección de los usuarios de servicios financieros.

No obstante, cabe destacar que subsiste la cuestión de si el Banco Central de la República Argentina posee la competencia para imponer sanciones de acuerdo a la Ley de Entidades Financieras a una empresa que actúa en nombre de un banco, a pesar de no ser una entidad financiera en sí misma.

Derechos básicos de los usuarios de servicios financieros

El BCRA consagra una serie de derechos que garantizan una protección mínima de los usuarios de servicios financieros.

28. Asimismo, el artículo 41 de la misma ley dispone que "Quedarán sujetas a sanción por el Banco Central de la República Argentina las infracciones a la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades".

Los derechos que se enumeran en la normativa resultan coincidentes con los dispuestos por el artículo 42 de la Constitución Nacional.[29]

De esta manera, el texto ordenado recepta el mismo "piso" protectorio que propone la cláusula constitucional.

En efecto, el punto 2.1 del Texto Ordenado prevé que,

> Los usuarios de servicios financieros tienen derecho, en la relación de consumo respectiva, a: la protección de su seguridad e intereses económicos; recibir información adecuada y veraz acerca de las condiciones y costos de los servicios que contraten, así como copia de los instrumentos que suscriban; la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno.

El reconocimiento de tales derechos, en definitiva, condiciona la manera en que los usuarios de servicios financieros desarrollarán su vida en la sociedad moderna, por lo que el quid de la cuestión estará dado por cuál será la actividad que realizará el BCRA a fin de materializar la protección normativamente consagrada.

¿De qué hablamos cuando hablamos de *FINTECH*?

La industria financiera no ha estado exenta de la revolución tecnológica. Si bien, a nivel internacional, los banco y entidades financieras han acompañado en alguna medida el avance tecnológico ofreciendo a sus clientes ciertos productos o servicios mediante el uso de nuevas tecnologías, la realidad es que esta industria se ha mantenido bastante rígida en cuanto a quienes pueden participar y como pueden hacerlo. La aparición de la tecnología financiera implicó la introducción de

29. Artículo 42. "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.
Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.
La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

nuevos actores y nuevas formas de interactuar con los usuarios de servicios financieros.[30]

El término *fintech*[31] es la fusión de las palabras en inglés *finance* (finanzas) y *technology* (tecnología). Es decir, empresas cuya actividad principal es brindar servicios financieros mediante el uso de la tecnología.

Pero, ¿qué son las fintech? ¿son bancos? ¿son empresas que realizan actividades financieras sin intermediación? ¿son empresas que proveen solo herramientas tecnológicas de seguridad, scoring, identidad, etc. a los bancos?

A todas luces el término fintech es impreciso y puede ser todo, o nada, en el despliegue de los negocios financieros.

Veamos. La actividad financiera viene utilizando desde hace un tiempo considerable diferentes herramientas tecnológicas: pensemos simplemente en el desembarco de los cajeros automáticos (*Automated Teller Machine* –ATM–) en nuestro país, o la implementación de ciertos sistemas informáticos y dispositivos electrónicos para las compras con tarjetas de créditos o débito.

Sin embargo, la palabra fintech no fue utilizada para identificar a los ejemplos expuestos en el párrafo que antecede desde su surgimiento. El término en realidad es contemporáneo.[32]

Por ese motivo, parecería que la expresión fintech se emplea apropiadamente para identificar a una tecnología, con un elevado grado de sofisticación, que provoca una innovación significativa en la manera

30. Chomczyk, Andrés, "Reflexiones sobre el incipiente marco legal de la industria fintech en Argentina", en *Revista de Graduados de Derecho de la Universidad Austral,* Buenos Aires, IJ Editores, 2017.

31. Para un profundo estudio de la cuestión consultar Provenzani Casares, Ariel E., "Fintech. Entre vaguedades, conceptos, concepciones, definiciones persuasivas y marcos regulatorios", en Mora, Santiago J.; Palazzi, Pablo A. (comp.), *Fintech: Aspectos legales,* Buenos Aires, Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad de la Universidad de San Andrés, CDyT, 2019, T. I, p. 35 y ss.

32. El Foro Económico Mundial entiende que el término *fintech* se torna relevante con la revolución tecnológica que sucedió en los últimos años y que ha permitido a empresas distintas de las entidades financieras tradicionales comenzar a competir con estas últimas en diversos verticales del negocio financiero, por lo que acotan el ámbito de la materia a las actividades de esas empresas. Consultar World Economic Forum, "Beyond Fintech: A Pragmatic Assessment Of Disruptive Potential In Financial Services", agosto de 2017. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/Beyond_Fintech_-_A_Pragmatic_Assessment_of_Disruptive_Potential_in_Financial_Services.pdf

en que es prestado un servicio financiero en el ecosistema digital, con presidencia del entorno físico.

El diccionario de Oxford describe al término fintech como aquellos programas de computación y otras tecnologías utilizadas para brindar o hacer posibles servicios bancarios y financieros. Por su parte, el Consejo de Estabilidad Financiera –organismo encargado de supervisar el correcto funcionamiento del sistema financiero internacional– utiliza el término fintech para referirse a la innovación en los servicios financieros posibilitada por la tecnología, que podría dar lugar a nuevos modelos empresariales, aplicaciones, procesos o productos y podría conllevar efectos asociados significativos en los mercados e instituciones financieros y en el modo en que se prestan los servicios financieros.[33]

En tanto, la Asociación Española de Fintech e Insurtech engloba dentro del término fintech a aquellas actividades que impliquen generalmente el empleo de la innovación y los desarrollos tecnológicos sobre el Sector Financiero, aportando un valor diferencial sobre la forma en que los productos y servicios financieros son concebidos por la Industria Financiera y por los consumidores.[34]

En concreto, estas definiciones nos permiten concluir que el concepto fintech consiste en la aplicación al sector financiero de la innovación tecnológica, generando nuevos servicios o transformando los existentes, en el entorno digital, y donde la experiencia del usuario se constituye como un aspecto central de la prestación.

Entonces, ¿las *fintech* son bancos?

La respuesta es rotundamente negativa, lo cual no quiere decir que los bancos no puedan utilizar herramientas fintech.

El dato relevante que caracteriza a las entidades financieras, al menos como tradicionalmente se lo ha entendido[35] y como se encuentra

33. Kulik, Alejandro E., "Regulación de la Industria Fintech. Marco aplicable en la República Argentina", en *Suplemento Especial Legal Tech*, Buenos Aires, La Ley, 2018, p. 139.

34. Asociación Española de Fintech e Insurtech, "Libro Blanco de la Regulación Fintech en España", 2017, p. 12. Disponible en: https://asociacionfintech.es/wp-content/uploads/2018/06/AEFI_LibroBlanco_02_10_2017.pdf, citado por Kulik, Alejandro E., *op. cit.*

35. Entendemos que el concepto de intermediación financiera como actividad justificante de la regulación del sistema financiero, tal como hoy la conocemos, debe ser profundamente debatido. La aparición de múltiples factores, fundamentalmente los tecnológicos, ampliaron las fronteras de "lo financiero" (desde lo cualitativo y lo cuantitativo). En la actualidad existe una oferta masiva y permanente de nuevos productos

regulado, es la intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros,[36] y para que ello suceda resulta necesario contar con la autorización expedida por el Banco Central de la República Argentina.

Por el contrario, las empresas fintech actúan sobre un vertical del negocio financiero y no sobre la intermediación general de recursos financieros, reitero, tal como hoy la conocemos.

Ahora bien, el surgimiento de las fintech no fue producto del azar, sino que existen causas bien definidas que provocaron la aparición de estas empresas.

La revolución tecnológica, indudablemente, constituye la primera causa determinante, pero no es la única. El cambio generacional de los usuarios de servicios financieros, o mejor dicho la convivencia contemporánea de, al menos, seis marcos históricos y cognoscitivos muy distintos en un mismo tiempo y lugar,[37] también es un dato significativo que obligó al negocio financiero a reinventarse teniendo en cuenta las particularidades de los nuevos clientes. Y por último, la crisis financiera del 2008[38] que provocó una pérdida de confianza masiva en el tradicional sistema financiero.

---

bancarios que ni siquiera podían ser imaginados cuando surgieron los bancos, sumado a que el público usuario se ha incrementado notoriamente. Hasta no hace mucho tiempo el perfil del cliente bancario era más elitista, alcanzando a capas sociales muy específicas y de alto poder adquisitivo, por el contrario, en el actual contexto, si bien la falta de inclusión financiera es importante, no puede negarse que la cantidad de usuarios del sistema se ha incrementado exponencialmente. Por otra parte, también corresponde indagar, en esta nueva construcción del concepto de intermediación financiera, en cómo se fondean las *fintech*, pues si bien es conocido el "otorgamiento de financiaciones con capital propio", puede suceder que a ese fin se utilice el sistema financiero de manera indirecta generando riesgos que deben ser atendidos.

36. Ley N°21526, art. 1.

37. Para ampliar las particularidades de las generaciones que conviven en la actualidad y que han reconfigurado el marco social consultar el profundo análisis elaborado por Álvarez Larrondo, Federico M., "El nuevo "Derecho Artificial". Desafíos para el derecho en general", en Álvarez Larrondo, Federico M. (dir.), *Inteligencia Artificial y Derecho*, Buenos Aires, Hammurabi, 2020, p. 18 y ss.

38. En prieta síntesis que esperamos que el lector sepa disculpar, podemos afirmar que el *crack* financiero vivido por el mundo entero a partir del año 2008 parte del deseo de acceso a la vivienda propia por parte de los consumidores y una defectuosa calificación del riesgo financiero. En efecto, el sector financiero estadounidense comenzó a facilitar créditos garantizados con hipotecas a personas de bajos ingresos. Esa apertura financiera generó una fuerte presión sobre la demanda de bienes inmobiliarios, con la consecuente suba de precios de las propiedades. A su vez las entidades bancarias continuaron otorgando

En la República Argentina existe un relevante ecosistema fintech. Existen 330 compañías,[39] la mayoría constituidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que despliegan su actividad sobre distintos verticales: *big data*, *crowdfunding*, *crowdlending*, criptomonedas, *trading*, *blockchain*, forex de criptomonedas, proveedores de servicios de pago, préstamos *online*, préstamos P2P, insurtech, etcétera.

Este nuevo ecosistema genera múltiples beneficios,[40] entre los cuales podemos destacar: a) la acreditación de dinero en el momento sin necesidad de un vínculo previo; b) la masificación del acceso al servicio financiero en zonas geográficas de difícil acceso; c) la posibilidad de contar con liquidez sin necesidad de trasladarse físicamente; d) la compraventa de monedas no soberanas; e) el otorgamiento de financiaciones en masa a bajo costo sin intermediarios; f) la generación de empleo en la misma industria y en los proyectos que ella financie; g) la adquisición de bienes y servicios sin necesidad de contar con dinero físico.

Sin perjuicio de los beneficios enumerados, las fintech no dejan de desarrollarse sobre una actividad sensible como es la financiera, en competencia directa con las clásicas entidades financieras, y pese a que aquellas no realizan intermediación habitual entre la oferta y

financiaciones hipotecarias a personas que no contaban con capacidad de repago, lo que a su vez provocó un estrés económico mayor. Esos préstamos hipotecarios masivos generaron las conocidas "hipotecas *subprime*", evidenciando un desfasaje entre el monto de las deudas y el precio de las propiedades que las garantizaban. Las entidades financieras a fin de mantener sus niveles de riesgo comercializaban esos activos (deudas por cobrar), pero resultaban tóxicos pues tenían una alta probabilidad de incobrabilidad sumado a que los inmuebles en garantía se encontraban representados por un precio irreal. A su vez, por efecto de la desregulación financiera, se configuró un proceso donde esas deudas tóxicas eran "empaquetadas" en un nuevo producto financiero, el cual era comercializado libremente en diferentes mercados del mundo a través de diferentes bancos de inversión. Esta dinámica de especulación y alza de precios llevó a un recalentamiento de la economía, hasta que se produjo el colapso del sistema. Los consumidores de crédito no tuvieron capacidad de repago, las entidades financieras perdieron liquidez y los bancos sufrieron importantes pérdidas, lo que también generó una fuerte caída de los portafolios de los bancos de inversión a nivel mundial. Finalmente, en septiembre del año 2008, Lehman Brothers se declaró en quiebra y los efectos negativos de ese estallido se propagaron a todo el sistema financiero. Al respecto consultar: Stiglitz, Joseph E., *Free Fall: Free Markets and the Sinking of the Global Economy*, New York, W. W. Norton & Company, 2010.

39. Disponible en: https://camarafintech.org/

40. Oltavares, Juan J., "El status jurídico de las empresas Fintech y el desafío que supone su regulación", en *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, Nº 19, Buenos Aires, IJ Editores, 2018

demanda de recursos financieros, los riesgos que conllevan tal actividad, si bien con diferente intensidad, no se neutralizan.

Por el contrario, la actividad financiera llevada a cabo por la fintech puede materializar daños sistémicos que merecen ser atendidos.

¿Regular o no regular? Esa es la cuestión

Las nuevas empresas de base tecnológica que irrumpieron en los últimos años en diversas industrias, muchas de ellas tradicionales, generan muchos beneficios, pero también múltiples interrogantes.

Las fintech no escapan de ese fenómeno, sobre todo cuando realizan sus operaciones en el ámbito financiero, el cual se encuentra altamente regulado.

Anteriormente decíamos que las fintech no realizan intermediación financiera, pero ello no es excusa para rechazar *a priori* una posible regulación[41] que permita mitigar los riesgos que implican comercializar en aquel contexto tan sensible.

En el mundo existen diferentes modelos regulatorios que parte de la misma justificación: el despliegue de la actividad en el sector financiero, la competencia[42] con los jugadores tradicionales del sistema, la protección del consumidor y el manejo de datos.

México fue el primer país del mundo en contar con una *ley fintech*; fue sancionada el 9 de marzo de 2018 bajo la denominación "Ley para regular las instituciones de tecnología financiera".

La ley divide a la actividad de las fintech en tres áreas: a) pagos electrónicos; b) financiamientos colectivos; y c) activos virtuales. Esta clasificación parece ser muy apropiada teniendo en cuenta la gran variedad de modelos de negocio que pueden desarrollar las fintech, así como el interés que puede tener el estado en ejercer el control. Es decir, no parecería justo someter al mismo régimen de control a una

41. Bericua, Mariana; Palazzi, Pablo A.; Mora, Santiago J., "Breve introducción al Derecho Fintech", en Mora, Santiago J.; Palazzi, Pablo A. (comp.), *op. cit.*, p. 27.

42. Uno de los principales argumentos de la banca a fin de solicitarle a los Estados que emitan regulación para el ecosistema *fintech*, es la competencia desleal a la que están expuesto. Exponen que los costos regulatorios que tiene un banco, y no las fintech, afectan sensiblemente las condiciones de oferta de productos financieros.

Fintech que otorga créditos para consumo en el acto, que a otra que creó y se dedica a administrar una moneda virtual.[43]

De todas maneras, lo interesante es que se incorpora a las empresas de tecnología financiera como parte del sistema financiero nacional, y se establece que la regulación será a cargo de la Secretaría de Hacienda, con principios de inclusión e innovación financiera, promoción de la competencia y protección del consumidor. De este modo, para operar, las compañías deben obtener una autorización de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.[44]

La ley establece también que, para la protección de los consumidores y usuarios, las empresas deberán contar con la separación entre los fondos propios de las instituciones de financiamiento colectivo y los de los usuarios, de tal manera que no queden implicados en procedimientos de quiebra y que estén protegidos de los reclamos de acreedores. Asimismo, que aquellas empresas cuyas operaciones impliquen recibir fondos de usuarios y convertirlos en fondos electrónicos puedan recolectar dichos fondos en moneda de curso legal local o extranjera y también en criptomonedas o activos virtuales. Para ello, los *exchange* y empresas de criptocarteras deberán operar como instituciones de fondos de pago electrónico y obtener una licencia para manejar activos virtuales.[45]

Por su parte, el Reino Unido destacó rápidamente la importancia del ecosistema fintech y adoptó una particular posición regulatoria a través de la *Financial Conduct Authority*, quien lanzó el *Project Innovate*,[46] dentro del cual implementó los *Regulatory Sandboxes*, el *Request Direct Support* y las *Advice Units*.

Los bancos de prueba o *sandboxes* constituyen una propuesta regulatoria interesante. Son espacios de experimentación controlados que permiten a las empresas innovadoras operar, junto a usuarios y reguladores, por un tiempo preestablecido y bajo condiciones determinadas. Por medio de esta modalidad, las empresas fintech pueden testear sus productos mientras los reguladores analizan el negocio, su desenvolvimiento y sus riesgos.

43. Oltavares, Juan J., *op. cit.*

44. Branciforte, Fernando O., "Análisis de las comunicaciones "A" 6859 y "A" 6885" del BCRA. Su implicancia para las empresas *fintech*, usuarios y consumidores de sus servicios, en edición especial *FINTECH*, 2020-A, La Ley, 19/02/2020, p. 2.

45. Branciforte, Fernando O., *op. cit.*

46. Disponible en: https://www.fca.org.uk/firms/innovation

Los *sandboxes* del Reino Unido, permiten la participación tanto de entidades reguladas como no reguladas, debiendo para ello acreditar las siguientes circunstancias: i) que proponen una solución disruptiva en el sector regulado, ii) que los servicios ofrecidos resultan inéditos en el Reino Unido, iii) que la comercialización de esos servicios a gran escala puede redundar en beneficios para los consumidores, iv) un modelo de negocio consistente, v) que han invertido recursos suficientes para analizar la regulación y mitigar los riesgos y vi) que están en condiciones de operar y probar sus servicios en un entorno real.

Con el objetivo de mitigar los riesgos asociados a los servicios bajo prueba y evitar que estos generen perjuicios a los clientes que participan de la prueba, la *Financial Conduct Authority* plantea diferentes esquemas de protección, tales como: restringir la participación en las pruebas solo a aquellos clientes que hayan prestado su consentimiento, exigir a las empresas que cuenten con recursos suficientes para afrontar los daños que pudieran producirse, otorgar a los clientes los mismos derechos que poseen los consumidores de la entidades supervisadas y, finalmente, determinar en cada caso medidas de transparencia, protección y compensación.[47]

Por último, en Asia, el fomento de la innovación y la tecnología se ha regulado siguiendo el modelo inglés, mediante s*andboxs*, entre los cuales Hong Kong, Singapur y Malasia compiten directamente entre sí y hasta con Australia.

La regulación asiática de las fintech también contempla los índices de estabilidad financiera, en particular cuando se vincula con transacciones de criptomonedas y la transformación del *blockchain*.

En ese sentido, las reglamentaciones contienen principios de responsabilidad y de ejecución de sanciones contra irregularidades en el levantamiento de fondos por empresas y *gatekeepers* para proteger a los ciudadanos vulnerables, además de avocarse al envío de dinero y los microcréditos, sumados al diseño e innovación de otros productos financieros.[48]

47. Kulik, Alejandro E., *op. cit.*

48. Estoup, Luis A., "Cómo regular las fintech en Latinoamérica", Buenos Aires, La Ley, 2019-F, 04/12/2019, p. 1.

El marco regulatorio en la República Argentina

Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una ley específica que regule a las empresas fintech y la actividad que desarrollan. Sin embargo, la ausencia de una legislación particular, no implica el desconocimiento de una importante cantidad normas que sí son aplicables.

En general las empresas fintech se constituirán como personas jurídicas, por lo que deberán dar cumplimiento a las normas que integran el derecho societario, comercial, tributario, etcétera.

Ahora bien, el Código Civil y Comercial de la Nación, siendo que es un régimen general, contiene muchas normas que resultan de aplicación a toda la actividad fintech.

En primer lugar, corresponde mencionar, en materia de teoría general del acto jurídico, a los documentos digitales.

El artículo 286 del CCCN establece que

> La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Dicho precepto, debe ser analizado en conjunto con lo que señala el artículo 288 del CCCN:

> La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

Una interpretación literal de los preceptos transcriptos llevaría a concluir que un instrumento electrónico solo admite el uso de firma digital para que el requisito de la firma se encuentre cumplido.

La cuestión no resulta baladí, toda vez de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 287 del CCCN, si se considera que un documento electrónico con firma electrónica no satisface los requisitos de la firma según el ya transcripto artículo 288, estaríamos en presencia de un

instrumento particular no firmado,[49] el cual puede llegar a tener cierto valor probatorio, pero no tiene la contundencia que tiene la firma a los efectos de determinar la autoría de la declaración de voluntad.

Lo expuesto, se relaciona íntimamente con los dispuesto por la ley de firma digital, instrumento normativo que también resulta de aplicación a la actividad fintech, en atención a las categorías de firma digital y firma electrónica.

Al respecto, entendemos que el codificador ha sido claro y no hay demasiado margen para la interpretación. Donde menciona a la firma digital como supuesto de equiparación de la firma ológrafa, no puede suponerse que desconocía los efectos de aquella categoría y, en verdad, quiso decir "firma electrónica".

Por otro lado, continuando con el Código Civil y Comercial de la Nación, también serán de aplicación las previsiones contenidas en la teoría general del contrato.

En particular, lo dispuesto en materia de contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas, contratos conexos y contratos de consumo.

Con relación a los contratos de consumo, específicamente se prevé la contratación en el entorno digital (arts. 1105 y ss. del CCCN) donde, si bien toda la tutela resulta aplicable, se hace hincapié en la obligación de información.

Estas normas deben conjugarse con lo dispuesto por la ley de defensa del consumidor,[50] toda vez que también se regula la contratación electrónica[51] y las operaciones financieras para el consumo.[52]

Desde el punto de vista normativo, el marco jurídico aplicable a la industria fintech se completa con la Ley N°25326 "de protección de datos

49. Al respecto ver lo resuelto en autos: "Wenance SA c/ Melgarejo, Sandra Isabel s/ Ejecutivo" (Nº 34.927/2019), Juzgado Nacional en lo Comercial 24, Secretaría 24, 13/2/2020. Y en autos: Wenance SA c/ Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo (Nº 34889/2019), Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 23, Secretaría 46, 14/02/2020.

50. El sistema de protección de consumidores y usuarios resultará aplicable si previamente se constata la existencia de una relación de consumo. Es que la vinculación que une al consumidor y el proveedor, de acuerdo a lo previsto por el art. 3 de la Ley N°24240, es el disparador natural de toda la regulación tuitiva.

51. Ley N° 24240, arts. 33-35.

52. Ley N° 24240, art. 36.

personales", la Ley N°27349 "de apoyo al capital emprendedor" y la Ley N°27506 "régimen de promoción de la economía del conocimiento".

Por último, existen normas emitidas por el Banco Central de la República Argentina, muchas de ellas a partir de la experiencia recogida en la mesa de innovación financiera,[53] que también alcanza a algunos verticales de la industria fintech.

Me refiero a las que regulan: a) depósito electrónico de cheques; b) ECHEQ. cheque electrónico; c) sistema electrónico de pagos; d) alias CBU; e) pago electrónico inmediato; f) DEBIN; g) plataformas digitales de pago; h) apertura de cuentas a distancia; i) protección de usuarios de servicios financieros; j) asistencia crediticia a proveedores no financieros de crédito.

La protección del consumidor de crédito *FINTECH*

Fundamentalmente, y siempre que un caso se advierta una vinculación entre un consumidor y una empresa fintech (proveedor), en los términos dispuestos por el artículo 3 de la Ley Nº 24240 de defensa del consumidor y los artículos 1092 y 1093 del CCCN, todo el conjunto de normas pertinentes[54] que conforman el sistema de protección jurídica de los consumidores y usuarios serán de aplicación.

53. El 7 de febrero de 2019, el BCRA resolvió formalizar la Mesa de Innovación Financiera (MIF) como un espacio de diálogo entre actores públicos y privados para elaborar propuestas vinculadas a medios de pago, crédito y ahorro y tecnología aplicada a los servicios financieros. La Mesa propone una conversación con diferentes sectores de la industria financiera que participan en la transformación digital de los negocios, balanceando la solidez del sistema financiero con los beneficios de la innovación. En este marco se presentan iniciativas y emprendimientos basados en tecnología para la prestación de servicios financieros, tanto por parte de entidades reguladas directamente por el BCRA como de otras organizaciones. La MIF cuenta con representantes de entidades financieras, organismos del sector público/reguladores, redes cajeros automáticos, empresas *fintech*, consultoras, adquirentes y procesadores de pago, mercado de valores y cámaras compensadoras, entre otros. Funciona en grupos especializados con ejes establecidos según los intereses de los participantes y del regulador. Hoy se concentran en: Medios e Infraestructuras de Pagos (MIP); Soluciones Blockchain (BLK); Tecnologías y Sistemas Transversales (TST) y Canales Alternativos de Crédito y Ahorro (CAL). Disponible en:http://www.bcra.gov.ar/Noticias/Mesa-innovacion-financiera.asp; consultar también http://www.bcra.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Innovacion_financiera.asp

54. Solo por enumerar algunas aquellas referidas al deber de información, oferta, publicidad, contratación de créditos para el consumo, cláusulas abusivas, contratación a distancia, etc.

A ello también debe añadirse, las normas correspondientes del Código Civil y Comercial de la Nación,[55] pertenecientes a la teoría general del acto jurídico, a la teoría general del contrato y, en particular, al contrato de consumo, como así también a las disposiciones de la Ley Nº 25506 de firma digital y de la Ley Nº 25326 de protección de datos personales.

Ahora bien, más allá del marco jurídico descripto resulta oportuno resaltar algunas particularidades que, si bien pueden advertirse en el otorgamiento "físico" de un crédito, se profundizan cuando ese otorgamiento se realiza en su totalidad en el ecosistema digital.

Puntualmente me refiero a la evaluación crediticia del consumidor y a la ejecución del crédito eventualmente adeudado.

Con relación al primer punto (scoring), las fintech suelen valerse de las bases de datos tradicionales, pero también de otras fuentes innovadoras como son la reputación en sitios de *e-commerce*, información en redes sociales, etcétera combinado con la utilización de inteligencia artificial para decidir el otorgamiento del crédito o su rechazo.[56]

Tal circunstancia induce algunos interrogantes que se vinculan con la obligación de informar que se ubica en cabeza de la fintech proveedora ante el rechazo del crédito.

En efecto, el artículo 1387 del CCCN, en su segundo párrafo, establece que

> Si el banco rechaza una solicitud de crédito por la información negativa registrada en una base de datos, debe informar al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de donde la obtuvo.

Resulta claro que el precepto transcripto se refiere a la obligación que se encuentra a cargo de una entidad financiera[57] en el marco de un contrato bancario de consumo, pero suponiendo que dicha disposición pudiera aplicarse analógicamente a la relación financiera fintech

55. Artículo 1105. "Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa".

56. Cane, Marcos; Heffes, Julieta; Sánchez, Sol, "Las fintech y la oferta de crédito online: una aproximación a *sus aspectos jurídicos"*, en Mora, Santiago J.; Palazzi, Pablo A. (comp.), *op. cit.*, T. I, p. 340.

57. Ley Nº 21526, arts. 1, 2 y 3.

de consumo (lo que a nuestro criterio sería procedente). ¿Cómo cumpliría en informar la *fintech* proveedora el rechazo de un crédito basado en la utilización de un algoritmo que utiliza variables no tradicionales –vg. redes sociales–? ¿Deberá explicar su algoritmo, exhibir cuales son los aspectos que pondera y en qué medida?

Eventualmente, la utilización de esas variables no tradicionales, ¿puede generar un trato indigno del consumidor? ¿Una práctica abusiva?

Sus respuestas dependerán de cada caso y el análisis concreto de la conducta desarrollada por el sujeto fuerte de esa vinculación jurídica.

En segundo lugar, resaltamos como aspecto relevante a la ejecución del crédito ante la falta de pago.

Dicho extremo, en el "mundo físico" generó algunos debates cuando las ejecuciones de crédito se fundaban en lo que se denominó el "pagaré de consumo"[58] y no se presentaba en el proceso el contrato de crédito para consumo.

Pero como ya lo mencionamos, en el entorno digital aquello se torna aún más complejo.[59]

Ello así, toda vez que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 288 del CCCN, en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

De esta manera, no existe base legal que autorice a considerar que la firma electrónica –art. 5 de la Ley N° 25506– (la cual es comúnmente utilizada para este tipo de contrataciones), resulte equivalente a la firma ológrafa; lo que en definitiva obstaculiza la posibilidad de acudir a un procedimiento preparatorio de una eventual ejecución del crédito adeudado.

Dicho de otro modo, entendemos que en el estado actual de la legislación, únicamente se podrá preparar la vía ejecutiva (o al menos cumplir con uno de sus requisitos de admisibilidad) siempre que en el instrumento surja la utilización de la firma digital en los términos del artículo 2 de la Ley N° 25506.

58. Álvarez Larrondo, Federico M.; Rodríguez, Gonzalo M., "La extremaunción del pagaré de consumo", La Ley, 17/10/2012.

59. Juz. Nac .en lo Comercial Nº 24, "WENANCE S.A. c/ Melgarejo, Sandra Isabel s/ Ejecutivo" Nº 34927/2019, 13/2/2020. Y Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 23, "WENANCE S.A. c/ Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo" Nº 34889/2019, 14/2/2020.

CAPÍTULO IX
De los términos abusivos y cláusulas ineficaces

Artículo 37. Interpretación*

Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

a. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;

b. Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;

c. Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 990, 991, 1100, 1117 a 1122 del CCCN.*

En el contexto de la globalización y el desarrollo de la sociedad moderna, los contratos de consumo se han convertido en una parte fundamental de la vida cotidiana.

En materia contractual, históricamente la autonomía de la voluntad ha sido un eje fundamental de la legislación de fondo. Los contratos nacían para ser cumplidos y las partes tenían plena libertad para establecer el clausulado del contrato que los compelía a cumplir con lo pactado como si fuese la ley misma.

---

* Comentario sobre los artículos 37 a 39 por María Celeste Colombo.

Sin embargo, tal como se ha visto a lo largo de esta ley comentada, la relación existente entre proveedor y consumidor es asimétrica por naturaleza.

El proveedor es, en esencia, el que posee la *expertise*, es el profesional en su materia. En otras palabras, el proveedor es quién goza de una posición de superioridad respecto del consumidor.

Esta faceta dominante se advierte incluso antes de la configuración de la relación contractual ya que la parte fuerte del contrato es quién muchas veces tiene la capacidad de redactar su clausulado a medida de sus necesidades. Así, no es infrecuente que se incluyan en el contrato de consumo estipulaciones perjudiciales a los intereses del consumidor, o bien que solo redunden en beneficiosas solamente para el proveedor.

En el contexto de un contrato de consumo este tipo de cláusulas causan un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, y en particular son impuestas en detrimento de los derechos de consumidores y usuarios. Por tal motivo las distintas legislaciones han previsto la inclusión de este tipo de cláusulas no solo prohibiéndolas, sino que además se las tiene por no escritas.

En el ámbito contractual esta afectación a la autonomía de la voluntad, que se verifica en perjuicio de la parte más débil, importa un abuso del derecho por parte de uno de los contratantes, lo que desnaturaliza el contrato, y afecta el principio de la buena fe que deben respetar las partes como eje de todo vínculo contractual.

Asimismo, no es algo novedoso en nuestro ordenamiento, por lo que podemos soslayar que

> …lo que hoy conocemos como cláusulas abusivas fueron inicialmente señaladas como cláusulas exageradas, para cuya protección se acudía a los principios generales del Código Civil, en particular, a las figuras del abuso del derecho, la lesión y el principio de la buena fe, entre otros.[1]

En nuestro país, la Ley N° 24240 se convirtió en la primera norma regulatoria en materia de cláusulas abusivas y contratos de consumo.

Actualmente, el Código Civil y Comercial de la Nación legisla en materia de cláusulas abusivas, tanto en los contratos paritarios,

1. Müller, Enrique, "Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor", en *Revista de derecho privado y comunitario*, N° 1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 185.

es decir aquellos discrecionales y negociados en pie de igualdad (artículo 960 del CCyCN).

En los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas donde una de las partes predetermina el contrato que la otra debe aceptar indefectiblemente (artículo 988 CCyCN); y finalmente en los contratos de consumo (artículo 37 de la LDC).

Como se podrá advertir nuestra normativa protege a los contratantes de manera diferenciada según una de las partes tenga menor posibilidad de ejercer su autonomía contractual en virtud de la posición dominante de la contraparte. La idea central del codificador es restringir la posibilidad de celebrar contratos donde uno de los contratantes pueda de antemano limitar deliberadamente derechos en perjuicio de la otra parte del contrato.

Concepto de cláusula abusiva. Cláusulas ambiguas

En la teoría general del contrato, las partes en un contrato están obligadas a respetarlo y a observarlo como a la ley misma. Esto es lo que se denomina el efecto vinculante de los contratos, y esta obligatoriedad que emana del vínculo contractual tiene su razón de ser en la autonomía de la voluntad.

Así, la consagración legislativa del principio de autonomía de la voluntad significa el reconocimiento de

> … la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa, además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos.[2]

En la actualidad, y a los fines de garantizar la plena autonomía de la voluntad contractual es que el ordenamiento jurídico tiene un especial reparo en proteger la real igualdad entre las partes a la hora de contratar. Por lo que el legislador ha establecido

> … numerosas disposiciones que tienen este sentido, en las reglas sobre contratos celebrados por adhesión y en las referidas a las relaciones de

2. Stiglitz, Rubén, "Comentario al art. 958", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, T. V, p. 537.

> consumos. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora permitiendo que los contratantes se expresen en un pie de igualdad. Por ello es una garantía procesal y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar el consentimiento.[3]

Así, es dable advertir que en algunos tipos contractuales una de las partes se encuentra en un marco de desigualdad, donde no puede consentir libremente el contenido del contrato que suscribe ni ejercer de manera real su plena autonomía de la voluntad. En el entendimiento de que hay contratos donde la parte débil merece una especial protección es que hace pie la noción de cláusula abusiva junto a su esquema protectorio.

La ley consumeril no contiene una definición de cláusula abusiva.

Sin embargo, una norma actualmente derogada establecía el concepto de cláusula abusiva. El artículo objeto de comentario estaba reglamentado por el Decreto N° 1798/1994 que en su artículo 37[4] señalaba que "se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".

En la actualidad, la Ley N° 24240 mantiene silencio en torno a una conceptualización del término cláusulas abusivas. En nuestro ordenamiento jurídico la ley de fondo en su artículo 1119 es quién trae luz al asunto al señalar los parámetros que caracterizan a la cláusula abusiva.

Así, el artículo 1119 del CCyCN fija como regla general que "…es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor".

Por lo expuesto, y en una aproximación al concepto de cláusula abusiva, podríamos definirla como toda aquella estipulación contractual no negociada individualmente por las partes, que contraría las exigencias de la buena fe causando un perjuicio a una de las partes al generar un desequilibrio importante en sus derechos y obligaciones.

Este tipo de cláusulas pueden advertirse en el derecho de consumo cuando el proveedor las introduce en el contrato de manera no

3. Stiglitz, Rubén, "Comentario al art. 960", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, p. 541.

4. Como hemos mencionado, el art. 37 del Decreto Reglamentario N° 1798/1994 ha sido derogado por el art. 3, inc. d, de la Ley N° 26994.

consensuada con el consumidor y/o usuario provocando un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de los contratantes, en claro perjuicio para la parte más débil del contrato.

Así, podría señalarse que las características principales de una cláusula abusiva incluyen: a) La imposición de la cláusula de manera unilateral por una de las partes sin oportunidad de discutir su contenido por la contraparte; b) El desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de una de las partes que se produce por la inclusión de la cláusula en el contrato sin causa legal que lo justifique; y c) que el desequilibrio contractual generado por la cláusula abusiva importe un perjuicio inequitativo para una de las partes.

De este modo, la cláusula abusiva se erige en una estipulación que "…sobredimensiona, sobreeleva de manera desproporcionada y sin justificativo en la contraprestación, la situación contractual de una de las partes".[5]

En este sentido se expresa la Directiva N° 93/13 europea quién define en su artículo 3 como abusiva toda cláusula contractual que no se hayan negociado individualmente y causan, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.[6]

Ahora bien, cabe aclarar que la directiva europea establece que aun cuando una cláusula contractual se haya negociado individualmente será considerada como abusiva si de la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Es importante destacar que cierta doctrina señala como necesario recurrir al principio de la buena fe para considerar abusiva a toda aquella estipulación que sea predispuesta mediante mala fe por el proveedor.[7] Asimismo, entienden que toda cláusula que "importe en perjuicio del consumidor un desequilibrio manifiesto entre los dere-

5. Tinti, Guillermo P. y Calderón, Maximiliano R., *Derecho del Consumidor. Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Comentada*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2023, p. 170.

6. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Disponible en https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526 [fecha de consulta: 22/11/2023].

7. Wajntraub, Javier H., *Régimen Jurídico del Consumidor. Comentado*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2020, p. 212; Stiglitz, Rubén, "Cláusulas abusivas", en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos (Dir.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. II, p. 35.

chos y las obligaciones que derivan del contrato presupone irrefragablemente mala fe del predisponente".[8]

El Código Civil y Comercial, en consonancia con la directiva europea, establece que no son abusivas aquellas estipulaciones que reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas. Ahora bien, destacada doctrina señala que esta excepción solo será operativa siempre y cuando no resulten violatorias de los estándares de protección razonable de los consumidores y, por ende, puedan ser tachadas de inconstitucionales.[9]

Para finalizar, es preciso distinguir las diferencias existentes entre una cláusula abusiva y una cláusula ambigua.

La cláusula ambigua es aquella cuya característica principal está en que de su sola lectura se admite dos o más significados. El propósito de una cláusula ambigua es confundir al consumidor y/o usuario menoscabando sus derechos.

Así, la ambigüedad en las cláusulas puede verificarse por presentar un texto que presta a confusión por ser impreciso, vago, y que puede ser interpretado en varios sentidos.

Las cláusulas imprecisas, ambiguas y/o contradictorias, es decir que puedan generar confusión respecto a su sentido y alcance, deberán ser interpretadas en contra de la parte que las incluye en el contrato en virtud del principio *in dubio pro consumidor*. Este principio refleja una pauta interpretativa a favor del consumidor en caso de duda respecto al sentido y alcance de una estipulación contractual (artículo 3 de la LDC y artículos 987 y 1094 del CCyCN).

Las cláusulas ambiguas y las cláusulas abusivas se interpretan en contra de la parte predisponente, "...lo que implica atribuirle responsabilidad por las consecuencias que derivan de la falta de diligencia en la creación del esquema negocial, cuando adolece de ambigüedad, falta de claridad u oscuridad".[10]

8. Stiglitz, Rubén, "Cláusulas abusivas", *op. cit.*, T. II, p. 35.

9. Chamatropulos, Demetrio A., "Estatuto del Consumidor. Comentado", La Ley, Buenos Aires, 2016, T. I; Hernández, Carlos, "Comentario al art. 1121", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T. VI. p. 311.

10. Stiglitz, Rubén, "Comentario al art. 867", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T. V, p. 647.

Las cláusulas abusivas y su recepción en el Código Civil y Comercial. La situación jurídica abusiva

El Código Civil y Comercial distingue entre contratos paritarios, donde la autonomía de la voluntad es plena y constituye ley para las partes; los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas, donde una de las partes adhiere a cláusulas generales predispuestas por la contraparte y que no pueden ser discutidas por el adherente, en este tipo de contrato la normativa es tuitiva de la parte débil; y el contrato de consumo sea este celebrado utilizando cláusulas por adhesión o no.

La ley de fondo protege a la parte adherente en los contratos por adhesión de la inclusión de cláusulas abusivas en un contrato del cuál no puede negociar estipulación alguna. El artículo 988 del CCyCN define como cláusula abusiva aquellas que: a) desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; y c) las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

El concepto de cláusula abusiva del artículo 988 de la ley de fondo contiene parte de lo expresado en el artículo 37 de la LDC ya que señala de manera expresa qué tipos de cláusulas conllevan ínsitamente la noción de abusividad, y establece una definición de la que carece el artículo 37 de la LDC.

En este orden, la ley de fondo señala dos tipos de cláusulas: las que desnaturalizan el contrato, y las que importan una renuncia o menoscabo de los derechos del adherente, es decir que causan un perjuicio significativo en la relación contractual.

No obstante, quizás el *quid* del artículo 988 del CCyCN sea la definición de cláusula sorpresiva que introduce en nuestro ordenamiento.

La norma define como cláusula sorpresiva toda aquella estipulación que, por su contenido, redacción y/o presentación, no son previsibles en el cuerpo del contrato y se presentan de manera subrepticia para el adherente. Es decir, que su incorporación se presenta de forma inesperada, y por ende, causa en la parte débil de contrato un desequilibro significativo en la relación contractual (artículo 988 inciso c) del CCyCN).

Finalmente, el Código Civil y Comercial regula sobre contrato de consumo, sean estos contratos por adhesión o no. Así, el codificador en el artículo 1117 establece que la regulación de las cláusulas abusivas se integra con la normativa tuitiva de la Ley N° 24240, y con las reglas que la ley de fondo establece para las cláusulas abusivas contenidas en un contrato por adhesión.

El artículo 1119 define los contornos de la noción de cláusula abusiva al señalar las características distintivas de este tipo de estipulación.

Así, este artículo 1119 incorpora al sistema general un concepto de cláusula abusiva que actualmente no está presente en la Ley Nº 24240, sino en el Decreto 1798/94 que la reglamenta, cuyo artículo 37 considera "...términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".

Por último, se hace necesario desandar un nuevo concepto que incorpora el codificador en la ley de fondo.

El artículo 1120 del CCyCN introduce la figura de la situación jurídica abusiva en nuestro ordenamiento jurídico.

Podríamos definir que una situación jurídica es abusiva cuando a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos el proveedor provoca, en el vínculo contractual, un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor. La doctrina entiende que existe conexidad contractual cuando varios contratos son vinculados por una única operación económica que repercute en todo el conjunto.[11]

Así, "las situaciones jurídicas constituyen una especie de 'micromercados', y su carácter abusivo existe en la medida en que producen restricciones de la libertad de actuación del sujeto pasivo".[12]

La prohibición de la situación jurídica abusiva encuentra su fundamento en los artículos 9, 10 y 12 del CCyCN, es decir que emana del principio de la buena fe que rige todo vínculo contractual, y que prohíbe a los contratantes el fraude a ley, e impide expresamente el ejercicio abusivo de los derechos en perjuicio de la contraparte.

11. Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos. Parte general*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2021, p. 582.

12. Ibídem, p. 880.

El Código establece un control judicial sobre las situaciones jurídicas abusivas (artículo 1122 inciso d), por lo que el juez que verifique la existencia de una situación jurídica abusiva derivada de actos conexos, a pedido del consumidor podrá admitir las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso del contrato, aun ante a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Asimismo, autoriza a la extinción por la frustración de la finalidad económica común de los contratos conexos (artículo 1075 del CCyCN).

El propósito de la norma es prevenir el abuso contractual en los contratos de consumo que contienen actos jurídicos conexos, aun cuando individualmente cada uno de esos actos conexos no generen consecuencias perniciosas para el consumidor.

Por último, la introducción de este nuevo concepto en nuestra legislación tiene como objeto receptar un fenómeno propio de las relaciones consumeriles de estos tiempos, a los fines de prevenir situaciones que generen un desequilibrio significativo para el consumidor.[13]

Regla general. Pautas interpretativas

De la simple lectura de la norma objeto de comentario, se extraen dos pautas interpretativas que tienen su fundamento en uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico: el principio de la buena fe (artículos 9, 729 y 961 del CCyCN).

La primera pauta interpretativa señala que "La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor",[14] en consonancia con el principio de la buena fe que debe regir las relaciones jurídicas (artículo 9 del CCyCN) y el artículo 1095 de la ley de fondo que dispone como regla hermenéutica la interpretación del contrato en el sentido más favorable al consumidor. En el mismo espíritu interpretativo se ubica el artículo 987 del CCyCN que establece que las cláusulas ambiguas se entenderán en sentido contrario al predisponente.

En este segundo párrafo del artículo 37 de la LDC se hace presente el principio *favor debitoris* como precepto que establece la de protección

13. Wajntraub, Javier H., *op. cit.*, p. 225.

14. Ley N° 24240, art. 37.

de la parte más débil en un contrato (artículo 1068 del CCyCN).[15] Aquí esa regla se reconvierte en el principio *favor consumatore* toda vez que garantiza a los consumidores/adherentes que el contrato no contenga estipulaciones oscuras, contradictorias y/o ambiguas.

Se incluye en esta pauta interpretativa el control de incorporación del artículo 1118 del CCyCN que establece que las cláusulas negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor pueden ser declaradas abusivas.[16]

Ahora bien, el legislador es claro al imponer la consecuencia que se sigue para el proveedor/predisponente que incluye este tipo de cláusulas en el contrato.

La norma impone la interpretación más favorable para el consumidor cuando la contraparte violente la buena fe que debe regir en todo vínculo contractual. Es importante destacar que la manda legal tiene una impronta objetiva ya que prescinde de la subjetividad del agente al aplicar la consecuencia normativa.

Así, la sanción es clara para todo aquel que redacte estipulaciones abusivas provocando de esta manera un desequilibrio prestacional en perjuicio de consumidor, sea esta de manera intencional o aun desconociéndolo.[17]

La pauta objetiva es el efecto pernicioso de la cláusula abusiva que provoca un desequilibrio significativo en perjuicio del consumidor.

De esta manera, pesa sobre el proveedor/predisponente la obligación de redactar estipulaciones claras y precisas ya que, caso contrario, serán interpretadas en el sentido más favorable al consumidor.

Esta imposición legal recae sobre el proveedor/predisponente por ser quién redacta de manera unilateral el contrato, con independencia de su intencionalidad dañosa.

15. Chamatropulos, Demetrio, *op. cit.*, art. 37.8.

16. En este sentido se ha expresado la CSJN: "En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación señala que "*Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor*" (art. 1118). Es decir, que frente a una cláusula abusiva, la mayor o mejor información que se le brinde a la víctima acerca del aprovechamiento del que será objeto, no puede de ningún modo validar el acto". CSJN, Fallos: 340:172, "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/BankBoston N.A. s/sumarísimo", 14/03/2017.

17. Tinti, Guillermo P. y Calderón, Maximiliano R., *op. cit.*, p. 181.

La segunda pauta interpretativa está dada en el tercer párrafo del artículo 37 de la LDC que expresa que la interpretación "… sobre los alcances de la obligación, se estará a la menos gravosa".

En consonancia con el artículo 3 de la LDC y artículos 9, 1094 y 1095 de la ley de fondo, en caso de duda sobre el alcance de la obligación asumida por el consumidor/adherente, se estará a la menos gravosa.[18] Aquí hace pie

> … el principio in dubio pro consumatore no solo rige para resolver los casos de duda en lo relativo a cuál norma se debe aplicar en caso de superposición legislativa sobre una relación de consumo en particular, sino también para interpretar el contenido de un contrato.[19]

El principio *contra proferentem*, como pauta interpretativa, impone la necesidad de preservar la equidad y buena fe en los vínculos contractuales. Así, "La regla *contra proferentem* importa una aplicación del principio de buena fe que conduce a sancionar a quien ha infringido el deber de expresar su declaración comprensiblemente".[20]

Para finalizar, es necesario señalar que la regla *contra proferentem* no es nueva en la doctrina civil. Pothier enseñaba que doce reglas re-

18. En este sentido se ha expresado la CSJN: "En efecto, la cámara se limitó a mencionar que el sistema especial que habilita el secuestro tuvo origen en una convención celebrada entre las partes y ello –en tanto válida formulación del consentimiento– despejaba cualquier violación al derecho de defensa del consumidor. Tal afirmación carece de fundamento o –si lo tiene– resulta solo aparente, si se repara en la especial naturaleza del contrato celebrado (por adhesión o mediante cláusulas predispuestas) y la seriedad argumentativa de las cuestiones introducidas por el Ministerio Público Fiscal exigían especial y detenido análisis por parte del tribunal *a quo* […]. En efecto, si se acepta que las disposiciones de la ley de defensa del consumidor debieron ser integradas en el análisis efectuado por la alzada en la inteligencia de que, ante la duda respecto a la forma en que debían ser articuladas con las normas prendarias debería primar la más favorable para el consumidor, como expresión del *favor debilis* (artículo 3° de la ley 24.240), constituye lógica derivación de lo anterior, que la cámara debió analizar y considerar la aplicación –bajo la perspectiva de protección especial del consumidor que tanto la Constitución Nacional como el sistema normativo del consumidor otorgan al usuario– de la regla prevista en el artículo 37, inciso b, de la ley 24.240, en tanto permite tener por no convenidas las cláusulas '*…que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte*'". CSJN, Fallos: 342:1004, "HSBC Bank Argentina S.A. c/ Martínez, Ramón Vicente s/ secuestro prendario", 11/06/2019.

19. Chamatropulos, Demetrio, *op. cit.*, art. 37.8.

20. Stiglitz, Rubén, "Comentario al art. 987", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T V, p. 645.

gían para la interpretación de las convenciones. La séptima regla contenía el principio *contra proferentem* y establecía que "En caso de duda, una cláusula debe interpretarse contra aquel que ha estipulado una cosa y en descarga del que ha contraído la obligación. [...] Al acreedor debe imputarse el no haberse expresado mejor".[21]

Control judicial de las cláusulas abusivas

La Ley de Defensa del Consumidor en su artículo 37 y el Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 988) establecen que las cláusulas abusivas en los contratos de consumo se tienen como no convenidas.

Existe un debate interesante en la doctrina ya que se discute sobre cómo debe entenderse lo disposición normativa que señala que "*se tendrán por no convenidas o no escritas*".

Algunos autores sostienen que se trata de un supuesto de nulidad parcial,[22] mientras que otros consideran estamos que ante la presencia de un acto inexistente.[23]

Por nuestra parte, acordamos con la postura que sostiene que el artículo 37 consagra la inexistencia de la estipulación contraria a derecho. De conformidad, con la pauta interpretativa del artículo 3 de la LDC, ante la duda sobre si estamos ante la presencia de un acto nulo o inexistente debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, vale decir, la inexistencia de la cláusula.[24]

La norma establece que las cláusulas tachadas de abusivas quedan neutralizadas y sin efecto por imperativo legal, pero el contrato subsiste.[25] La subsistencia del contrato se fundamenta en la protección del in-

21. Pothier, Robert J., *Tratado de las Obligaciones*, Heliasta- Buenos Aires- 2007- p. 60.

22. Tinti, Guillermo P., Calderón, Maximiliano R., *op. cit.*, pp. 171-172; Stiglitz, Rubén, "Cláusulas abusivas", o*p. cit.* T. II, p. 58.

23. Wajntraub, Javier H., *op. cit.*, pp. 214-216; Sáenz, Luis, "Comentario al art. 37", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (Dir.), *Ley de defensa del consumidor: comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. I, p. 457.

24. Sáenz, Luis, "Comentario al art. 37", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (Dir.), *op. cit.*, T. I, p. 457.

25. En este punto coinciden los autores que propugnan la nulidad parcial del contrato. Tinti, Guillermo P. y Calderón, Maximiliano R., *op. cit.*, p. 172; Stiglitz, Rubén, "Cláusulas abusivas", *op. cit.*, T. II, p. 58.

terés del consumidor, ya que su desaparición solo le acarrearía consecuencias negativas, y violentaría el fin práctico perseguido por la norma.

Asimismo, la manda legal establece que el consumidor podrá pedir la nulidad de la cláusula o las cláusulas. En este caso, el artículo 37 de la presente ley dispone que una vez que el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato si ello fuera necesario.[26]

La norma establece una solución flexible para salvaguardar el contrato ante la declaración de nulidad de la cláusula abusiva ya que es más ventajoso para el consumidor. Así, faculta al juez a redactar un nuevo contenido contractual para reemplazar a la cláusula anulada a los fines de integrar armónicamente el contrato. "Para efectuar esta integración, entendemos que el juez debe recurrir, en primer lugar, al propósito práctico perseguido con la celebración del contrato, a la finalidad subjetiva perseguida".[27]

Sin embargo, la supervivencia del contrato no puede hacerse bajo cualquier costo, por lo que no podrá mantenerse el contrato si la cláusula o las cláusulas anuladas judicialmente tienen una íntima conexión con su causa-fin.[28]

En este punto es importante señalar que conforme lo establecido por el artículo 1122 del CCyCN, la aprobación de la autoridad administrativa del clausulado en un contrato de consumo no obsta al control judicial. En nuestro país, en numerosos contratos se establece el control administrativo previo para prevenir la inclusión de estipulaciones abusivas al contrato conforme el artículo 38 de la presente ley. No obstante, el juez deberá efectuar el contralor de la cláusula abusiva al conocer

26. La anterior redacción del art. 989 de la ley de fondo coincidía en este punto con el art. 37 de la LDC al atribuir al juez la facultad de integrar el contrato una vez declarada la nulidad parcial del mismo, en caso de que fuese necesario. Sin embrago, en diciembre de 2023, el Poder Ejecutivo dictó el DNU N°70/2023 modificando mediante el art. 254 la redacción del art. 989 del CCyCN. Actualmente, el art. 989 reza: "*Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial.*" No obstante, aún con la reforma del art. 989, entendemos que cuando el juez competente declare la nulidad parcial de un contrato de consumo por adhesión a cláusulas generales predispuestas debe integrarlo simultáneamente, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. En consonancia con los arts. 1122 del CCyCN y art. 37 de la LDC.

27. Sáenz, Luis, "Comentario al art. 37", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (Dir.), *op. cit.*, Tomo I, p. 461.

28. Tinti, Guillermo P. y Calderón, Maximiliano R., *op. cit.*, p. 173.

sobre la en cuestión, y que dicha instancia puede ser tanto de incorporación (artículo 1118 CCyCN) como de contenido (artículo 1119 CCyCN).[29]

Criterios de clasificación de las cláusulas abusivas

Al respecto, nuestro ordenamiento jurídico estableció en el ámbito contractual qué tipo de cláusulas abusivas que podrían presentarse en la realidad, a saber: a) aquellas que desnaturalizan las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) cláusulas que importen la renuncia o restricción de los derechos de los consumidores, como así también aquellas que amplíen los derechos de la otra parte, c) las cláusulas que impliquen de cualquier manera la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; y d) las denominadas cláusulas sorpresivas, que son aquellas estipulaciones que por su contenido, redacción y/o presentación su inclusión no fue previsible para la contraparte.

La doctrina señala que el artículo 37 inciso a) y b) de la ley consumeril y artículo 988 inciso a) y b) del CCyCN receptan dos de las denominadas cláusulas abiertas: "...la cláusula abierta o cláusula general, se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos".[30]

En primer lugar, las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones son aquellas que imponen ventajas abusivas para el proveedor, o bien establecen cargos excesivamente gravosos para el consumidor.[31] Se entiende que en ambos supuestos se altera el equilibro y funcionalidad del contrato contrariando el principio de la buena fe que debe

29. Hernández, Carlos, "Comentario al art. 1120", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T. VI, p. 313.

30. Stiglitz, Rubén, "Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas", en *Revista Código Civil y Comercial*, Nº 1, Buenos Aires, Thompson Reuters La Ley, 2015. Disponible en: https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2211.pdf [fecha de consulta: 24/11/2023]

31. Así, se consideran que desnaturalizan el contrato aquellas cláusulas que: a) amplían derecho del proveedor/predisponente perjudicando al consumidor/adherente; b) modifican a favor del proveedor /predisponente el contenido de la obligación a la que se ha comprometido en su carácter de tal; c) amplía las obligaciones del consumidor/adherente restringiendo o suprimiendo sus derechos. Stiglitz, Rubén, "Comentario al art. 988", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T. V, p. 657.

impregnar el acuerdo de voluntades. Una estipulación que importe una irresponsabilidad por daños es un supuesto de cláusula que desnaturaliza el contrato. No obstante, la norma objeto de comentario la incorpora expresamente como cláusula abusiva en consonancia con el artículo 1743 de la ley de fondo.[32]

En segundo lugar, son abusivas aquellas disposiciones contractuales que importen la renuncia o disminución de los derechos del consumidor/adherente dado que las disposiciones imperativas no pueden ser materia disponible por las partes. La pauta interpretativa impone siempre un estándar legal a favor del consumidor.[33]

El artículo 37 de la presente ley establece un supuesto no contemplado en el artículo 988 del CCyCN. Así, el inciso c) de la norma objeto de estudio establece la no inversión de la carga probatoria en perjuicio del consumidor. El artículo 53, tercer párrafo, de la LDC pone en cabeza del proveedor la obligación de colaborar en el proceso judicial aportando toda la prueba que obre en su poder, por lo que el consumidor no puede válidamente renunciar a este principio probatorio.

Por último, en tercer lugar, la ley de fondo en su artículo 988 inciso c) introduce un concepto novedoso en nuestro ordenamiento.

Las denominadas cláusulas sorpresivas tienen este particular nombre porque son excepcionales, insólitas e imprevisibles, no habituales conforme las características y contenido del contrato. En una relación de género/especie, la cláusula sorpresiva es un tipo de cláusula abusiva. La tipificación de la cláusula abusiva hace a la transparencia del contrato y el principio de la buena fe, para perfilar su concepto es necesario cotejar la materia (objeto) del contrato, su contenido y marco regulatorio, y el conjunto de expectativas del consumidor/adherente en relación con la cláusula cuestionada.[34]

32. El art. 1743 del CCyCN establece como inválida toda disposición contractual que exima o limite la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles o son abusivas.

33. Wajntraub, Javier H., *op. cit.*, p. 218.

34. Tinti, Guillermo P. y Calderón, Maximiliano R., *op. cit.*, p. 177; Stiglitz, Rubén, "Comentario al art. 988", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T. V, p. 653.

¿Qué supuestos son excluidos como cláusulas abusivas por la normativa?

La Ley de Defensa del Consumidor no se expresa con relación a los límites que se imponen al régimen de cláusulas abusivas en las relaciones de consumo. No obstante, la ley de fondo se ocupa de delimitarlos en su artículo 1121.

Así, no pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación precio y bien/servicio procurado; b) las que reflejen disposiciones emergentes de tratados internacionales o normas imperativas.

El artículo 1121 de la ley de fondo preserva la autonomía de la voluntad del empresario con relación a la fijación del precio de su producto o servicio.

La norma busca facilitar el normal desarrollo del libre juego de la oferta y la demanda, generando incentivos para la competencia entre los empresarios para establecer el mejor precio, lo que redunda en beneficio de los consumidores. Así, es "irrelevante para el derecho su relación con los costos o con cualquier variable, cuando se trata, claro está de actividades que no se hallen reguladas".[35]

En este sentido, la CSJN resolvió que

> … afecta las relaciones de competencia, protegidas como derecho de incidencia colectiva en la Constitución Nacional (art. 43), ya que no es posible competir en un mercado cuyos precios son fijados por los jueces en distintas jurisdicciones para uno de los oferentes y no para otros.
> Que esta afirmación, finalmente, se ve corroborada en el derecho comparado, en el cual se verifica una marcada tendencia de los diversos ordenamientos relativos a la defensa de los derechos del consumidor, en el sentido de excluir que el precio de un bien o servicio pueda ser, por sí mismo, considerado como abusivo por la autoridad judicial (vid. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, art. 4.2, y Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores). Ello así, con el evidente fin de evitar

35. Wajntraub, Javier H., *op. cit.*, p. 226.

> precisamente que, de admitir lo contrario, se generen de modo indirecto los efectos distorsivos del mercado que se mencionaron anteriormente.[36]

Sobre el particular, la doctrina señala que en todo caso cuando hay una suerte de abuso en torno a la fijación del precio en torno a un bien o servicio, debe necesariamente aplicarse

> … el control de equidad que surge de instituciones como la buena fe, el abuso del derecho, la lesión, la imprevisión, entre otras. A ello se agrega que el desequilibrio a tener en cuenta cuando se analiza si una cláusula es o no abusiva debe ser de carácter normativo y no económico. [37]

Tampoco pueden ser consideradas abusivas normativas imperativas y emanadas de tratados internacionales. Esto es así ya que, caso contrario, el Estado argentino podría incurrir en responsabilidad internacional.

¿El precio puede ser cláusula abusiva? El límite de la suma asegurada como cláusula abusiva

En la actualidad, quizás uno de los grandes ejes temáticos en el derecho es el diálogo de fuentes existente entre el Código Civil y Comercial, la Ley N° 24240 y la Ley N° 17418.

Cuando hablamos de contrato de seguros tenemos que señalar, en primer lugar, que el legislador ha diagramado dos regímenes tuitivos diferentes según se trate de un contrato de consumo o no.

Un contrato de seguros es un contrato de consumo, cuando sea el asegurado el destinatario final, es decir cuando el interés asegurable recaiga sobre bienes que el consumidor/asegurado utiliza en beneficio propio o de su grupo familiar.

Caso contrario, si los bienes asegurados integran el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación de bienes y servicios a terceros no le serán aplicables la normativa protectoria de

36. CSJN, Fallos: 337:1024, "Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A. s/ amparo", 23/09/2014.

37. Chamatropulos, Demetrio A., "Control de cláusulas abusivas en la coyuntura: precios, inflación y contratación en moneda extranjera", Publicado en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Nº 2019-F- pp. 784-790, cita online: AR/DOC/3567/2019.

la presente ley. Sin embargo, el contrato de seguro estará amparado no solo por el régimen tuitivo de su propia ley, sino además por el establecido para los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas.

> En los casos en que el contrato de seguro constituya un contrato de consumo, la armonización de los regímenes jurídicos que concurren en su juzgamiento, no determina que se prescinda sin más de institutos propios del contrato de seguro (a título de ejemplo, la reticencia, agravación del riesgo, suspensión de cobertura, citación en garantía del asegurador, exclusiones de cobertura, suma asegurada y franquicia, la prescripción, etc.), sino que, por el contrario, ellos resultan, en lo pertinente, enteramente aplicables en un contrato de seguros que es, además, un contrato de consumo.[38]

Así, uno de los puntos claves en el ámbito de los contratos de seguros, sean o no de consumo, es el control administrativo y judicial que se hace en materia de cláusulas abusivas.

Y en particular, con relación al tema que nos ocupa, hay discrepancia entre la doctrina respecto de la abusividad de las cláusulas que delimitan el riesgo asegurado.

Ahora bien, como señalamos en el apartado anterior, el artículo 1121 del CCyCN excluye al precio de un bien/servicio de la posibilidad de ser declarado abusivo.

En los contratos de seguro patrimoniales, como lo es el seguro contra la responsabilidad civil, el asegurador se obliga a mantener indemne a su asegurado por cuanto deba a un tercero, debido a su responsabilidad civil contractual o extracontractual. Acaecido el siniestro el asegurador debe cumplir el objeto de su prestación.

El objeto de la prestación del asegurador es la garantía de indemnidad debida al asegurado. En otras palabras, la de resarcir

> … un daño o a pagar una prestación determinada en dinero. La causa de su obligación eventual es el contrato firmado. Los contratos de seguros tienen un objeto determinado y contemplan coberturas individualizadas y delimitadas y por montos especificados. Ningún asegurador cubre todos los riesgos y sin límites, porque no sería técnicamente posible y no podría calcularse un precio para semejante cobertura. Según sea el

38. Compiani, María Fabiana, "La transparencia en el contrato de seguro", en *JA* Nº 2017- III (11), pp. 1-8, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3890/2017.

> alcance de la cobertura comprometida, así será también la cuantía de la prima que quien contrate la protección deberá como contraprestación.[39]

Aquí está el *quid* de la cuestión ya que todas aquellas cláusulas que definan coberturas, riesgos excluidos y/o límites de sumas aseguradas tienen estrecha vinculación con el precio de la cobertura. Es una regla lógica la que se aplica al costo del contrato de seguro, ya que será más alto a medida que el asegurado solicite una mayor protección asegurativa, y viceversa.

En este sentido se ha expresado la CSJN cuando señala que

> … si las pólizas emitidas no tuvieran un límite de cobertura, los seguros no solo serían más costosos sino que, además, serían más costosos que lo necesario para cubrir los riesgos en que puede incurrir el universo de los asegurados. Sin límite de cobertura es mucho más difícil realizar los cálculos actuariales necesarios para determinar con precisión el precio al que las pólizas deberían comercializarse a fin de que las compañías aseguradoras pudieran tanto indemnizar los daños que acaecieran como mantener su solvencia para, de ese modo, indemnizar daños futuros también asegurados.[40]

La Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores también se ocupa de regular esta temática. Así, expresamente se refiere a los contratos de seguros cuando señala que

> … a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación [...] que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor.

39. Facal, Carlos J.M., "Los seguros de personas. La delimitación del riesgo con los seguros de vida en particular y los riesgos excluidos de cobertura", en *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Nº 2022-E, Buenos Aires, La Ley, 2022., pp. 230-233.

40. CSJN, Fallos: 340:765, "Flores, Lorena Romina c/Giménez, Marcelino Osvaldo y otro s/daños y perjuicios", 06/06/2017.

Para finalizar, no es posible declarar abusiva la cláusula que delimita el monto de la suma asegurada en virtud del artículo 1121 inciso a) del CCyCN.

Sin embargo, entendemos junto a destacada doctrina que, en todo caso, "la fijación de tales límites económicos podría resultar inconstitucional, si fuere irrazonable, o contrariara la finalidad económica jurídica del contrato o si restringiere de modo inusual o poco frecuente los derechos de los asegurados o terceros".[41]

Cláusulas abusivas: ejemplos

Las cláusulas abusivas pueden ser de muy diversa índole[42], pero algunas de las más comunes son las siguientes:

a. Las cláusulas que confieren al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas.
b. Las que otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en aquellos casos en que la autoridad de aplicación determine pautas y criterios objetivos.
c. Las que autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor.
d. Las que impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando.
e. Las que dispongan prórroga de jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato;
f. Las que limiten o excluyan la responsabilidad por daños del proveedor, limiten los medios de prueba o se imponga la car-

41. Compiani, María Fabiana, *op. cit.*

42. Algunas resoluciones administrativas han tratado de reseñar ejemplos de cláusulas abusivas, entre ellas la Res. N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, la Res. N° 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica, y la Res. N° 9/2004 de la Secretaria de Coordinación Técnica.

ga probatoria al consumidor, salvo previsión en contrario autorizada por normas legales especiales.

g. Las que supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por parte del consumidor a la previa cancelación de las sumas adeudadas al proveedor.

h. Las que faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndose un plazo para comunicar que no los acepta.

i. Las que otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que reúnan los siguientes requisitos: a. Los eventuales cambios se hallaren expresamente previstos en el contrato; b. Revistan carácter general y no estén referidos a un consumidor en particular; c. El cambio no altere el objeto del contrato o pudiere importar un desmedro respecto de los servicios comprometidos al momento de contratar; d. Se determinen criterios o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación pueda producirse y siempre que no se autoricen cambios que afecten el equilibrio en la relación entre las partes; e. Se encuentre prevista la notificación del cambio al usuario, con antelación no inferior a 60 días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tenga la opción de rescindir sin cargo el contrato.

Artículo 38. Contrato de adhesión. Contratos en formularios

La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o

usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio web un ejemplar del modelo de contrato a suscribir.

Asimismo, deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato a suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en lugar visible con la siguiente leyenda: "Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa a suscribir al momento de la contratación.

(Artículo sustituido por art. 1 de la Ley N° 27266, BO 17/08/2016).

Reglamentado por el Decreto Nº 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 984 a 991, 1100, 1117 a 1122 del CCCN.*

A partir de la Ley N° 24240 se recepta en nuestro ordenamiento jurídico el término de contrato por adhesión y la necesidad de contralor administrativo para este tipo contractual. Sin embargo, el fenómeno de la contratación por clausulas predispuestas no se circunscribe al ámbito consumeril ya que es un fenómeno derivado de la contratación en masa propia de nuestros tiempos.

En la sociedad actual este tipo de contratos se presentan generalmente como contrato de consumo, pero también puede suceder que las partes contratantes que no estén incluidos en los términos de los artículos 1 y 2 de la LDC y 1092 del CCyCN.

Los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas configuran una categoría intermedia ubicada entre los contratos discrecionales y contratos de consumo. Por tal motivo, es dable señalar que el régimen tuitivo también encuentra su punto medio a los fines de proteger al contratante menos favorecido en este tipo contractual.

Ahora bien, cuando un contrato entre partes, que se hayan en un pie de igualdad, se celebra por adhesión a clausulas predispuestas la normativa establece un régimen tuitivo especial que estudiaremos a continuación.

En la actualidad, nuestro ordenamiento no solo reconoce la existencia de este tipo de contrato en la ley consumeril sino que expresamente lo regula en los artículos 984 y siguientes del CCyCN.

Finalmente, de la lectura de ambos cuerpos normativos podemos establecer como regla que no todo contrato por adhesión es un con-

trato de consumo indefectiblemente, y viceversa. Así, "hay contratos de consumo que son celebrados por adhesión, pero la utilidad de esta última categoría queda disminuida en estos casos porque es más intensa la protección consumerista".[43]

Contrato por adhesión a cláusulas predispuestas. Concepto

El contrato por adhesión viene definido por el artículos 984 de la ley de fondo que dispone que es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

Las notas sobresalientes[44] de este tipo contractual se desprenden de la definición legal, así:

a. La oferta contractual es dispuesta por el oferente quién redacta las condiciones de manera previa y unilateral, para luego ofrecerle al adherente la opción de aceptar las estipulaciones predispuestas, o bien rechazarlas. En este tipo contractual no hay término medio ya que no existe la chance de discutir cláusula alguna por parte del adherente.
b. En este tipo de contrato solo una de las partes escribe el contenido del contrato, es decir que establece de manera autónoma las estipulaciones del acuerdo.
c. El predisponente tiene una contraparte que es el adherente, como su nombre lo indica es la parte del contrato que acepta el clausulado sin posibilidad de modificar palabra alguna. El adherente tiene voluntad contractual, es decir de confirmar la realización del contrato, pero carece de autonomía para decidir el contenido del convenio.
d. La falta de autonomía del adherente para estipular cláusulas contractuales es lo que diferencia al contrato por adhesión de los contratos discrecionales.

43. Lorenzetti, Ricardo, *op. cit.*, p. 807.

44. Ibídem, pp. 812-813; Sáenz, Luis, "Comentario al art. 38", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (Dir.), *op. cit.*, T. I, p. 484.

e. El adherente, al no poder decidir sobre el contenido del contrato, se erige como la parte débil en la relación contractual. En contrapartida, el predisponente exhibe una superioridad técnica y económica que justifica el marco protectorio otorgado por la ley de fondo y la ley consumeril. Es decir, es lo que explica el control administrativo de este tipo de contratos.

No es una característica relevante que el contrato de adhesión encuadre en una relación de consumo.

Así, la nota distintiva en el contrato por adhesión es el modo de celebración, mientras que en el contrato de consumo es el propósito de consumo final.[45]

La Ley N° 24240 omite reseñar los requisitos de validez de los contratos por adhesión, lo cuál ha sido subsanado por el codificador en la ley de fondo.

De este modo, el artículo 985 del CCyCN establece que las estipulaciones contenidas en contratos por adhesión deben ser: a) *comprensibles y autosuficientes*: es decir que deben ser redactadas de manera tal que las entienda un hombre medio y bastarse a sí mismas; b) *redactadas de manera clara:* la norma exige una claridad formal (fácil de leer) y sustancial (fácil de entender el significado); c) *completa y fácilmente legible*: el clausulado del contrato debe contener todo lo necesario para una lectura sencilla y sin dificultades; d) no pueden contener reenvío a textos o documentos que no se facilitan por parte del predisponente, quién debe poner al alcance del consumidor/adherente toda la documentación referida al contrato.[46]

La directiva interpretativa impone que el empresario que violente lo dispuesto por el artículo 985 de la ley de fondo será sancionado con la inoponibilidad al adherente de toda aquella clausula ilegible, oscura, ambigua e incompleta.

La solución se justifica porque el empresario es la parte profesional en la relación contractual, es quién cuenta con la *expertise* necesaria y con el asesoramiento legal pertinente. El principio de la buena fe le impone obrar con lealtad.

45. Lorenzetti, Ricardo, *op. cit.*, p. 813.

46. Cornet, Manuel y Cornet Oliva, Magdalena, "El contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas", en Alegría, Héctor y Mosset Iturraspe, Jorge (Dir.), *Revista de derecho privado y comunitario*, Vol. 3, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2021, p. 291.

En definitiva, "lo expresado constituye el efecto que apareja asumir la responsabilidad de redactar unilateralmente el documento contractual: la obligación de redactar claro constituye la fuente de la responsabilidad civil en que incurre quien efectúa una defectuosa declaración".[47]

Asimismo, si el empresario no cumple con la prohibición expresa de reenvíos a textos o documentos no acompañados al adherente, la norma es clara al declarar que se tendrán por no convenidas las cláusulas que contengan dichos reenvíos.[48]

Finalmente, el artículo 38 de la ley consumeril hace referencia a los contratos hechos en formularios. Se denomina contratos de formulario a aquellos en los cuales uno de los contratantes estandariza las cláusulas contractuales mediante módulos en serie, o formularios preimpresos.[49] La norma objeto de comentario los asemeja a los contratos por adhesión en cuanto a su control por la autoridad de aplicación y su marco protectorio.

La doctrina destaca que, si el empresario adopta la modalidad de contratación mediante formularios, no se constituye este elemento en característica necesaria para convertirlo en contrato por adhesión. Asimismo, tampoco es adecuado asumir que el contrato por formulario es *per se* conculcatorio de los derechos del co-contratante.[50]

Regla interpretativa

En materia de contrato por adhesión predomina el "control de estipulación de la cláusula",[51] por lo que como regla interpretativa tenemos tres improntas: a) en caso de duda la cláusula se interpreta en contra del estipulante; b) como corolario de lo anterior, toda ventaja a su favor debe interpretarse de manera restrictiva; c) las cláusulas

47. Stiglitz, Rubén S., "Comentario al art. 985", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T. V, pp. 640-641.

48. Todo lo expuesto anteriormente se hace extensivo a los contratos celebrados bajo modalidad telefónica o electrónica.

49. Tinti, Guillermo P. y Calderón, Maximiliano R, *op. cit.*, p. 187.

50. Ibídem, p. 189; Lorenzetti, Ricardo, *op. cit.*, p. 814.

51. Lorenzetti, Ricardo, *op. cit.*, p. 815.

particulares prevalecen sobre las generales, y las estipulaciones expresamente consentidas prevalecen por sobre las predispuestas.

Las pautas interpretativas en los contratos por adhesión no están señaladas expresamente en el artículo objeto de comentario. Sin embargo, se extraen de la interpretación conjunta de los artículos 9, 986, 987, 1062 y 1068 del CCyCN.

La primera pauta interpretativa señala que la ambigüedad en una cláusula predispuesta se interpreta en contra del predisponente. Se trata del principio *contra proferentem* y el principio de la buena fe de los que ya hemos hablado al comentar el artículo 37 de la presente ley.

El artículo 986 de la ley de fondo le exige al proveedor/predisponente que tiene la potestad de redactar el clausulado contractual de que lo haga de forma tal que el consumidor/adherente comprenda su significado de manera clara y cabal sin necesidad de un esfuerzo propio de un profesional. Se entiende que el contrato contiene estipulaciones ambiguas, si estas adolecen de un texto vago e impreciso, redactado genéricamente. La regla *contra proferentem* y el principio de buena fe sancionan al proveedor/predisponente con una interpretación en sentido contrario de las cláusulas violatorias al artículo 986 del CCyCN.[52]

La segunda pauta interpretativa expresa que toda ventaja a favor del proveedor/predisponente debe interpretarse restrictivamente. El artículo 1062 del CCyCN establece que cuando una norma legal o convencional pretenda imponer interpretación estricta se tendrá por válida la literalidad de lo manifestado por las partes contractualmente. Sin embargo, cuando de un contrato por adhesión o de consumo se trate, esta interpretación restrictiva no podrá ser aplicable.

La tercera pauta interpretativa señala que las cláusulas particulares deben interpretarse de manera preferente por sobre encima de las cláusulas generales.

Las cláusulas particulares son aquellas que son negociadas individualmente por las partes en un contexto de contrato por adhesión a clausulas predispuestas, por lo que se entiende que la voluntad del consumidor/adherente está cristalizada de manera excepcional al incluirse en el contrato. Así, el fundamento de la preferencia de una cláusula por

52. Stiglitz, Rubén S., "Comentario al art. 985", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T. V, p. 645.

sobre la otra se explica en que la cláusula particular es una "...cláusula negociada en tanto constituye el resultado de la libre contratación por sobre la cláusula general, resultado de la predisposición contractual".[53]

Control administrativo

La norma pone en cabeza de la autoridad de aplicación la facultad/deber de vigilar que los empresarios/proveedores no incluyan cláusulas abusivas en los contratos por adhesión a cláusulas predispuestas.

Como se ha señalado oportunamente, este tipo de contrato tiene un régimen tuitivo especial atento a que está comprometido el orden público. En materia de control estatal podemos distinguir: a) control administrativo: la administración pública ejerce el poder de policía vigilando el contenido de las cláusulas en este tipo de contrato, generalmente este tipo de control se realiza *ex ante* mediante la aprobación previa de los clausulados; b) control judicial: es el que la norma impone al juez como tercero imparcial para garantizar el cumplimiento del régimen protectorio; y c) control legal: la norma establece deberes, prohibiciones y conductas a las que deberá ajustarse el predisponente/proveedor.[54]

La manda legal prevé un control preventivo del tipo administrativo, ya que faculta a la autoridad de aplicación a corroborar la inexistencia de estipulaciones abusivas mediante un mecanismo de aprobación previa. Lo dictaminado por la autoridad de control es susceptible de ser impugnado conforme el procedimiento establecido por el artículo 45 de la LDC.[55]

La norma no establece el reglamento específico para la intervención del órgano de aplicación. Sin embargo, y con

> ... la finalidad de que los consumidores tomen efectivo conocimiento del contenido abusivo que puede contener un contrato, el art. 38 del dec. 1798/1994 dispone que la autoridad de aplicación, además de notificar

53. Stiglitz, Rubén S., "Comentario al art. 986", en Lorenzetti, Ricardo (Dir.), *op. cit.*, T. V, p. 644.

54. Sáenz, Luis, "Comentario al art. 38", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto (Dir.), *op. cit.*, p. 481.

55. Müller, Enrique, "Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor", en Alegría. Héctor y Mosset Iturraspe, Jorge (Dir.), *op. cit*, p. 188.

> al proveedor que haya incluido esas cláusulas que ellas se tienen por no convenidas, lo intimará para que notifique esa circunstancia al consumidor de modo fehaciente y en el plazo que se le indique, bajo apercibimiento de ser sancionado en los términos del art. 47, LDC.[56]

Por último, el último párrafo del artículo 38 de la LDC prevé una obligación adicional: la de entregar en los locales comerciales de manera gratuita y de modo previo a la contratación un ejemplar del modelo contractual a todo consumidor o usuario que lo solicite. Debiendo cumplir con un deber de advertencia adicional que se satisface colocando un cartel en el establecimiento informando sobre esta manda.

Artículo 39. Modificación contratos tipo

Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

Concordancias: *artículos 989 y 1122 del CCyCN.*

La norma objeto de comentario establece qué directrices debe seguir el órgano de aplicación de la presente ley para aquellos casos donde sea necesaria la modificación de contratos por adhesión que contienen cláusulas abusivas, y que previamente fueron aprobados por la autoridad gubernamental que rige la actividad respectiva. Por ejemplo: pólizas aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación que contienen cláusulas abusivas y son detectadas por la autoridad de aplicación consumeril.

La norma se refiere a lo que la doctrina denomina "contratos autorizados". Los contratos autorizados son aquellos contratos por adhesión donde el proveedor no puede fijar libremente las estipulaciones del contrato. Así, en no pocos supuestos, hay contratos que previo a ser utilizados por los proveedores deben pasar por un proceso administrativo de autorización por parte del órgano de contralor de la respectiva autoridad.[57] A modo de ejemplo: contratos de seguros, contrato de ahorro previo, etcétera.

56. Chamatropulos, Demetrio A., *op. cit.*, (versión e-book).

57. Wajntraub, Javier H., *op. cit.*, p. 244.

Así, cuando la autoridad administrativa de la presente ley identifica un contrato por adhesión con cláusulas abusivas que previamente ha sido aprobado por otro organismo administrativo, deberá tomar las medidas conducentes para notificarle dicha circunstancia y solicitar la readecuación de estas a lo dispuesto por la LDC.

Algunos autores señalan que este artículo presenta ciertas complicaciones ya que podría ser factible que dos agencias gubernamentales tomen decisiones contradictorias con relación a la aprobación o no de un contrato por adhesión determinado, lo que puede generar cierta incertidumbre jurídica y un claro conflicto entre órganos de aplicación.[58]

En definitiva, va de suyo que ningún órgano de contralor debe pasar por alto cláusulas abusivas en contratos por adhesión a cláusulas predispuestas ya que precisamente se encuentra entre sus funciones la de evitar este tipo de estipulaciones. Sin embargo, la norma prevé este tipo de situación por lo que le impone a la autoridad de aplicación consumeril la notificación de tal anomalía al órgano de aplicación correspondiente según la actividad, a los fines de que tome las medidas pertinentes.

Sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando ambas autoridades de aplicación hayan acordado aprobar contratos por adhesión por considerarlos adecuados, se mantiene la potestad de los tribunales de revisar y/o verificar la inexistencia de cláusulas perjudiciales para el consumidor. Esta prerrogativa ha sido receptada por el artículo 989 y 1122 del CCyCN que establece que la aprobación administrativa de las cláusulas de contratos por adhesión no impide el control judicial posterior.

58. Chamatropulos, Demetrio A., *op. cit.*; Tinti, Guillermo P. y Calderón, Maximiliano R., *op. cit.*, pp. 193-194.

CAPÍTULO X
Responsabilidad por daños

Artículo 40*

Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

(Artículo incorporado por el art. 4 de la Ley Nº 24999, BO 30/07/1998).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 827 a 852, 1708, 1709, 1716, 1717, 1721, 1722, 1723, 1726, 1737 del CCCN.*

A pesar de los términos utilizados en el texto legal, el artículo en comentario consagra un supuesto de *responsabilidad extracontractual objetiva por productos o servicios defectuosos*.[1] La norma hace responsables a todos los sujetos que participaron en la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio defectuoso de los daños causados a los consumidores en sentido laxo, lo que incluye, por un lado, a los consumidores en los términos del artículo 1 de la Ley de Defensa del Consumidor (en adelante LDC) y, por otro, a los *bystanders*, como terceros ajenos a la relación de consumo que sufren un daño como consecuencia de ella, de acuerdo con la interpretación que la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectuó del artículo 42 de la Constitución Nacional en el caso "Mosca".

De modo genérico, al comentar el artículo 5 de esta ley y haciendo pie en el artículo 42 de la Constitución Nacional, definimos la *responsabilidad por daños al consumidor* como aquella obligación de indemnizar el daño causado a un consumidor en sentido laxo a raíz del

* Comentario sobre el artículo 40 por Paula M. Cicchino.

1. Se trata, como explicaremos, de una interpretación que pretende darle coherencia al sistema, tal como lo impone el artículo 2 del CCCN.

incumplimiento de una obligación (de fuente convencional o legal) o de un hecho ilícito extracontractual.

Esta primera conceptualización nos permitió identificar cuatro supuestos de responsabilidad por daños al consumidor. Los dos primeros, derivados del incumplimiento de una obligación: la indemnización de los daños derivados del incumplimiento de la *obligación principal* (deberes de prestación) o la reparación de los daños generados frente al incumplimiento de la *obligación de seguridad* (deberes de protección). Tal es la responsabilidad que le cabe al *proveedor directo* por el incumplimiento de sus *obligaciones convencionales o legales* y que no debe encuadrarse bajo las previsiones del artículo 40 de la LDC.

En cambio, los dos últimos supuestos –que son los que aquí nos ocupan– se refieren a la *responsabilidad extracontractual que se extiende a todos los integrantes de la cadena de fabricación o comercialización del producto o servicio, siempre que sean defectuosos*. Se trata de un régimen especial de responsabilidad por el daño ocasionado por la cosa viciosa o riesgosa.[2]

En resumen, la responsabilidad por daños al consumidor incluye:

1. Responsabilidad del *proveedor directo* por daños derivados del incumplimiento de: a) la obligación principal (artículos 10 bis *in fine* de la LDC y 1716 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación [CCCN]); b) la obligación de seguridad (artículo 5 de la LDC).[3]
2. Responsabilidad extracontractual por daños de todos los sujetos que intervinieron en la cadena de producción y de comercialización ocasionados por el defecto de un producto o de un servicio (artículo 40 de la LDC), que permite reclamar: a) al dañado que es parte de una relación de consumo y, por lo tanto, es acreedor de la obligación del artículo 5 de esta ley y b) al tercero dañado ajeno a la relación de consumo, esto es, el típico *bystander* del derecho anglosajón.

2. Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *Tratado de Derecho de Daños*, Buenos Aires, La Ley, 2019, T. II, p. 177.

3. Remitimos a nuestro comentario al artículo 5 de esta ley para un mayor desarrollo de la obligación de seguridad y sus diferencias con los supuestos abarcados por este artículo 40.

En suma, el *deber de protección* que expresamente se encuentra regulado en al artículo 42 de la Constitución Nacional se concreta legalmente mediante el artículo 5 de la LCD –responsabilidad que recae sobre los *proveedores directos*– y el artículo 40 de la LDC –que admite la responsabilidad de *todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización* de productos y servicios defectuosos, como el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en el producto o servicio–.

Se trata de clarificar cuáles son los supuestos que deben ser encuadrados bajo el amparo del artículo 40. La razón es que esta norma ha sido utilizada para fundar la responsabilidad de los sujetos mencionados en ella en situaciones de lo más variadas, que poco se ciñen a una interpretación sistemática de la regulación positiva de la responsabilidad civil.

Antecedentes

Explican Sprovieri y Dell'Oca que durante el siglo XX tuvo pleno desarrollo una tendencia que había surgido en la centurias anteriores: la marcada sofisticación de la economía, ahora llamada "de consumo". De una etapa casi artesanal, se pasó en poco más de cien años a intercambiar bienes a gran escala y brindar servicios en forma masiva. Una de las consecuencias de este cambio fue el alejamiento, cada vez más marcado entre el productor y el consumidor, ahora relacionados cada vez en forma más impersonal y distante por una cadena de comercialización de productos que involucra, a veces, una multiplicidad de intermediarios. Este panorama de industrialización y masificación desbordó a la legislación decimonónica, que no estaba preparada para contemplar un fenómeno entonces impensable. Reconocida la relación de consumo por fuera del contrato de consumo a principios de la segunda mitad del s. XX, los países desarrollados (Estados Unidos y aquellos que hoy se aglutinan en la Unión Europea) hicieron punta en la materia con aportes doctrinales y jurisprudenciales. La tendencia se trasladó a América Latina; primero a Brasil, por tratarse del mayor mercado de la región y, finalmente, a la Argentina, país en el que, a partir de los últimos años del

siglo pasado, se produjo una evolución lenta pero constante, que se tradujo en norma constitucional y en legislación especial.[4]

La regulación de la materia no ha sido sencilla, ya que se generan tensiones para lograr un adecuado equilibrio entre la tutela de la persona y las exigencias de un mercado competitivo. De ahí las dificultades de construir regímenes normativos eficientes.[5]

Durante mucho tiempo se discutió si el adquirente de un bien defectuoso o peligroso tenía acción por los daños resultantes de su utilización solamente contra quien se lo había vendido o también contra el productor del bien. Como el consumidor no tiene relación contractual con el productor, la pregunta que seguía era cuál debía ser el fundamento, si lo había, para que aquel respondiera. Muchas y valiosas fueron las teorías para justificar la extensión de los límites de la responsabilidad por daños derivados por productos. Las principales cuestiones planteadas al inicio de los estudios del tema en la Argentina fueron dos: a) si era extensiva la responsabilidad por daños por productos a todos los intervinientes en la cadena de producción-comercialización, aunque no hubiesen tenido relación directa con el consumidor y, si así fuese, b) si el supuesto debía ser encuadrado en la responsabilidad objetiva regulada por el artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil, o en el régimen de responsabilidad por culpa del artículo 1109 del mismo cuerpo legal.[6]

La doctrina argentina planteó, desde comienzos de la década del ochenta, la necesidad de establecer una solución específica sobre la responsabilidad por productos defectuosos que consolidara las interpretaciones extensivas efectuadas a partir del artículo 1113 del Código

4. Sprovieri, Luis E. y Dell'Oca, Gastón, *Daños por productos elaborados*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, p. 1.

5. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Comentario al artículo 40", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. [dirs.], *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, 2009, T. I, p. 492.

6. Zannoni, Eduardo A., "Responsabilidad por productos elaborados", en *Seguros y Responsabilidad civil - 5*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 241 y ss. En las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en La Plata, en el año 1981, prevaleció la postura que sostenía que la responsabilidad era subjetiva y que la culpa debía presumirse ante la evidencia del defecto de la cosa; mientras que en minoría, quedaron aquellos que pensaban que la responsabilidad del fabricante frente al damnificado no contratante era objetiva y se fundaba en el artículo 1113 del Código Civil (Sprovieri, Luis E. y Dell'Oca, Gastón, *op.cit.*, p. 196 y ss.).

Civil derogado. El proyecto de reformas del año 1987 contenía una norma en ese sentido,[7] pero no obtuvo sanción legislativa.

En el año 1993, se sancionó la Ley N° 24240, que originalmente contenía entre su articulado un artículo 40, cuya redacción era similar a la actual, aunque con algunas notables diferencias:

> Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La ley fue observada en algunos artículos mediante el Decreto N° 289/1993. Uno de los textos vetados fue precisamente el del artículo 40. Entre otras fundamentaciones se expuso:

> Que la norma reseñada en el artículo 40 con relación al régimen de responsabilidad por daños por vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, redundaría igualmente en un aumento del precio de los productos y en menor competencia en los mercados, objetivos claramente reñidos con el programa económico del Gobierno Nacional y perjudicial para el interés de los consumidores cuya defensa persigue.

Los argumentos del veto fueron absurdos tanto desde el punto de vista conceptual como jurídico.[8]

Superada aquella primera etapa, admitida en general la responsabilidad del productor o intermediario no vendedor bajo los parámetros de una responsabilidad objetiva fundada en el riesgo o, desde otra visión, en la garantía de inocuidad de los productos en base a una responsabilidad contractual de tipo objetivo por violación a una obligación

7. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Comentario al artículo 40", *op.cit.*, p. 492/493. El texto del artículo 2176 del proyecto establecía: "Cuando se trate de productos de consumo se aplicará la imputación objetiva de responsabilidad del artículo 1113. Responderán concurrentemente el vendedor, el productor o fabricante, el importador, el mayorista, y quienes hayan puesto su marca en el producto, sin perjuicio de las acciones de regreso".

8. Bueres, Alberto J. y Picasso, Sebastián, "La responsabilidad por daños y la protección al consumidor", *Consumidores, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009, Vol. 1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p. 39 y ss. Es interesante el análisis que efectúa Irigoyen Testa para demostrar que el argumento no es válido tampoco desde el punto de vista económico (Irigoyen Testa, Matías, "Derecho del consumidor: aportes de la economía y las ciencias del comportamiento", *La Ley*, 31/07/2023, p. 1).

de seguridad, el espaldarazo definitivo a la instauración de un régimen amplio de responsabilidad civil por daños generados por productos y servicios en nuestro país fue la sanción de la Ley Nº 24999, del año 1998,, que reformó la Ley Nº 24420, e incorporó la normativa del consumo el artículo 40. Se consagró así la responsabilidad objetiva de quienes intervinieron en la comercialización de un producto o servicio defectuoso.

Supuestos de aplicación del artículo 40: el dañado que es parte de una relación de consumo y el *bystander* del derecho anglosajón. Diferencias con la obligación de seguridad prevista en el artículo 5 de la LCD

El artículo en comentario permite fundar la responsabilidad de todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio defectuoso en dos supuestos de suma importancia: a) cuando el dañado es parte de una relación de consumo y, por ende, es un acreedor de la obligación del artículo 5 de esta ley y b) cuando el dañado es un tercero ajeno a la relación de consumo, esto es, el típico *bystander* del derecho anglosajón, que no tiene derecho a reclamar por vía del art. 5 de la LDC.

Como en ninguno de los dos casos hay vínculo jurídico entre el sujeto dañado y los eventuales responsables, no hay duda de que la órbita de responsabilidad en la que se inserta esta norma es la *extracontractual* o *aquiliana*.

En los dos casos también –precisamente porque estamos fuera de la órbita obligacional, a diferencia de lo que sucede con la obligación de seguridad prevista en el artículo 5–, a fin de acreditar el factor de atribución (artículo 1734 del CCCN), que es objetivo, el actor debe probar los presupuestos de hecho previstos en la norma:[9] el defecto en el producto o en el servicio y la intervención material de ellos en la producción del daño. Como la responsabilidad por productos o servicios defectuosos se trata de un supuesto especial de responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, una vez acreditados tales presupuestos, la ley presumirá la ade-

9. Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *Tratado de Derecho de Daños*, Buenos Aires, La Ley, 2019, T. II, p. 575.

cuación causal y el demandado solo se podrá eximir si acredita la causa ajena o, lo que es lo mismo, que no fue el autor del daño.

Sin embargo, las dos situaciones mencionadas presentan sus particularidades, a las que se hacen referencia a continuación.

El artículo 40 se aplica al dañado que es parte de una relación de consumo para ampliar la legitimación pasiva siempre que haya producto o servicio defectuoso

El artículo 40 permite extender la responsabilidad a otros sujetos distintos del proveedor directo –que es el único legitimado pasivo de la obligación de seguridad prevista en el artículo 5–. Los acreedores de la obligación de seguridad tienen la posibilidad de ampliar la legitimación pasiva de su reclamo, pero –y esto es lo nuclear– deben acreditar para ello que existió defecto del producto o del servicio que les causó el daño. La solución de la ley resulta razonable, ya que al no haber vínculo jurídico previo entre quienes tienen derecho a reclamar por vía del artículo 5 con los otros integrantes de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio –que no son el proveedor directo–, la órbita de responsabilidad no puede ser otra que la extracontractual o aquiliana. Precisamente, el ordenamiento imputa responsabilidad por fuera de los límites del contrato o de la relación de consumo porque el producto o servicio que fue puesto en el mercado es defectuoso.

Si bien la responsabilidad del artículo 40, al igual que la del artículo 5, es objetiva, los presupuestos a probar son diferentes. Para que sea procedente la responsabilidad prevista en el artículo 40 no es suficiente que los consumidores prueben el daño en el ámbito de la relación de consumo (lo que equivale a probar el incumplimiento de la obligación de seguridad, que es de resultado) sino que será necesario que demuestren que el daño se produjo como consecuencia del defecto del producto o del servicio.

En suma, los consumidores contratantes, los equiparados y los expuestos a las prácticas comerciales, en tanto partes de una relación de consumo –de acuerdo con las precisiones que dimos al comentar el

artículo 5 sobre la legitimación activa y los criterios temporales y espaciales para determinar la extensión de la relación– pueden reclamarle al proveedor directo por el mero incumplimiento de la obligación de seguridad en los términos del artículo 5 (órbita obligacional) y a los demás integrantes de la cadena de producción y comercialización, por vía del artículo 40, pero solo si acreditan que el daño provino del defecto del producto o servicio que se encuentra comprometido en el objeto de la relación de consumo.

En efecto, en el que se efectuó un reclamo a un supermercado mayorista para que se repararan los daños ocasionados al actor, que se había roto una pieza dentaria al morder un metal cuando estaba consumiendo un embutido, si bien el tribunal interviniente rechazó la demanda, al no haberse logrado acreditar la vinculación entre el hecho y la relación de consumo, aclaró que

> En el *sub lite*, teniendo en cuenta que la única atribución de responsabilidad que se discute se refiere al proveedor directo del producto (Makro), el recurso al artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor carece de sentido, pues basta para resolver la cuestión con la obligación de seguridad que imponía al proveedor el ya citado artículo 5 de esa ley.[10]

En la vereda opuesta, algunos tribunales han invocado erróneamente el artículo 40 para fundar la responsabilidad del proveedor directo, cuando, como se ha señalado, la norma aplicable es el artículo 5. Insistimos: si existe relación de consumo, la responsabilidad del proveedor directo es obligacional y no resulta adecuado ni conveniente –ya que exige una prueba extra: el defecto del producto o servicio– recurrir a un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Un ejemplo servirá para ilustrar la situación: una empresa organizadora de viajes de egresados fue declarada responsable de los daños padecidos por una egresada que sufrió un accidente al descender en un trineo realizando "culipatín". El tribunal consideró: "Asimismo cabe juzgar, como lo hiciera el *a quo*, que su responsabilidad también reposa en el artículo 40 LDC. Ello así desde que, si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el

10. CNCiv., Sala A., "T., M. Á. c. Granja Tres Arroyos S.A. y otros s/ daños y perjuicios", 24/11/2016, La Ley 2017-B, 552.

productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio."[11] Se puede observar que la empresa era la proveedora directa de la prestación principal y, como tal, era deudora de la obligación de seguridad prevista en el artículo 5 de la LDC, con lo cual bastaba con que la víctima probara el daño en el ámbito de la relación de consumo, sin que fuera necesaria la acreditación de vicio o defecto alguno del servicio prestado.[12]

El artículo 40 se aplica los *bystander* (sujetos dañados ajenos a la relación de consumo)

El segundo supuesto comprendido en el ámbito específico del artículo 40 es el del tercero ajeno a la relación de consumo que se ve dañado por un producto o servicio defectuoso.

Como se expuso al comentar el artículo 5 de esta ley,[13] el *bystander* está, por imperio constitucional y en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, protegido por las normas que estructuran la tutela del consumidor frente a los proveedores de bienes y servicios. Sin embargo, la seguridad a la que tiene derecho el *bystander* no se funda en las previsiones del artículo 5 de esta ley. Creemos, en cambio, que el *bystander* se encuentra legitimado activamente para reclamar una indemnización, en los términos del artículo 40, precisamente porque esta disposición regula un supuesto de responsabilidad extracontractual.

No por ello se pasa por alto que en "Mosca", la Corte mencionó situaciones que debían ser comprendidas como abarcadas por la

11. CNCom., Sala F, **"**Sotomayor, Agostina Iara c. Travel Rock SA s/ sumarísimo", 24/11/2020, RCyS2021-I, 134.

12. Algo similar sucede en el caso "B. P., del C. G. c/ Parque de la Costa S.A. y otro s/ daños y perjuicios", resuelto 15/07/2011 por la Sala L de la Cámara Nacional en lo Civil. La actora se lastimó en el juego "Samba" en el Parque de la Costa. El tribunal, luego de identificar a la víctima como una consumidora contratante, fundó la responsabilidad del proveedor del servicio en las previsiones del artículo 40, cuando bastaba con recurrir a la obligación de seguridad contemplada en el artículo 5 de la LDC.

13. Remitimos allí para un desarrollo integral de los sujetos protegidos por el derecho del consumo.

relación de consumo[14] y que ello podría llevar, aun cuando el fallo no lo menciona expresamente, a concluir que es el artículo 5 el que resulta aplicable a todas las situaciones allí descriptas. Sin embargo, consideramos que la interpretación que más coherencia le da al sistema en los términos de artículo 2 del CCCN es la que proponemos, que pretende deslindar las situaciones a las que la Corte hizo referencia y clarificar algunos conceptos.

Se recuerda el siguiente pasaje del precedente:

> Cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el artículo 42 CN, que se refiere a la relación de consumo, que abarca no solo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos.[15]

Aquí la Corte incluye a aquellos sujetos indeterminados que reciben ofertas, es decir, aquellos sujetos categorizados como *expuestos a prácticas comerciales*. A pesar de la afirmación, lo cierto es que el caso no versaba sobre ese tipo de sujetos, sino de un tercero ajeno a la relación de consumo que había padecido un daño (un remisero que estaba llevando a un pasajero), es decir, el típico *bystander* del derecho anglosajón.

Luego de esas palabras –y esto es lo que le dará sentido a nuestra interpretación– la Corte expuso lo siguiente: "De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y *en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes*." Más allá de lo sostenido respecto del "período precontractual" al comentar el artículo 5, se quiere poner el acento en la seguridad debida a sujetos no contratantes por "las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales". Se considera que la situación de riesgo creada a la que el máximo tribunal acudió en "Mosca" debe remitir al texto del artículo en comentario ("Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio…"). De ese modo, así como se interpreta que, a pesar de la referencia al "riesgo", el artículo 40 regula el supuesto de la responsabilidad extra-

14. "Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales." (CSJN, Fallos 330:563).

15. CSJN, Fallos 330:563, "Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios", 06/03/2007.

contractual por productos o servicios defectuosos, la terminología utilizada en "Mosca" se debe razonar en el mismo sentido. Por lo tanto, la responsabilidad por los daños causados al *bystander* debe ser fundada en el artículo 40 y no en el artículo 5, que ya se ha comentado.

Es que la base para determinar la protección de la ley, se vincula, de modo genérico, con la información asimétrica que se da entre los proveedores (quienes actúan profesionalmente, aunque sea ocasionalmente) y los sujetos que no tienen conocimientos en las operaciones que se llevan a cabo. Bien destaca Irigoyen Testa que el *bystander* no posee un problema de información asimétrica y, por esa razón, se excluyó en el año 2015 del texto del artículo 1 de la ley.[16]

Como se ha señalado, el *bystander* es, precisamente, un tercero ajeno a la relación de consumo y es por ello que no resulta conceptualmente razonable entenderlo como acreedor de la obligación de seguridad prevista en el artículo 5, que se funda en la existencia de aquella relación. El hecho de que sea dañado como consecuencia de esa relación ajena, no puede tornarlo parte de la relación, que tiene su razón de ser en la información asimétrica entre el proveedor y quien contrata o usa el producto como destinatario final. Por lo demás, si así no fuera, no tendría sentido la expresión usada en el artículo 5: que los bienes o servicios que no deben causar daños son los "utilizados en condiciones previsibles o normales de uso", que está dirigida al destinatario final y que se vincula con el derecho a ser informado.

Aun así, nada impide que, siguiendo la interpretación que efectuamos del fallo "Mosca", se aplique el artículo 40 de esta ley si el daño a ese tercero ajeno a la relación de consumo se produjo por el defecto del producto o del servicio.[17]

16. Incluso dice que el derecho del consumidor no le sería aplicable. Irigoyen Testa, Matías, "Derecho del consumidor… *op. cit.*

17. "C" *op. cit.*T. Sobre los "expuestos a la relación de consumo", Hernánez y Frustagli afirman que "aquel sujeto que se sitúa frente a un peligro derivado de una relación de consumo o que resulte efectivamente afectado, se verá beneficiado con la aplicación del artículo Ley Nº 24240. En definitiva, se trata de un problema de determinación de los beneficiarios del régimen de *responsabilidad por defectos de seguridad de bienes y servicios*", el destacado nos pertenece). El Dr. Sebastián Picasso, en su voto en el caso "M. H, O. y otro c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", en el que se debatía la responsabilidad del banco por el robo que unos clientes sufrieron a unas cuadras de la sucursal, barajó subsidiariamente esta posibilidad: "Solo a mayor abundamiento, apunto que, incluso si –por vía de hipótesis– se considerase

En definitiva, el término "consumidor" utilizado en este artículo 40 debe ser entendido en este sentido laxo, como *sujeto protegido por las normas que estructuran la tutela del consumidor frente a los proveedores de bienes y servicios* y no en sentido estricto, en los términos del artículo 1 de LCD.[18]

En ese entendimiento, el *bystander* se beneficia de la protección constitucional del artículo 42 de la Constitución Nacional, por vía del actual artículo 40 de LCD, que regula una responsabilidad extracontractual. Puede demandar tanto al proveedor directo (mencionado en el texto de este artículo), como a cualquiera de los otros sujetos también aludidos en la norma y que son los integrantes de la cadena de producción y comercialización, siempre y cuando –claro está– se haya acreditado que existió un defecto en el producto o servicio que le causó el daño.

Legitimados activos

Como se esboza en el punto anterior, esta norma protege no solo a los consumidores en los términos artículo 1 de la Ley y el artículo 1092 del CCCN, sino a todas aquellas personas que sufran un daño como consecuencia del defecto del producto o del servicio (el *bystander* al que se refiere la Corte Suprema en "Mosca", con fundamento en el artículo 42 de la Constitución Nacional).

---

que la situación excede el ámbito de la obligación de seguridad, eso no variaría la responsabilidad del demandado. Es que la prueba de que existían fallas en el sistema de seguridad de la sucursal –lo que permitió que varios clientes fuesen "marcados" y posteriormente asaltados– configura sin dudas un vicio del servicio, lo que acarrearía igualmente la responsabilidad extracontractual objetiva de la entidad en los términos del artículo 40 de la ley 24.240." (CNCiv., Sala A, del 6/07/2021, Cita: TR LALEY AR/JUR/106040/20219).

18. Es certero Segundo Méndez Acosta al señalar que, más allá de que nuestra legislación contemple la cuestión relacionada con los riesgos de seguridad en la comercialización dentro de la Ley Nº 24240, lo cierto es que el asunto excede largamente a la categoría de consumidor propiamente dicho. En esa misma línea el artículo 112 del proyecto de Código de Defensa del Consumidor, se refiere a la legitimación activa para reclamar por productos o servicios defectuosos: "Puede demandar la reparación del daño con arreglo a este capítulo toda persona que haya resultado damnificada directa o indirectamente como consecuencia del defecto del producto o servicio, se trate o no de un consumidor." (Puede consultarse el proyecto en https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3143-D-2020.pdf).

En el caso de los contratantes y equiparados, el artículo 40 da fundamento a la responsabilidad de todos aquellos que participaron de la cadena de producción y comercialización, que no sean los proveedores directos (para responsabilizar a estos últimos basta con invocar el incumplimiento de la obligación de seguridad del artículo 5 de la Ley).

La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por ejemplo, condenó a Cervecería y Maltería Quilmes S.A. en los términos del artículo 40 de la Ley Nº 24240, por los daños padecidos por una persona por la explosión de una botella de cerveza elaborada por aquella, que ocurrió en un almacén. El Dr. Zannoni, en su voto, explicó:

> Nos hallamos ante un típico caso de responsabilidad por productos elaborados en el contexto determinado por la ley 24.240 de protección al consumidor. Es conveniente no pasar por alto que las arduas discusiones que antes de la sanción de dicha ley suscitaba la responsabilidad derivada de las relaciones de consumo han quedado, en buena medida, superadas a partir de la entrada en vigencia del art. 40 que, vetado en un principio, fue finalmente sancionado por la ley 24.999.[19]

La víctima era un consumidor que había contratado con el almacén, mas no con la sociedad demandada.

En cambio, el *bystander* podrá recurrir a esta norma para fundar la responsabilidad tanto del proveedor directo como la de los demás legitimados pasivos mencionados.

Un peatón que es embestido por un automotor como consecuencia de un defecto en su sistema de frenado[20] o una persona transita por la vereda cerca de una garrafa o un farol luminoso de una casa que explota, podrían invocar esta norma para reclamarle a cualquier integrante de la cadena de producción y comercialización, incluyendo al proveedor directo del producto, a quien no los une ninguna relación.

También fundados en este artículo pueden reclamar los damnificados indirectos, siempre que el defecto del producto haya producido la muerte del consumidor (quienes no se podrían amparar en la

19. CNCiv., Sala F, "Correa, Carlos Marcial c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. s/ daños y perjuicios", 12/05/2015, Cita: TR LALEY AR/JUR/20172/2015.

20. Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *Tratado de Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 2019, T. II, p. 188.

obligación de seguridad del artículo 5 por no ser parte de la relación de consumo). Al emplazarse el artículo 40 en la órbita aquiliana, siempre que se acrediten los presupuestos de hecho que la norma indica, no hay inconveniente para que cualquier tercero ajeno a la relación de consumo (como lo son los damnificados indirectos) dirija su reclamo contra los legitimados pasivos del artículo 40, incluso al proveedor directo del producto o servicio defectuoso. Sobre este punto explica Sagarna que de la obligación de seguridad no podrán aprovecharse los damnificados indirectos pero "por supuesto, los damnificados indirectos y consumidores y usuarios no contractuales tendrán el salvavidas de la norma del artículo 40 de la Ley N° 24240".[21]

Legitimados pasivos

Son legitimados pasivos y, por lo tanto, responsables de los daños causados a la víctima por el producto o el servicio defectuoso, todos los sujetos que integran la cadena de producción y comercialización del producto o servicio en cuestión. La ley menciona al productor, al fabricante, al importador, al distribuidor, al proveedor, al vendedor y a quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Sin embargo, la enumeración no es taxativa.[22]

El productor, sujeto diferente del fabricante, elabora cosas primarias que no pueden ser consideradas fabricadas o manufacturadas. Esta distinción ha sido valorada como un acierto dentro del derecho argentino, ya que permite incluir productos como los agrícola-gana-

21. Sagarna, Fernando A., "Responsabilidad extracontractual del artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor", en *RDD*, 2022, Vol. I, p. 326.

22. Wigutow, Emiliano J., "El ámbito subjetivo de la responsabilidad por productos defectuosos", en *RDCO 273. Sostiene Emiliano* Wigutow que "a la luz de los principios que rigen el microsistema del consumo, coherentemente podría considerarse que es equivocado discriminar entre aquellos sujetos que se encuentran enumerados en la ley y los que no lo están, en tanto que el espíritu del precepto es el de responsabilizar solidariamente a todo aquel que participó en la cadena de concepción, producción y comercialización del producto o servicio defectuoso. Esta última postura es respaldada por gran parte de la doctrina especializada y además es conteste con el principio básico de la ley que indica que, en caso de duda sobre la interpretación de sus preceptos, prevalecerá la que sea más favorable al consumidor."

deros o la pesca cuando estos no llegan al consumidor en buenas condiciones de uso.[23]

El fabricante es quien elabora un bien determinado, sea por someterlo a un proceso de transformación, montaje, armado o creación; suele actuar sobre bienes primarios, pero también puede operar sobre partes ya fabricadas. La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario resolvió un caso en el que un automóvil protagonizó un accidente al estallar uno de sus neumáticos. Su propietario promovió demanda de daños y perjuicios contra el fabricante y la concesionaria que vendió la unidad.[24] De acuerdo con las consideraciones que aquí se efectúan, el actor podía ejercer su reclamo contra la concesionaria en los términos del artículo 5 de esta ley y extender la legitimación pasiva contra el fabricante del neumático defectuoso y el fabricante del automotor en los términos del artículo 40.

El importador es quien incorpora al mercado nacional un producto de origen extranjero.

Distribuidores son todos los intermediarios de la cadena de comercialización, sean mayoristas o minoristas, cualquiera sea la forma jurídica bajo la cual actúen (*v.gr.*, concesión, agencia, franquicia).

El vendedor es quien pone el producto a disposición del consumidor final. Su mención en el artículo 40 cobra sentido cuando el legitimado activo es el *bystander*, ya que respecto de los legitimados activos que son parte de la relación de consumo, bastará con recurrir a la obligación de seguridad del artículo 5 de la LDC.

La Ley incorpora al proveedor aparente, que es quien puso su marca en la cosa o servicio. Se trata de un típico ejemplo de responsabilidad por generación de confianza en el consumidor.[25] En un caso en el que los padres de una persona que falleció a raíz de la prestación defectuosa del servicio durante el bautismo en paracaídas de la víctima, la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar Del Plata –más allá de la condena al proveedor directo del servicio–, extendió,

23. Ibídem, p 995.; López Herrera, Edgardo S., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 1ª ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pp. 515/516.

24. Cám. Ap. en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, "Santamaría, Héctor c. Rayco S.R.L.", 16/02/2011, TR LALEY AR/JUR/1268/2011.

25. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Comentario al artículo 40", *op.cit.* T. I, p. 510 y ss.

sobre la base del artículo 40 de la LDC, la responsabilidad al Aeroclub, que no había sido el contratante, por los siguientes fundamentos: "La atribución objetiva de responsabilidad por servicios defectuosamente prestados regulada por Ley de Defensa del Consumidor alcanza a todos aquellos que han intervenido en la organización del servicio, incluido quien se presenta en apariencia como tal, como ha acontecido en el presente caso."[26]

Por último, la responsabilidad del transportista se circunscribe a los casos de daños ocasionados con motivo o en ocasión del servicio de transporte que presta, es decir, que responderá en la medida de los daños que cause.

Los legitimados pasivos del artículo 40 no son garantes del cumplimiento de las obligaciones principales

Es importante señalar que el artículo 40 no resulta de aplicación en los casos en los que se pretende la reparación de los daños que sufrió el damnificado como consecuencia del incumplimiento de una obligación principal del proveedor. Esta última situación, como explicamos al comentar el artículo 5 de esta ley, queda enmarcada en los términos de los arts. 10 bis *in fine*, que únicamente permite demandar al proveedor contratante.

El objetivo de la ley no fue el de conferir a todos los miembros de la cadena de producción y comercialización de un producto o servicio el carácter de garantes del exacto cumplimiento de las obligaciones del proveedor directo, sino el de poner a su cargo un deber de inocuidad respecto de esos productos o servicios".[27]

26. Cám. de Apel. Civil y Comercial de Mar Del Plata, Sala III, "Z., O. M. y otra c. T., M. R. y otros s/ daños y perj. - resp. est. - por delitos y cuasid. sin uso automot.", 01/02/2017, Cita: TR LALEY AR/JUR/33/2017.

27. CNCiv., Sala A, "N. C., L. B. y otro c. Edificio Seguí 4653 S.A. y otros s/ vicios redhibitorios", 20/02/2014, Cita: TR LALEY AR/JUR/5724/2014. Dijo además el tribunal: "Desde este enfoque, fácil resulta advertir que el régimen instaurado por el artículo 40 de la LDC no es aplicable en el presente caso, toda vez que la demanda se fundó en los vicios redhibitorios que presentó el inmueble adquirido por los actores a Edificio Seguí 4653 S.A., y lo que los demandantes pretenden es la reparación de los daños que sufrieron como consecuencia del incumplimiento de una obligación principal del proveedor (la de entregar una cosa exenta de vicios), y no la de los perjuicios que podrían haber experimentado como consecuencia de la lesión de su persona o de otros bienes

La Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con un criterio adecuado, lo expuso claramente: "Por consiguiente, no resultará aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 40 de la LDC cuando el daño sea consecuencia del incumplimiento de la o las obligaciones principales a cargo del proveedor, sin perjuicio de la procedencia de las herramientas que otorgan al consumidor los arts. 10 bis, 11 y ss., 18, 19 y concs. de la LDC".[28]

También la Sala D del mismo fuero ha señalado: "La responsabilidad establecida por el 40 de la Ley Nº 24240 aprehende el caso del daño al consumidor o a su patrimonio causado por el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación. Empero, cuando no existe daño al consumidor o a su patrimonio derivado de tales eventos, sino del mero incumplimiento o del tardío incumplimiento obligacional, lo dispuesto expresamente por el citado artículo 40 no se aplica ni sirve para establecer una responsabilidad solidaria –*rectius*: concurrente o *in solidum*– entre los sujetos mencionados por la norma".[29]

También la Sala D en otro caso resolvió: "El régimen de responsabilidad previsto en el art. 40 LDC no resulta aplicable al fabricante, ya que el caso no trata de un defecto de fabricación del automotor que fue entregado a la adquirente; lo que sí se encontró afectada fue la calidad del rodado que fue enajenado a la demandante, pues lo que a ella fue provisto –un automóvil con caja de siete marchas, en lugar de nueve– vino a ser así, en cierta medida, algo diverso de lo debido. Lo defectuoso no fue, en este caso, la cosa misma, sino el cumplimiento, al haberse entregado una cosa con cualidad diversa de la ofrecida por la vendedora y querida por la compradora".[30]

No se cree que sea correcto el criterio contrario, por el que muchos tribunales han endilgado responsabilidad por vía del artículo 40

distintos del mencionado inmueble. Ello enmarca la cuestión en los términos de los arts. 10 bis y –eventualmente– 18 de la LDC, que únicamente permiten demandar al proveedor contratante directo".

28. CNCom, Sala E, "Clemente, Pablo Gabriel c. Daimler Chrysler Argentina S.A. y otro s/ sumarísimo", 29/6/2012, El Dial AA7934.

29. CNCom., Sala D, "Benítez Segovia, Matías Agustín y otros c. Kuarzo Argentina SA (continuadora de Endemol Arg. SA) y otros s/ ordinario", 22/09/2022, SJA 25/11/2022, 9, TR LALEY AR/JUR/131292/2022.

30. CNCom., Sala D, "Necxus Negocios Informáticos S.A c. Cicliutti Guerini S.A. y otro s/ ordinario, 23/02/2021, Cita: TR LALEY AR/JUR/667/2021

a ciertos integrantes de la cadena de producción o comercialización por el mero incumplimiento de obligaciones principales. Por ejemplo, la Sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, resolvió: "Tratándose de una relación de consumo entre la empresa prestadora de un servicio –artículo 2, Ley Nº 24240– y una persona humana destinataria de esa prestación –artículo 1092, CCCN–, corresponde condenar a la fabricante del automotor codemandada por incumplimiento contractual en los términos del artículo 40 de la Ley Nº 24240, pues la norma establece un sistema de responsabilidad objetivo que se extiende a todos los que participaron en la concepción, creación y comercialización del servicio y no solo a quien lo provee en forma directa, máxime cuando del convenio de compraventa surge que aquella garantizaba la entrega del rodado."[31]

Algo similar sucedió en un caso resuelto por la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que recurrió al artículo 40 para condenar a Mercado Libre por el incumplimiento de un contrato celebrado en su plataforma en la que una persona había adquirido entradas para un recital.[32]

La responsabilidad es concurrente y no solidaria

Si bien el texto de la ley afirma que en todos los casos la responsabilidad es solidaria, hubiera sido más correcto dejar sentado que se trata de una responsabilidad concurrente.[33]

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado el artículo, a pesar de la literalidad del texto del artículo, fundados en la estructura propia de la obligación, ya que en estos casos, si bien existe unidad de objeto, la pluralidad de deudores responde a distintas causas (artículo 850 del CCC), a diferencia de la obligación solidaria, en la que la plu-

31. CNCom, Sala B, "Salem, Carlos Isaac c. Guillermo Dietrich S.A. y otro s/ ordinario", del 06/11/2015, Cita: TR LA LEY AR/JUR/68850/2015.

32. CNCiv., Sala K, "Claps, Enrique M. y O. v. Mercado Libre S.A.", 05/10/2012, Cita: TR LALEY AP/JUR/3246/2012.

33. Waijntraub, Javier, *Régimen jurídico del consumidor comentado*, Santa fe, Rubinzal Culzoni, 2017, p. 249.

ralidad de deudores y la identidad de objeto van acompañadas de la unidad de causa (artículo 827 del CCC).[34]

Al entender que la obligación es concurrente, ello permite a los condenados a ejercer las acciones de regreso que el artículo 850 del CCC expresamente prevé.

Se aplican, asimismo, las normas referidas a la responsabilidad colectiva, en particular, la referida al autor anónimo (artículo 1761 del CCC).

Eximición de responsabilidad: la causa ajena

Tal como lo dispone el artículo y por tratarse la responsabilidad por producto o servicio defectuoso de un supuesto especial de responsabilidad objetiva extracontractual por riesgo, una vez probado el defecto y la relación material entre este y el daño, el ordenamiento presume la adecuación causal y, por lo tanto, el sindicado como responsable solo se podrá eximir probando la causa ajena, es decir, que no es el autor del daño. El nexo causal se interrumpe acreditando el hecho de la víctima, el hecho del tercero por el que no se debe responder y el caso fortuito o la fuerza mayor, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1729, 1730 y 1731 del CCC.

Se desarrolla más adelante la cuestión acerca de los riesgos de desarrollo –defectos que, a la luz del estado de los conocimientos técnicos o científicos, no pueden ser descubiertos en el momento de ponerse en circulación un producto– y el debate acerca de si pueden ser encuadrados como caso fortuito por el que los legitimados pasivos del artículo 40 deben responder.

Se aplica a productos y no a cosas. Producto o servicio defectuosos

Existe consenso en la doctrina en que, más allá del texto de la ley, que se refiere al riesgo o vicio de la cosa o del servicio, el supuesto de hecho de la norma se refiere en realidad al defecto del producto o

34. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal Culozoni, 2009, p. 530; Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Comentario al artículo 40", *op.cit.* , T. I, p. 512.

servicio defectuoso. La razón no solo se vincula con lo que se observa en general en el derecho comparado, sino que la noción de riesgo resulta demasiado amplia y conduciría a responsabilizar a los integrantes de la cadena de producción y comercialización más allá de los defectos de seguridad. Bastaría la creación de riesgo mediante el lanzamiento de las cosas o servicios en el mercado y su consecuente comercialización, para imputar responsabilidad a cualquier integrante de la cadena de comercialización si se verifica que se causó un daño.[35]

Se considera *producto* a toda cosa que resulta de un proceso de industrialización, que implica introducir en la materia prima transformaciones de alguna índole. Es decir, que los productos son "cosas que son el resultado de la transformación industrial de una materia prima en un producto terminado".[36]

Los defectos pueden provenir de la fabricación, de la construcción, de la información o de la conservación del producto.[37] La nota común –y esencial– radica en que estas anomalías importan la *introducción de un riesgo* en el medio social, sea por tornar riesgoso a un producto que no lo es ni por naturaleza ni por modo de empleo, sea por potenciar su peligrosidad intrínseca.[38]

Un defecto de *fabricación* se caracteriza por la disconformidad entre un producto terminado y los demás de su serie o, también, por la disconformidad entre una unidad-producto y el diseño que debió seguirse en su manufactura.[39] Son defectos de fabricación los que presentan una o más unidades producidas individualmente consideradas, pero que no afectan al conjunto de la producción en serie

35. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Comentario al artículo 40", *op.cit.*, p. 495. Nótese por otra parte, que las interpretaciones que se efectúan respecto de la letra del texto del art. 1758 del CCC, que se refiere a los sujetos responsables por los daños causados por actividades riesgosas, tienden a establecer parámetros acotados y razonables; Picasso, Sebastián y Sáenz, Luis R. J., *Tratado de Derecho de Daños*, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 208 y ss.

36. Zannoni, Eduardo A., "Responsabilidad por productos elaborados", en *Seguros y responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 274.

37. Trigo Represas, Félix A., "La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", La Ley, 1982-B, 663.

38. Boragina, Juan Carlos, "Responsabilidad por daños causados por productos elaborados defectuosos", RCyS 2011-X, 281.

39. Sprovieri, Luis E. y Dell'Oca, Gastón, *op.cit.* , p. 257.

(v.g., defectuoso montaje de una pieza por falla de alguna máquina o de algún empleado u obrero).[40] Es aquel que proviene de una falla humana o mecánica generada durante el proceso de fabricación en sentido estricto o en la fase de controles intermedios o final.[41] Lo definitorio es, en definitiva, que el fabricante no quería que existiese la característica en cuestión y que ella, de alguna manera, se introdujo en el proceso de fabricación.[42]

Los *vicios de construcción*, en cambio, son los atinentes al diseño del producto, y afectan por consiguiente a todos los de una misma serie.[43] Se trata de un defecto de diseño, que puede ocurrir en la fase de concepción o idea inicial; en la de elaboración del prototipo o en la de revisión del diseño.[44]

Los *defectos de información* del usuario se relacionan con la inexistencia o insuficiencia de la información que deben brindar los fabricantes o comercializadores del producto.[45] Se trata de vicios extrínsecos al bien elaborado pero de notoria incidencia en la generación o potenciación de riesgo. Pueden producirse por deficiencia en las *instrucciones* sobre formas de empleo o por omitirse las *advertencias* acerca de la nocividad que puede resultar de un determinado uso.[46] El artículo 4 de la ley dispone que el proveedor debe poner a disposición del consumidor una información cierta, clara y detallada sobre las características esenciales de los bienes y servicios que provee. La información tiene que ser necesaria y suficiente para alertar acerca de aquellos riesgos que pueda entrañar un producto o servicio, con el propósito de evitarle daños al consumidor.[47] Pizarro señala que los defectos de información suelen presentarse en aquellos productos que, pese a estar perfectamente

40. Picasso, Sebastián y Wajntraub, Javier H., "Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor", JA, 1998-IV-753.

41. Boragina, Juan Carlos, "Responsabilidad…", *op. cit.*

42. Sprovieri, Luis E. y Dell'Oca, Gastón, *op. cit.*, p. 257.

43. Picasso, Sebastián y Wajntraub, Javier H., "Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor", JA, 1998-IV-753.

44. Boragina, Juan Carlos, *op.cit.*

45. Picasso, Sebastián y Wajntraub, Javier H., "Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor", JA, 1998-IV-753.

46. Boragina, Juan Carlos, "Responsabilidad…", *op. cit.*, p. 281.

47. Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A., "Comentarios a los arts. 5, 6 y 40", *op. cit.*, T. I, p. 80 y 497.

realizados para el uso al que se destinan, por tener ciertas cualidades peligrosas previsibles para terceros, por una acción externa predecible en términos de razonabilidad, por su complejidad o por otras razones que así lo determinen, deben ir acompañados de indicaciones sobre la forma y modo de empleo a fin de prevenir daños al destinatario final del producto que el empresario conocía o debía conocer. Si estas informaciones son omitidas o consignadas indebidamente, y existe relación causal adecuada entre dicha circunstancia y el daño, el proveedor profesional puede ver comprometida su responsabilidad. De igual modo, el proveedor no puede liberarse de la responsabilidad por productos mediante el uso de advertencias correctas si el daño hubiera podido ser evitado mediante un correcto diseño o fabricación de aquellos.[48]

Si una persona compra un juguete para su sobrino de dos años, que en apariencia parece inocuo, pero cuando el infante lo manipula se intoxica o atraganta al ingerir piezas que se desprenden del producto, entonces la falta de información genera daños, que podrían haber sido evitados con una adecuada información.[49]

Un consumidor que padecía hipotiroidismo, privación de la visión y pérdida total de la fuerza muscular, demandó a un laboratorio por considerar que ello fue consecuencia de la ingesta de un medicamento fabricado por este. Se tuvo por probado que existió un defecto de información respecto de los posibles efectos adversos del medicamento Lipobay, consumido por el actor.[50]

Una persona fue medicada con un producto medicinal recetado por un gastroenterólogo que no contenía en su prospecto adjunto una contraindicación, le produjo problemas ginecológicos, alteración de la visión y mareos. Se decidió que el laboratorio era responsable por la omisión de proporcionar una información veraz y completa respecto de sus componentes.[51]

48. Pizarro, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. II, p. 344.

49. Irigoyen Testa, Matías, "Derecho del consumidor… *op. cit.*

50. CNCiv., Sala A, "R., F. E. c. Bayer S. A. y otros s/ daños y perjuicios", 22/08/2012, TR LALEY AR/JUR/44850/2012.

51. CNCiv., Sala G, "L., N. R. c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y otros s/daños y perjuicios", 25/09/2012, Cita: TR LALEY AR/JUR/51035/2012.

Cabe agregar que pueden existir también *defectos de conservación del producto*, que pueden llevar a causar daños por su uso o consumo en mal estado.[52] Son aquellos que sobrevienen por el incumplimiento de las normas y pautas que atienden al mantenimiento del producto en estado apto durante la etapa que transcurre entre su fabricación y su consumo.[53] Incluye al defecto por *publicidad engañosa*: aquel que se configura cuando se afirma alguna cualidad impropia del producto que puede derivar en daño para el potencial consumidor.

El servicio entraña el ejercicio de una actividad, de un comportamiento de energía o de trabajo, realizado profesionalmente para satisfacer el interés de otra persona y se plasma esencialmente en obligaciones de hacer. Al igual que los productos, los servicios introducidos en el mercado deben ser inocuos, ajustarse a las exigencias sociales y ser aptos para satisfacer las legítimas expectativas se seguridad de los consumidores.[54]

Prueba

Se destaca que incumbe a la víctima probar el defecto y la relación material entre este y el daño. Esta circunstancia denota la diferencia notable que existe con el régimen probatorio para reclamar por la vía del artículo 5 de esta Ley. En este último caso basta con probar el incumplimiento de la obligación de seguridad, lo que importa probar que se produjo un daño en el ámbito de la relación de consumo, sin que sea necesario acreditar defecto o vicio alguno.

En un caso en el que los adquirentes de un automotor 0 km promovieron demanda contra el fabricante (entre otros) por los daños y perjuicios derivados de un accidente del cual resultaron víctimas, causado en los supuestos vicios de fabricación que presentó el vehículo en cuestión, a Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial juzgó que la parte actora no había acreditado que el daño sufrido

52. Picasso, Sebastián; Wajntraub, Javier H., "Las leyes 24.787 y 24.999: Consolidando la protección del consumidor", JA, 1998-IV-753.

53. Boragina, Juan Carlos, *op.cit.*

54. Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos Gustavo, *Tratado de responsabilidad civil*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2018, T. II, p. 495.

estuviera causalmente relacionado con vicio de la cosa imputado en autos y por esa razón, rechazó la demanda contra el fabricante.[55]

La propia entidad del defecto de construcción facilita la demostración para la víctima. Estos defectos son de fácil demostración, dada la existencia de productos similares o de otros ejemplares, respetuosos de las directrices de diseño. Existe un modelo frente al cual realizar el ejercicio de comparación. Si el producto en cuestión se aparta del diseño fijado, surge entonces un defecto en su fabricación.[56]

Sin embargo, como muchas veces resulta difícil la obtención de esa prueba para el damnificado, en esta materia cobra especial trascendencia las presunciones judiciales, es decir, siempre que existan indicios graves, precisos y concordantes que permitan inferir que el defecto que presenta el producto. De ese modo, se evita la injusticia a la que puede conducir la aplicación rígida de los principios generales de la carga de a prueba.[57]

Problema especial de los productos defectuosos: los riesgos de desarrollo

La problemática

No son infrecuentes los casos en los que, tiempo después de que se comercializa un producto, se descubre que causaba algún daño que no era posible conocer al momento en que había sido puesto en circulación. Es así que medicamentos, alimentos, artículos de limpieza, juguetes o diferentes productos son masivamente utilizados sin aparentar riesgos y luego, a raíz del avance científico y nuevos procedimientos investigativos, se llega a determinar su nocividad. Sucedió con hemoderivados para hemofílicos y con sangre transfundida, que contenían HIV; con sedantes para embarazadas (Talidomida),

55. CNCom., Sala D, "Poggio, Susana Beatríz y otro c. Renault Argentina S.A. y otros s/ ordinario", 12/08/2013, Cita: TR LALEY AR/JUR/60634/2013.

56. Tallone, Federico C., *Daños causados por productos elaborados*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, p. 42; Sprovieri, Luis E. y Dell'Oca, Gastón, *op. cit.* p. 258.

57. Hernández, Carlos A. - Frustagli, Sandra A., "Comentario al artículo 40", *op. cit.*, T. I, p. 522.

que provocaron el nacimiento de niños con deformaciones físicas;[58] con medicamentos para el colesterol (MER/29), que generaron problemas en la vista y hasta ceguera en quienes lo utilizaron; con una droga antiabortiva (DES), que produjo cáncer de útero en las hijas de quienes la habían utilizado; con anticonceptivos (Ortho-Novum), que provocaba la parálisis de parte del cuerpo;[59] entre muchos otros. No es osado pensar que en el futuro se tendrá noticia de muchas más nuevas situaciones nocivas vinculadas a otros medicamentos,[60] a alimentos e, incluso, a productos tecnológicos.[61]

El denominado *riesgo de desarrollo* se puede definir como el defecto que, a la luz del estado de los conocimientos técnicos o científicos, no puede ser descubierto en el momento de ponerse en circulación un producto.[62] La temática se encuentra subsumida en la de la responsabilidad por productos elaborados, en particular, la de los productos defectuosos o peligrosos.

58. La talidomida fue uno de los teratógenos humanos (medicamento u otro agente que causa el desarrollo normal del embrión o el feto) más potentes, utilizado ente los años 1957 y 1963 como sedante y como calmante de las náuseas durante los tres primeros meses de embarazo. La ingestión de una sola dosis de talidomida durante el comienzo del embarazo provocaba graves deformaciones en el feto.
En Alemania, en diciembre de 1970, terminó el juicio iniciado a raíz de la toma de este medicamento. La empresa Grünenthal reconoció su responsabilidad y se comprometió a compensar económicamente a las personas afectadas: millares de niños con malformaciones y 800 adultos que sufrieron trastornos nerviosos después de haberlo ingerido. El producto fue comercializado en más de 50 países del mundo. El 20/10/2015, el Tribunal Supremo de España puso fin al litigio sobre la materia (Sentencia N° 544/2015).

59. Brochu v. Ortho Farm. Corp [642 F. 2d 652 (1st. Cir. 1981)].

60. No es esta la oportunidad en la que analizaremos las eventuales responsabilidades para el caso de que se descubra en el futuro que la aplicación de las vacunas contra el COVID-19 genera algún daño a las personas. El tema, por su complejidad, merece un tratamiento particularizado.

61. Muchas actividades innovadoras pueden ser potencialmente una fuente generadora de daños. El derecho debe adecuarse a estas nuevas realidades como a su vez comprender que temas como los riesgos que puede provocar la nanomedicina, con sus "máquinas" moleculares inobservables, el uso en seres humanos de "células madre", los transgénicos son, como antaño, el desafío planteado por el daño ambiental o el producido por medicamentos. (Barocelli, Sergio Sebastián y Garrido Cordobera, Lidia M. R., "Responsabilidad por riesgo de desarrollo. Aproximaciones de la jurisprudencia argentina", La Ley 2008-F, 843).

62. Bueres, Alberto J. – Picasso, Sebastián, "La responsabilidad por daños y la protección al consumidor… *op. cit.* p. 31.

La concepción que se puede tener de los riesgos de desarrollo tiene, del lado de las víctimas, implicancias sociales considerables y, por el lado de los productores, implicancias económicas no menos importantes. En efecto, como siempre en el derecho de la responsabilidad civil, la severidad hacia los responsables, aquí los productores, tiene como consecuencia un costo de producción más elevado que el que resultaría de un sistema de reparación menos indulgente hacia las víctimas y, en consecuencia, un encarecimiento del costo de los productos en detrimento de los consumidores. La seguridad tiene un precio que repercutirá necesariamente sobre el de los productos. A la inversa, si bien una responsabilidad que favoreciera a los productores tiene evidentemente efectos desfavorables para las víctimas, ya que los daños se reparan con menos frecuencia, ella no conlleva un mayor costo de producción, lo que favorece a los consumidores. La elección entre las dos actitudes es de la mayor importancia en un mercado de masas.[63]

La responsabilidad por productos defectuosos es una construcción que surge en la jurisprudencia de Estados Unidos.[64] Los *leading case* en la materia muestran cabalmente el desarrollo del avance en la materia. Así, los casos *MacPherson v. Buick Motor Co.*, con sentencia del Juez Cardozo;[65] *Henningsen v. Bloomfield Motors Co.*, del Tribunal Supremo de Nueva Jersey, de 1960[66] y *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*;[67] fueron claros paradigmas en ese camino. Las ideas

63. Larroumet, Christian, "La noción de riesgo de desarrollo, riesgo del siglo XXI", en *RCyS*2000, p. 81.

64. Puede verse un clarificador desarrollo del derecho norteamericano acerca de la responsabilidad del fabricante en BORGHETTI, Jean-Sébastien, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, Libreirie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2004, p. 19 y ss.

65. 111 NE 1050, New York, 1916. El caso versaba sobre daños derivados de un vehículo automotor. En él, el juez Benjamin Nathan Cardozo –futuro magistrado de la Corte de los Estados Unidos– sostuvo el deber de salvaguardar la vida, cuando las consecuencias de la negligencia pueden ser previstas, va más allá del contrato.

66. 32 NY 358, 161 A2d 69. En este caso, se decidió que los consumidores no tenían necesidad de probar la culpa del fabricante, dado que existían razones de justicia social para afirmar la existencia de una garantía implícita que acompañaba al bien hasta el último consumidor.

67. 377 P.2d 897, Cal. 1962. La sentencia deja en claro que un fabricante es estricta y civilmente responsable cuando se demuestra que un producto que coloca en el mercado co-

que surgieron en los precedentes mencionados se consolidaron y fueron plasmadas por el *American Law Institute* en la sección 402 A de la *Restatement of the Law (Second) of Torts* (1965)[68] y en el artículo 2 de la *Restatement of the Law (Third) of Torts* (1998).[69]

La sección 402 A del *Rest. 2d* prevé una regla general que considera defectuoso a aquel producto que presente un "peligro irrazonable" (*unreasonable dangerousness*), definido, en el comentario i), como aquel peligro que supera el que podía legítimamente esperar el consumidor medio, de acuerdo con los conocimientos ordinarios de la comunidad y las características del producto. En otras palabras, lo defectuoso se determina según un criterio de *expectativas razonables del consumidor*. El comentario k) añadió a dicho precepto una excepción para los fabricantes de productos "inevitablemente inseguros" (*unavoidably unsafe products*), entre los que se incluía a los medicamentos, según la cual *el fabricante no es responsable de los daños causados por el diseño del producto si proporciona información adecuada sobre sus riesgos previsibles*.

La sistematización llegó luego con la Directiva 85/374/CEE, que creó un sistema legal autosuficiente en materia de responsabilidad objetiva por productos defectuosos para los países miembros de la Unión Europea. Una vez instituido, este modelo fue seguido por

---

nociendo que será usado sin inspección por defectos tiene un defecto que causa daños a seres humanos. La idea fue asegurar que los costes de los daños resultantes de productos defectuosos se impongan sobre el fabricante que los coloca en el mercado más que sobre las personas dañadas, con menor capacidad para protegerse por sí mismas.

68. Sección 402 A. Responsabilidad especial del vendedor de un producto por daño físico al usuario o consumidor. 1) El que ha vendido un producto en condiciones defectuosas que resulten más peligrosas que lo razonable al usuario o consumidor o a sus bienes, será responsable por el daño físico que sea causado por aquellos al último usuario o consumidor o a sus bienes, si: a) el vendedor habitualmente vende productos semejantes, y b) es razonable esperar que los mismos lleguen y, de hecho, han llegado, al usuario o consumidor sin ningún cambio sustancial en la condición original en que fueron vendidos. 2) La regla establecida en inc. 1) se aplica aunque: a) el vendedor haya puesto todo el cuidado posible en la preparación y venta de su producto; y b) el usuario o consumidor no hayan comprado el producto al vendedor o no hayan participado en una relación contractual con el mismo."

69. Su artículo 2 dispone que [un producto] es defectuoso en el diseño cuando el riesgo previsible de daño creado por el producto podría haber sido reducido o suprimido mediante la adopción de un diseño alternativo razonable por parte del vendedor u otro distribuidor, o un predecesor en la cadena comercial de distribución y la omisión del diseño alternativo convierte al producto en un no razonablemente seguro.

países que no pertenecían a la Comunidad e influyó en forma directa en la normativa de países cuyos sistemas de responsabilidad civil son muy diversos.[70]

Los daños causados por riesgo de desarrollo provienen de un tipo especial de defecto o peligro: aquel que, por el estado de la ciencia, no podía conocerse al momento de la puesta en circulación del producto. La pregunta que sigue es, naturalmente, ¿quién debe asumir los daños producidos por el riesgo de desarrollo?, lo que se traduce, por las características del ordenamiento jurídico argentino, en el interrogante de si el riesgo de desarrollo configura o no un caso fortuito que exime de responsabilidad a los legitimados pasivos del artículo 40 de la LDC.

La directiva 85/374/CEE y el derecho argentino

Así como la directiva 85/374/CEE estableció la responsabilidad objetiva del productor por los daños causados por los defectos de sus productos (artículo 1),[71] también previó una serie de supuestos en los que se eximía al productor aun cuando el producto fuera defectuoso; entre ellos, el riesgo de desarrollo. Así, en el artículo 7[72] se dispone que el pro-

70. Prieto Molinero, Ramiro J., "Evolución y teoría de la responsabilidad objetiva por productos" en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. [dir.], *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, T. II, La Ley, 2009, p. 731. Así, por ejemplo, en Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Suiza, Irlanda, Italia, Países Bajos, Austria, Portugal y Reino Unido reglamentan los riesgos del desarrollo como una causa de eximición de responsabilidad del productor de daños y perjuicios. Luxemburgo, Finlandia y Suecia han sentado la regla contraria: los riesgos del desarrollo no eximen de responsabilidad al fabricante. España, a través de la ley 22/1994, ha sentado como regla la de la directiva, esto es, la no responsabilidad por riesgos del desarrollo, mas con una importante excepción. En su artículo 6 establece: "Causas de exoneración de responsabilidad. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables de acuerdo con esta ley no podrán invocar la causa de la exoneración de la letra e) del apartado 1) de este artículo." También es el caso de Alemania, que si bien adopta la excepción, la excluye en materia de medicamentos. (Sozzo, Gonzalo, "Riesgos del desarrollo sistema de derecho de daños (Hacia un Derecho de Daños Pluralista)", en *Revista de Derecho de Daños*, 2006, vol. 2, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 76 y ss.).

71. Artículo 1. El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos.

72. Artículo 7. En aplicación de la presente Directiva , el productor no será responsable si prueba: a) que no puso el producto en circulación; b) o que , teniendo en cuenta

ductor no será responsable si prueba: e) "que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto".

Debe destacarse, sin embargo, que en el artículo 15[73] de la misma normativa se autoriza a los Estados a dejar de lado tal exoneración. Es decir, cada país miembro puede establecer normas que responsabilicen a los productores por los daños causados por los riesgos de desarrollo. En el mismo artículo 15 se estableció la revisión del inciso e) del artículo 7 pasados diez años y luego de la evaluación de un informe sobre la inci-

las circunstancias , sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde; c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos , y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional; d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos; e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación , el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto; f) o que , en el caso del fabricante de una parte integrante , el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.

73. Artículo 15. 1. Cada Estado miembro podrá: a) no obstante lo previsto en el artículo 2, disponer en su legislación que , a efectos del artículo 1 de esta Directiva , por " producto " se entienda también las materias primas agrícolas y los productos de la caza; b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7 , mantener o , sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo, disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que , en el momento en que él puso el producto en circulación , el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto. 2. El Estado miembro que quisiera introducir la medida especificada en la letra b) del apartado 1, deberá comunicar a la Comisión el texto de la medida propuesta. La Comisión informará de ello a los demás Estados miembros. Este Estado miembro esperará nueve meses para tomar la medida a partir del momento en que informe a la Comisión y siempre que entretanto ésta no haya sometido al Consejo ninguna propuesta de modificación de la presente Directiva que afecte al asunto tratado. Si, no obstante; la Comisión no comunicará al Estado miembro, en el plazo de tres meses, su intención de presentar tal propuesta al Consejo, el Estado miembro podrá tomar inmediatamente la medida propuesta. Si la Comisión presentara al Consejo la propuesta de modificar la presente Directiva en el mencionado plazo de nueve meses, el Estado miembro de que se trate esperará dieciocho meses para tomar la medida a partir del momento en que se presentó la propuesta. 3. Diez años después de la fecha de notificación de la presente Directiva, la Comisión someterá al Consejo un informe sobre la incidencia que haya tenido la aplicación hecha por los tribunales de la letra e) del artículo 7 y la letra b) del apartado 1 de este artículo en la protección de los consumidores y en el funcionamiento del mercado común. A la luz de este informe el Consejo, actuando a propuesta de la Comisión y en los términos que estipula el artículo 100 del Tratado, decidirá si deroga o no la letra e) del artículo 7.

dencia que esa disposición hubiera tenido en los tribunales en la protección de los consumidores y en el funcionamiento del mercado común.

El derecho argentino no contemplaba, ni lo hace en la actualidad, una norma de redacción similar a la del inc. e) del artículo 7 de la Directiva europea y es por ello que se dio en nuestro país un arduo debate doctrinario[74] sobre este punto, que no cesó con la incorporación, en el año 1998, del artículo 40 que estamos comentando. Esta disposición no zanjó la cuestión acerca de si el riesgo del desarrollo, dentro del contexto normativo del consumidor, podía ser considerado un caso fortuito y, por ende, una eximente de responsabilidad para el proveedor y todos los integrantes de la cadena de producción y comercialización.

El caso fortuito y el riesgo de desarrollo

Según el derecho argentino, el caso fortuito es aquel hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado y exime de responsabilidad excepto disposición en contrario (artículo 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación). El caso fortuito debe reunir ciertos caracteres para ser tal: imprevisibilidad, inevitabilidad y ajenidad.

La noción de imprevisibilidad se vincula con la teoría de la causalidad adecuada adoptada por los artículos 1726 y 1727 del mismo cuer-

74. Se trató el tema en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981); en las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, 1986); en las I Jornadas sobre responsabilidad por productos farmacéuticos y medicinales (Morón, 1987); en las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1989); en las I Jornadas Internacionales de Estudiantes de Derecho (Córdoba, 1992); en las Jornadas Nacionales de Derecho Privado, Universidad Nacional del Nordeste, en Homenaje a César Augusto Abelenda (Corrientes, 1994); en las I Jornadas de Derecho Civil de Morón (1994); en las VII Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, 1994); en el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional del Consumidor y Usuario (Rosario, 1994). Pueden verse las conclusiones en Márquez, José Fernando – Moisset De Espanés, Luis, "Responsabilidad por productos y servicios peligrosos o defectuosos. El riesgo de desarrollo como eximente" en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. [dir.], *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, Tomo II, La Ley, 2009, p. 782 y ss.; Sosso, Gonzalo, "Riesgos del desarrollo y sistema de derecho de daños (Hacia un Derecho de Daños pluralista)", en *Revista de derecho de daños* 2006-2. *Eximentes de responsabilidad*, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 75 y ss; Goldenberg, Isidoro h. – López Cabana, Roberto M., "Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos", JA 1990-I-917.

po legal. En el ámbito extracontractual, para evaluar la existencia de un vínculo causal adecuado entre un hecho y un resultado, es preciso indagar si este último era previsible objetivamente para una persona media que estuviera en conocimiento de las circunstancias del caso. En la caracterización del caso fortuito reaparece esta nota relacionada con la previsibilidad: el caso fortuito es un hecho que no habría podido ser previsto en los términos que se acaban de mencionar y es precisamente por eso que rompe el nexo causal adecuado entre el hecho del agente y el daño. En el ámbito contractual, si el *casus* provoca la imposibilidad de cumplir, extingue la obligación.

En cuanto a la inevitabilidad cabe decir que el caso fortuito requiere algo más que la ausencia de culpa: no basta con la prueba de la diligencia, o de haber adoptado precauciones razonables, sino que es preciso demostrar que el daño no habría podido ser evitado ni siquiera si se hubiera desplegado una diligencia superlativa, muy superior a la del hombre normalmente cuidadoso. El caso fortuito exige imposibilidad: ni el responsable, ni nadie en su lugar, deben haber estado en condiciones de impedir el daño.[75]

La idea de imprevisibilidad es inherente al concepto de *riesgo de desarrollo*: no se puede prever el daño –y por ende tampoco evitar– porque el estado de la ciencia no lo permite. Esta circunstancia ha llevado a algunos autores a afirmar que si bien hay causalidad material, cuando se produce un daño como consecuencia del riesgo de desarrollo, no hay causalidad jurídica. Ninguna de las vertientes que propugnan la teoría de la causalidad adecuada (*v. gr*. apreciación subjetivista de Von Kries, la objetivista de Thon y el juicio de un observador experimentado de Traëger) permite, en principio, vincular causalmente el daño con el producto que tiene un vicio por el riesgo de desarrollo.[76]

Lo que sucede es que aquellos que afirman que no hay causalidad jurídica se desentienden de la circunstancia de que la responsabilidad

75. Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Tunc, André, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, Ejea, 1962, T. 1, Vol. II, p. 326.

76. Prieto Molinero dice que "en el riesgo de desarrollo ni un observador experimentado, ni nadie podía conocer esa relación causal por el simple hecho de que superaba el saber humano existente en un determinado momento" Prieto Molinero, Ramiro J., "Evolución y teoría de la responsabilidad objetiva por productos" en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. [dir.], *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, Tomo II, La Ley, 2009, p. 740.

por productos peligrosos o defectuosos es objetiva y que, en consecuencia, otro debe ser el razonamiento que los operadores jurídicos deben realizar frente a una situación concreta. No puede obviarse que probada la causalidad material (que el daño fue causado por el producto defectuoso), la ley presume la causalidad adecuada y que, entonces, es el señalado como responsable quien debe, para eximirse de responsabilidad, acreditar el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento.

Cobra relevancia, entonces, el requisito de la ajenidad –mencionado al principio del acápite–, que si bien no es sugerido en las versiones clásicas de teoría de la causalidad adecuada, sí es constitutivo de la noción de caso fortuito que se trasluce en el régimen jurídico argentino actual y que proviene de una larga tradición doctrinaria derivada de las enseñanzas de Exner. Para este autor es necesaria la procedencia exterior de la fuerza que ocasiona un daño.[77]

De acuerdo con esas premisas, Pizarro sostiene que el riesgo de desarrollo no puede ser considerado caso fortuito porque este debe ser externo a la cosa que produce el daño y en este supuesto no lo es: está dentro de ella, "sin que su eventual desconocimiento del proveedor profesional incida en ello en lo más mínimo".[78]

Por otra parte, si bien Prieto Molinero reconoce "internalidad", afirma que, en cuanto al requisito de la "ajenidad", el elemento valorativo que realmente interesa es la posibilidad de control por parte del fabricante y que, como no existe ninguna posibilidad de hacerlo en los casos de productos que contienen un defecto por el riesgo de desarrollo, po-

77. Exner, Adolfo, *De la fuerza mayor: en el Derecho mercantil romano y en el actual*, con traducción de Miñana y Villagrasa, Emilio Madrid, Victoriano Suárez, 1905, p. 7. Antes de avanzar, deben realizarse algunas precisiones metodológicas. Exner se limita en su obra a tratar la fuerza mayor en el contrato de transporte y en el de hospedaje, es decir, que no postula la exterioridad de modo general como requisito del *casus*. Sin embargo, por razones que quedarán evidenciadas luego, esa cortapisa no veda la necesaria alusión a su postura. Por otra parte, cuando el autor se refiere al límite entre lo interno y lo externo menciona el "círculo industrial de la empresa", concepto que podría caracterizarse como material (personal, medios empleados por la empresa, etc.). Tampoco esa restricción parece problemática en este contexto, debido a que la utilidad de las enseñanzas de Exner radicará, en esta ocasión, únicamente en el fundamento de la incorporación del requisito de la ajenidad a la noción de caso fortuito, sin que se postule –lo que resultaría absurdo– una traslación literal de sus puntos de vista al debate sobre los riegos del desarrollo.

78. Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, *op. cit.*, p. 391.

dría alegarse la existencia del caso fortuito, al contrario de lo que propugna Pizarro. Y esto no es porque exista una especie de negligencia de su parte sino porque ese productor, como cualquier otro, no estaba en condiciones de superar un obstáculo externo representado por posibilidades del conocimiento humano. Concluye que el riesgo del desarrollo importa un límite objetivo a la propia responsabilidad objetiva.[79]

La referencia a la "posibilidad de control", como elemento valorativo para la distinción entre hechos internos o externos y a pesar de la negativa expresa de Prieto Molinero, tiene reminiscencias subjetivistas. La postura del autor pareciera, en consecuencia, entroncarse en pensamientos como el de Colmo, quien relativizó el principio propiciado por Exner.[80] Lo cierto es que el propio Exner ofreció ejemplos de hechos interiores que escapaban a la posibilidad de control[81] y aun así no configuraban caso fortuito.[82]

79. Prieto Molinero, Ramiro J., "Evolución y teoría de la responsabilidad objetiva por productos" en PICASSO, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. [dir.], *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, Tomo II, La Ley, 2009, p. 739.

80. Sostiene Colmo: "Como se ve, conjugo las dos cosas primordiales que deben jugar en este asunto: el principio director, que Exner admite, y las circunstancias, que Exner excluye. Y acepto, en tal virtud, que el deudor pueda alegar en su descargo su inculpabilidad, dentro de los expresados criterios y circunstancias, que Exner desecha. Es que en nuestro derecho, y salvo supuestos particulares (como los antes citados de los posaderos, capitanes de buques, patrones en accidentes obreros, etc.) no hay responsabilidad donde no hay culpa. Y es porque ni aun en la doctrina de Exner resulta ella inadmisible, como lo patentiza el hecho de fondo de que acepte el *casus*." (*De las obligaciones en general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961, p. 93 y ss.). Lo que se desprende de sus palabras, en definitiva, es que no acepta sin más el requisito de ajenidad como configurativa del caso fortuito, tal como la postula Exner, porque un sistema de responsabilidad sin culpa no lo admite.

81. No es exterior el supuesto en que el maquinista es víctima de una apoplejía fulminante y el tren choca o se precipita al abismo. (Exner, Adolfo, *De la fuerza mayor: en el Derecho mercantil romano y en el actual*, con traducción de Miñana y Villagrasa, Emilio Madrid, Victoriano Suárez, 1905, p. 142). Como se echa de ver, se trata de un hecho interno que se encuentra fuera de la esfera de control de la empresa de transporte.

82. Afirma el autor: "No se puede, ni aun ante el peligro de aceptar *in concreto* consecuencias particulares consideradas injustas, dejar abierta ninguna rendija, por la cual penetrarían en seguida otra vez las cuestiones de la culpa con todos sus peligros prácticos, si se admite la posibilidad de la exculpación." (EXNER, Adolfo, *De la fuerza mayor: en el Derecho mercantil romano y en el actual*, con traducción de Miñana y Villagrasa, Emilio Madrid, Victoriano Suárez, 1905, p. 138/139).

Más allá de que la posibilidad de control sea uno de los matices de la ajenidad,[83] lo trascendente de este requisito en los riesgos de desarrollo se relaciona con los motivos por los cuales Exner lo incorpora al concepto de caso fortuito: la dificultad de la prueba frente a hechos que, al darse en el ámbito interno de la actividad de que se trate, aparecen como oscuros.[84] La *ratio* es, al fin y al cabo, "excluir toda apreciación judicial del asunto allí donde la cadena de los hechos causales corre dentro del organismo de la empresa".[85]

No pueden soslayarse, entonces, las dificultades que la ciencia tiene para definir sus propios límites. La referencia al "estado de los conocimientos científicos" y la idea de que existe un momento determinado en el tiempo en el que un conocimiento adquiere el estatus de "científico", supone un progreso de la ciencia a la manera de Popper y no considera posiciones como las de Lakatos, Feyerabend o Khun, que ponen en crisis tal postulado.[86] Esta discusión en el ámbito del saber

83. Tal como se puede observar en la mayoría de los ejemplos que ofrece Exner: la destrucción del cargamento de un navío por la explosión de una máquina infernal recibida a bordo por declaración falsa, por mencionar uno. Asimismo, cabe destacar que el artículo 1218 Código Civil Francés, con su reciente reforma, precisa que el evento que ha de ser considerado fuerza mayor en materia contractuales debe estar fuera del control del deudor para ser tal.

84. Exner, Adolfo, *De la fuerza mayor: en el Derecho mercantil romano y en el actual*, con traducción de Miñana y Villagrasa, Emilio Madrid, Victoriano Suárez, 1905, p. 134/135.

85. Ibídem, p. 137. Agrega el autor: "Tan pronto como aparezca que la causa de la destrucción se ha originado dentro del almacén, etc., ya no nos preguntamos el cómo se ha originado el daño y, mucho menos, si era inevitable; en tales casos no hay de ningún modo fuerza mayor."

86. Chalmers, A., *¿Qué es esa cosa llamada ciencia?*, Madrid, Siglo XXI, 2003; Sosso, Gonzalo, "Riesgos del desarrollo y sistema de derecho de daños (Hacia un Derecho de Daños pluralista)", *op. cit.*, p. 95 y ss.; Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual. Parte especial*, T. II, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 401. Guibourg esboza, asimismo, la siguiente crítica: "Los límites y aun el contenido genérico de la ciencia de cada época responden al consenso contingente de los científicos, y estos son seres humanos dotados de sentimientos, intereses y prejuicios. En efecto, hay muchos factores que inciden para que determinada línea de investigación predomine en ciertas épocas y para que otras líneas sean descartadas sin examen serio. [...] Los límites de la ciencia, pues, parecen determinados y modelados por los factores sociales en que los científicos se hallan inmersos." (Guibourg, Ricardo A. y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 2004, p. 193). Alguna aproximación a este argumento puede verse en CNCiv., Sala H, 3/8/2009, "P., F. M. c/ I. SA y otros s/daños y perjuicios", en RCyS, 2009-XI-80.

científico[87] tiene la entidad de hacer evidente por qué el requisito de la ajenidad se mantiene incólume en los riesgos del desarrollo. No puede desconocerse la dificultad que tiene aquel que sufrió el daño para desvirtuar la prueba que, por ejemplo, un laboratorio está en condiciones de aportar acerca de que no le era posible conocer la nocividad del medicamento que comercializó. Es sabido que los procesos de producción masivos y los conocimientos científicos y técnicos que se utilizan en ellos son complejos y con un acceso en extremo restringido al saber común. En eso consiste, precisamente, la "internalidad" que se pone en juego en el riesgo de desarrollo y que impide que pueda ser considerado caso fortuito eximente de responsabilidad.

En conclusión, en los riegos del desarrollo, al no darse el requisito de la ajenidad, no hay estrictamente *casus*, no se desvirtúa la presunción de causalidad adecuada y, por eso, el deudor responde.

El artículo 1733 del Código Civil y Comercial argentino

La disposición mencionada establece: "Responsabilidad por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento. Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos: a) si ha asumido el cumplimiento aunque ocurra un caso fortuito o una imposibilidad; b) si de una disposición legal resulta que no se libera por caso fortuito o por imposibilidad de cumplimiento; c) si está en mora, a no ser que ésta sea indiferente para la producción del caso fortuito o de la imposibilidad de cumplimiento; d) si el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento sobrevienen por su culpa; e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta,

87. Pizarro se pregunta "¿Qué debe entenderse por 'estado de conocimientos técnicos y científicos' a los fines de la pretendida eximente? ¿Se trata de aquellos accesibles al productor a través de publicaciones y estudios que circulan en su país y en su lengua o a los que podría haber obtenido en otros países? ¿Son los vigentes en la comunidad científica y tecnológica del primer mundo o los que tenemos en el subdesarrollo, la pobreza y la marginación? ¿Hay un estándar mundial? ¿Son los conocimientos existentes o solamente los conocimientos existentes y además disponibles? ¿Qué debe entenderse por esto último? ¿Cómo mitigar el riesgo de que a la luz de esta funesta eximente los consumidores de los países más pobres mansa e impunemente se conviertan en conejillos de indias del primer mundo?". (Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa, op. cit.*, T. II, p. 391y ss.).

constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad; f) si está obligado a restituir como consecuencia de un hecho ilícito."

Entonces, si tales argumentos esbozados en el acápite anterior fueran considerados insuficientes para excluir a los riesgos de desarrollo del concepto de caso fortuito, habría que aceptar, en última instancia, que el legislador ha optado, en el inc. e del artículo transcripto, por no responsabilizar al productor por los daños generados en ese contexto; porque –de lo que no puede dudarse– es que el riesgo de desarrollo es "una contingencia propia de la actividad desarrollada por el productor". Así como se puede asumir el cumplimiento aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad –como sucede en el inc. a) –, frente al riesgo de desarrollo es la propia ley la que determina que el deudor es responsable para acabar con una cuestión que tanto debate ha suscitado. Es por ello que aun cuando se está ante un hecho imprevisible e inevitable que cause un daño por riesgo de desarrollo, no puede alegarse el caso fortuito como eximente de responsabilidad porque el legislador así lo ha querido (arg. inc. b). En definitiva, aun las posturas que sostienen que el riego del desarrollo debe ser considerado *casus*, deberían aceptar que el legislador se ha decidido por atribuir los daños generados por riesgo de desarrollo al deudor.

Finalmente, en la Argentina, ya ha habido pronunciamientos en los que se ha decidido que es una contingencia propia del riesgo de la actividad del fabricante de medicamentos la posibilidad de que sus productos presenten vicios imposibles de detectar de acuerdo al estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que ellos son lanzados al mercado.[88]

Tal es el caso que resuelto el 03/08/2009 por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil argentina. Como se explica el fallo, el 29 de mayo de 1995 se había presentado la Sra. G. G. B. y había reclamado la indemnización de los daños y perjuicios que había sufrido al haber sido contagiada con el virus del HIV por su marido (ya fallecido), quien a su vez lo había contraído por la utilización de los productos fabricados, distribuidos y/o sugeridos por los laboratorios Baxter Inmuno S.A., Aventis Pasteur S.A., Gador S.A. y Bayer Corporation. Su

88. CNCiv., Sala H, 3/8/2009, "P., F. M. c/ I. SA y otros s/daños y perjuicios", en RcyS, 2009-XI-80, con nota de Graciela LOVECE; ídem, Sala A, 22/8/2012, "R., F. E. c/ Bayer S. A. y otros s/ daños y perjuicios", en LL, 20/11/2012, 7, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra.

marido había sido un enfermo de hemofilia y había sido tratado con productos hemoderivados. Tales productos estaban infectados por el virus del HIV. A ese cuadro se sumó que quedó embarazada, que tuvo un hijo que nació infectado y que falleció unos años después. También la actora falleció luego de iniciada la demanda. La acción fue continuada por sus otros dos hijos (que se encuentran sanos). Por la mayoría conformada por los Dres. Jorge Alberto Giardulli y Claudio Marcelo Kiper –el Dr. Jorge Alberto Mayo votó en disidencia y declaró prescripta la acción– se condenó a los laboratorios demandados a responder por haber introducido en el mercado un producto que presentaba un vicio, un concentrado antihemofílico, apto para contagiar el HIV aun cuando pudiera sostenerse que los conocimientos científicos de la época no permitían conocer el vicio. Se concluyó que las codemandadas eran responsables por los riesgos de desarrollo.

En el fallo se entendió que ya sea que se considerara a los hemoderivados una cosa riesgosa como tal, o sea que se tomara en cuenta el vicio que, en el caso concreto, tenían los concentrados al transmitir el virus del HIV, no cabían dudas de que el factor de atribución de responsabilidad era objetivo. Lo trascendental para la resolución de la litis era tomar posición acerca de si los riesgos de desarrollo podían ser considerados como una eximente de responsabilidad. Reseñadas ambas posturas, el magistrado entendió que no podía considerarse a los riesgos del desarrollo como una casual eximente de responsabilidad en los supuestos de responsabilidad objetiva por productos elaborados. Tuvo en cuenta, de *lege lata*, que para que operara la eximente del caso fortuito, este debía ser externo a la cosa que producía el daño y que en este caso no lo era. Mientras que, de *lege ferenda*, consideró inconveniente permitir que el riesgo de desarrollo operara como una eximente de responsabilidad por el contexto económico, histórico y social en el que se encontraba el país. Además, juzgó que la mera sospecha de que, conociendo los laboratorios la posibilidad de que ciertas partidas del producto contuvieran un vicio no las hubieran retirado del mercado, era suficiente para justificar la adopción del criterio sustentado.

Razones de conveniencia

Resta decir que la discusión dogmática acerca de si los riesgos de desarrollo configuran o no un caso fortuito ha sido secundaria a aquella que se vincula con la conveniencia de que el orden jurídico adopte un sistema de eximición o no de responsabilidad respecto de aquellos que introducen en el mercado estos productos nocivos.

Así se ha dado en Europa a raíz de la directiva 85/374/CEE y en nuestro país en la década de los '80 y principios de los años '90 principalmente. Los argumentos que se han esbozado en uno y otro sentido han hecho principal hincapié en criterios económicos (el incentivo para la investigación, el seguro, los costos de producción)[89] y esto es porque los Estados están interesados más allá de las relaciones privadas. La diversidad de opiniones en posiciones contrapuestas pone en evidencia las influencias de las grandes empresas en la política legislativa.

Larroumet sostuvo que la decisión del legislador europeo es mucho más una solución de oportunidad económica que de lógica jurídica.[90] Pizarro afirma: "Por más que se nos diga que la ciencia no reconoce fronteras estatales o regionales, la realidad demuestra lo contrario. Quizá esto permita entender por qué la eximente que nos ocupa es admitida en el primer mundo, gestada y pensada, por cierto, en función del paradigama de la industria química y farmacéutica, y para las cuestiones de ingeniería genética; y por qué en los países subdesarrollados –los que integran Latinoamérica por ejemplo– se rechaza enfáticamente su vigencia. Lo que para muchos es protección de sus empresas para el mejor desarrollo de sus activida-

89. Varios autores exponen los argumentos a favor y en contra en torno a la responsabilidad por riesgo de desarrollo. Puede verse Sosso, Gonzalo, "Riesgos del desarrollo y sistema de derecho de daños (Hacia un Derecho de Daños pluralista)", p. 79 y ss; Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, *op.cit.* T. II, p. 396 y ss.; Prieto Molinero, Ramiro J., "Evolución y teoría de la responsabilidad objetiva por productos" en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. [dir.], *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, T. II, La Ley, 2009, p. 741 y ss; Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 2011, T. III, p. 508 y ss.

90. Laurroumet, Christian, "La noción de riesgo de desarrollo, riesgo del siglo XXI", en RCyS2000, 81.

des y evitar la asfixia de la investigación, para otros es defensa de sus ciudadanos de los riesgos que dimanan del poder económico."[91]

El lanzamiento al mercado de productos defectuosos, puede tener efectos destructivas, menoscabantes, graves e irreversibles, que pueden afectar no solamente grandes masas de personas, consumidores o usuarios, sino también el medio ambiente del entorno, con efectos que pueden atravesar la barrera temporal de las generaciones actuales. Ante este estado de cosas, el operador jurídico no debe permanecer inerte, y debe adelantar las barreras de defensa del ser humano, en su integridad –sujeto basilar del derecho–, cuando así lo justifique su debida protección.[92]

Es cierto que nuevos productos han contribuido a acentuar el bienestar general, a mejorar las condiciones de vida y al logro y desarrollo pleno de las virtualidades del hombre que, sin tales elementos o medios industriales, no se hubieran alcanzado. Es el beneficio de la técnica volcado a la humanidad, de lo cual es congratulante. Pero, paralelamente, no puede ignorarse que esos productos manufacturados, de fabricación y comercialización masivas, muchas veces han provocado daños a los usuarios o a otros terceros, sea por defectos o vicios de esos mismos productos, o por el mal uso que se hizo de ellos.[93]

Pizarro también ha dicho que la admisión de esta eximente conduciría a una fuerte regresión en lo que han sido los grados históricos de protección del consumidor logrados en esta parte del planeta, luego de muchos esfuerzos, por razones puramente economicistas. Expresa que el desarrollo debe garantizar a los consumidores inocuidad de los bienes de consumo masivo que se lanzan al mercado. Agrega que en modo alguno se ignora que muchas veces resulta inevitable la existencia de riesgos no detectables al momento de la introducción del producto al mercado a la luz del estado de conocimientos científicos y técnicos existentes. La pregunta es ¿quién debe asumir, en última instancia, el costo económico de tales contingencias? ¿El accionista

91. Pizarro, Ramón Daniel, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. *op. cit.*, T. II, p. 401.

92. Trigo Represas, Félix; López Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, T. III, p. 531.

93. Casiello, Juan José, "Responsabilidad civil por productos elaborados [Con especial referencia a las conclusiones que sobre el tema elaboraron las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil]", La Ley 1981-D, 1192.

titular de la empresa que lucra con el producto en el mercado, en el marco de su riesgo empresario o el damnificado? Termina diciendo que no duda de que debe serlo el primero, que es por otra parte, quien lucra con su actividad y está en mejores condiciones de asegurarse y de internalizar tales costes integrándolos al precio de los productos, distribuyéndolo finalmente entre los propios consumidores.[94]

Trigo Represas y López Mesa destacan como argumentos a favor de que los riesgos de desarrollo no puedan ser considerados eximentes de responsabilidad, los siguientes: a) en todo tipo de economía se debe garantizar la inocuidad de los productos que se lanzan al mercado masivo del consumo; b) en el moderno Derecho de Daños, cuando de caracterizar el vicio se trata, la óptica debe centrarse en la víctima, en este caso el consumidor, quien padece injustamente el daño, y no el elaborador; c) deben alentarse los estudios en términos de probabilidad, aunque no se su dimensión (gravedad de sus consecuencias): ello supone un análisis previo de los componentes del producto, novedad, tiempo de experimentación, efectos secundarios de productos análogos, estado de la ciencia en la rama en que se va a emplear, eventuales destinatarios, etc. d) resulta un estímulo para la puesta al día y superación de los conocimientos de la ciencia y de la técnica; e) enriquece la función preventiva, conforme a los más modernos criterios imperantes en la responsabilidad civil moderna; f) en cuanto al alegado encarecimiento de los costos, se ha señalado que los aseguradores alemanes están dispuestos a cubrir estos riesgos, con la única reserva de que no se entiendan por tales los casos en que un producto simplemente queda anticuado en relación con nuevos métodos y normas de seguridad.[95]

Las razones extrasistema fueron también tenidas en cuenta en el ámbito jurisprudencial: por el contexto económico, histórico y social en el que se encuentra nuestro país sería absolutamente inconveniente que se permitiera que el riesgo de desarrollo opere como una eximente de responsabilidad, como ya se ha mencionado *ut supra*.[96]

94. Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa*, *op. cit.*, T. II, p. 409.

95. Trigo Represas, Félix; López Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, T. III, p. 508 y ss.

96. CNCiv., Sala H, "P., F. M. c/ I. SA y otros s/daños y perjuicios", 03/08/2009, en *RCyS*, 2009-XI-80, con nota de Graciela Lovece.

En definitiva, las víctimas no pueden ser sacrificadas en aras del avance de la ciencia, pues esto no se compadece ni con las nociones de desarrollo sustentable o calidad de vida y menos aún con los derechos humanos.[97]

Artículo 40 bis. Daño directo*

El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo.

Esta facultad solo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos:

- **a. la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta;**
- **b. estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas;**
- **c. sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.**

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.

(Artículo sustituido por punto 3.3 del Anexo II de la Ley N° 26994, BO 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 01/08/2015, texto según art. 1 de la Ley N° 27077, BO 19/12/2014).

97. Barocelli, Sergio Sebastián y Garrido Cordobera, Lidia M. R., "Responsabilidad por riesgo...", *op. cit.*

* Comentario sobre el artículo 40 bis por Luciano Carfagno.

La figura que comentamos resulta una novedad puesto que solo existe semejante disposición en la Ley de Defensa del Consumidor. Se trata entonces de una norma específica para el ámbito de consumidores y usuarios, que se incorpora al microsistema en el año 2008, con la reforma de la Ley N° 26361 y a cuya actual redacción se arriba con muchísimo esfuerzo, pero –desde nuestro sentir– con bastante poco acierto.

Antes de comenzar con aquello que será objeto de análisis en las páginas siguientes se impone una breve aclaración, a propósito de unas líneas que con mucha lucidez, ha ensayado el Dr. Carlos Tambussi al abordar el tratamiento de aquello que ahora, a nosotros, no toca estudiar. Ha señalado el colega que la doctrina ha dedicado extensos párrafos a "denostar o amar a esta figura", cuando en realidad, desde el espíritu de la ley, la cuestión debe interpretarse "dentro de lo que es útil para proteger la relación de consumo".[98]

Por nuestra parte, adelantamos que adoptaremos ni una ni otra postura. Creemos que son muy pocos los que pueden dudar de la importancia de proteger la relación de consumo y especialmente al consumidor frente a la producción de daños. Consideramos que el trámite judicial clásico se encuentra atravesando una crisis derivada de múltiples factores, entre ellos el extenso tiempo de duración de los procesos e incluso reconocer que, seguir cargando al sistema de administración de justicia con expedientes en los que normalmente se requieren montos resarcitorios pequeños es sumamente inconveniente. Todo ello en línea con lo que el citado autor ha expresado.

Estas premisas, sin embargo, no nos llevan ni al amor ni al odio. Humildemente pensamos que, a fin de proteger al consumidor, de generar un sistema apto a tal efecto y de lograr los fines que la Constitución Nacional ha dispuesto en la materia, el legislador debe poder engendrar una norma adecuada, con buena técnica, sencilla de comprender e interpretar –incluso por quienes no son especialistas–[99] y que cumpla con los lineamientos del diseño constitucional argentino.

Si renunciamos a tal elemental exigencia y nos conformamos con menos, poco nos queda por esperar, ni como como mandantes de los

98. Tambussi, Carlos, *Prácticas y Estrategia. Derechos del Consumidor*, CABA, Editorial La Ley, 2015, Cap. IX.

99. Graiewsky, Mónica, "El Lenguaje Claro en el ámbito jurídico", en *Temas de Derecho Procesal*, CABA, Editorial Erreius, 2009, (Id. SAIJ DACF190117).

funcionarios, ni como – a propósito del tema– "consumidores" del servicio legislativo del Estado.[100]

Nosotros no estamos dispuestos a hacer tal concesión. La norma cuyo comentario intentaremos abordar se dispone en un sentido axiológicamente valioso, pero adolece de severos defectos y pretendemos que nuestro humilde aporte sirva, no para eliminar al daño directo del estatuto del consumidor, sino más bien para contribuir a una depuración que le permita cumplir con su finalidad, de un modo armónico con el resto del ordenamiento jurídico argentino.

Aclarado lo anterior, en una primera aproximación al actual texto normativo, no se puede dejar de observar que el legislador lo ha dotado de singular vértigo. Creemos que ello obedece, en gran medida, a las múltiples modificaciones que ha sufrido a lo largo de su (breve) vida, en procuras de llegar a un texto mínimamente aceptable desde el punto de vista técnico y constitucional. Casi como una montaña rusa el lector se aproxima a la figura a través de una definición que pareciera ignorar la tradición civilista en materia de daños "directos e indirectos",[101] no obstante aportar gran caudal de información sobre qué es aquello que se pretende significar.

La definición ensayada adolece –desde nuestro sentir– de severos problemas técnicos y terminológicos, al tiempo que evidentemente no está destinada a ser comprendida por un consumidor no abogado, extremo que nos lleva casi instintivamente a criticarla.

Abandonado este primer tramo de la norma, el lector desciende rápidamente a un segundo párrafo en el que se le presenta la cuestión de los organismos de aplicación, y su deber –o facultad– de fijar "indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo", en aparente contradicción con la definición del primer párrafo.

En esta repentina caída, la cuestión de los organismos de aplicación luce dislocada de la norma, y se empiezan a sumar marchas y contramarchas a la definición del primer párrafo, puesto que mientras se evidencia el carácter resarcitorio de la figura, se aclara que solo estaría

100. González Zurro, Guillermo, "Sentencias en Lenguaje Claro", en *La Ley*, 26/12/2018, T 1, (referencia: AR/DOC/2608/2018).

101. CCyCN, art. 1739. Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto.

integrada por "daños materiales" – terminología que parece haber sido abandonada, para dar paso a la más moderna noción del daño a intereses patrimoniales – y que además, estos daños materiales solo serían resarcibles en la medida en que recayeran sobre "los bienes objeto de la relación de consumo".

Sin dejar de señalar que, si nos referimos a daños materiales directos, sería más preciso referir también a "cosas" en lugar de "bienes" (que como tal pueden ser inmateriales), mucho más desconcertante para el lector resulta el hecho de que la LDC ya prevé un sistema para resolver las controversias relativas al cumplimiento defectuoso de la prestación principal, que es justamente lo que incumbe a los bienes objeto de la relación de consumo, extremo al que nos referiremos más adelante.

En cualquier caso, pasado el sobresalto anterior, se vuelve a ascender por el camino del artículo 40 bis, y con algo de confusión respecto al mandato del tercer párrafo –que ciertamente hace dudar de si se trata de una única exigencia o si por un error de edición se omitió una "coma" entre "administración" y "que" excluyendo a los tribunales judiciales– el lector transita los incisos a; b y c con relativa tranquilidad hasta llegar a un nuevo precipicio.

Es que a continuación se agrega un último párrafo, que llamativamente define –nuevamente– al daño directo, pero esta vez por la negativa, y resulta tan pero tan abarcativo que –en forma innecesaria, en contradicción con lo hasta aquí escrito y evocando categorías incompatibles con la terminología que venía siendo utilizada– termina vaciando de contenido a la figura.

En este punto, el lector que haya concluido el recorrido del artículo 40 bis seguramente lo haga cansado, algo mareado y tan desconcertado como nosotros.

Sobre tales premisas, intentaremos abordar una norma que fue concebida como un medio para tutelar al consumidor en forma eficaz y ágil, permitiendo la reparación en sede administrativa de daños que –por lo general– no darían lugar a un proceso judicial, sin incurrir en grandes costos, pero que –desde nuestro humilde sentir– se ubica hoy en un plano que le impide cumplir con su finalidad.[102]

102. Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, Secretaría de Comercio Interior, "Cuadernillo N° 1, Daño Directo" del Consejo Federal de Consumo, Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo, 2021. Basta con señalar

Antecedentes normativos

Sin dejar de reconocer que un análisis detallado de la evolución histórica de la figura excede los fines de este comentario, consideramos que no es ocioso hacer una breve reseña de los mismos, puesto que los desarrollos anteriores informan la actual configuración de la norma y tienen importantes implicancias a nivel funcional.

La Ley N° 24240 en su redacción original no contemplaba al daño directo. En efecto, el Capítulo X que refiere la responsabilidad por daños, únicamente contenía el artículo 40, que proponía un ensanchamiento de la legitimación pasiva en caso de vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio. El comentado artículo 40 bis lo incorpora la modificación de Ley N° 26361[103] en el año 2008.

El artículo 16 de la norma referida dispone la incorporación del artículo 40 bis a la Ley de Defensa del Consumidor, dentro del mismo capítulo y bajo el mismo título de Responsabilidad por daños, trayendo una novedosa categoría como era para aquel entonces el daño directo en sede administrativa.

El emplazamiento de la norma –que persiste en la actualidad– ya nos está dando una importante pauta de la naturaleza jurídica que el legislador ha, al menos pretendido, darle al instituto: se trata de una indemnización y por tanto tiene evidente carácter resarcitorio.

Sin embargo estos daños, que recaen sobre intereses patrimoniales, de poca cuantía y para los cuales se pretendió disponer de una vía de reparación ágil y económica para los consumidores; son llamados "daños directos", apartándose –evidentemente– de la categorización que era normalmente aceptada en el derecho común, donde lo "directo" y lo "indirecto" se utiliza generalmente para referir al carácter del damnificado, en relación a quién es el que sufre el hecho antijurídico,[104] pero no a la naturaleza del interés afectado, como si lo hace esta nueva norma.

En este sentido, explican Picasso y Sáenz que la clasificación del daño en directo e indirecto puede referirse a tres aspectos, a saber: los

que, de un reciente relevamiento efectuado por la autoridad nacional, sola hay registro de que 5 jurisdicciones (de 24) aplican la norma que comentamos.

103. Ley N° 26361, sanción: 12/03/2008, publicación: BO del 07/04/2008.

104. Orgaz, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba, Editorial Marcos Lerner, 1980, p. 24.

bienes sobre los que recae la lesión, la relación causal que el daño guarda con el hecho generador o bien en relación al sujeto sobre quien se produce el hecho antijurídico.[105] Por nuestra parte, no podemos dejar de señalar que normalmente se acepta la tercera acepción de la categoría como la más difundida.

Sentimos que este *nomen juris* llevó al legislador a tener que definir los contornos de la figura, haciéndolo en un primer momento en modo positivo, como aquel que el consumidor sufre "susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona" y luego, en sucesivas reformas que comentaremos brevemente, a incluir un último párrafo sumamente criticable, pero esta vez en modo negativo, excluyendo varias categorías de daño.

En cualquier caso, ya la norma del 2008 tenía varios puntos oscuros, entre ellos la innecesaria remisión al procedimiento del artículo 45, propio de las sanciones y no de las indemnizaciones, así como la limitación en el *quantum* indemnizatorio (por entonces de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el INDEC) y la aclaración de que los montos percibidos por tal concepto debían ser luego deducidos de "otras indemnizaciones" que pudieran corresponderle al consumidor.

Todo ello sin dejar de señalar las enormes falencias técnicas del texto originario.[106]

En cualquier caso, la definición que se propuso para la figura en estudio nos parece –reiteramos– mucho más lúcida que la actual, puesto que, si bien no parece exagerada la observación de que el texto parece fruto del "amateurismo legislativo",[107] al menos no contenía graves contradicciones internas y permitía una piadosa interpretación por parte de la doctrina para ser aplicado, a propósito del simpático título del trabajo citado.

105. Picasso, Sebastián; Sáenz, Luis, *Tratado de Derecho de Daños*, CABA, Editorial La Ley, 2019, T. I, p. 428.

106. Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", en Vázquez Ferreyra, Roberto (dir.), *Reforma de la ley de defensa del consumidor*, CABA, Ed. La Ley, 2008, p. 123.

107. Shina, Fernando, "Una interpretación piadosa del daño directo", en *Dossier Doctrinario Autores de Chubut Primera Parte Dr. Fernando E. Shina*, Rawson, Dirección de Bibliotecas– Superior Tribunal de Justicia del Chubut, N° 9, 2021, p. 114.

De acuerdo al texto originario, el daño directo

> "Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios"

En esta inteligencia, partiendo de la premisa de que muchas veces existen daños pequeños a los que el consumidor está expuesto, y que tales "microdaños" difícilmente den lugar a acciones judiciales;[108] el legislador pretendió otorgar al consumidor un remedio eficaz y ágil, que pudiera hacerse valer en sede administrativa para que –con ciertas limitaciones– se otorgara una reparación.

En conclusión, el resultado del proceso fue un artículo criticado por casi todos los autores que abordaron el tema.[109]

Con la reforma de la Ley N° 26993 –en el año 2014– el artículo 40 bis adquiere su actual fisonomía. Llamativamente se mantiene la definición –tan criticada– de la primera parte de la norma, y se incorporan los requisitos que debe cumplir el órgano administrativo, siguiendo puntillosamente los lineamientos de los célebres pronunciamientos "Fernández Arias"[110] y "Ángel Estrada"[111] de la Corte Suprema Nacional, a fin de facultar a la administración para ejercer funciones de claro corte jurisdiccional. Se añade además un último párrafo excluyendo ciertos daños del ámbito de aplicación de la figura, tema al que ya nos hemos referido y completaremos más adelante.

Finalmente, se suprime el tope indemnizatorio de las 5 canastas básicas.

108. Mosset Iturraspe, Jorge; Wajntraub, Javier, *Ley de Defensa del consumidor*, Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni 2008, p. 246.

109. Shina, Fernando, *op. cit.*

110. CSJN, "Fernández Arias Elena y otros c/ Poggio, José s/ sucesión", 19/09/1960, (Id. SAIJ: FA05000211).

111. CSJN, "Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750-002119/96) s/ recurso extraordinario", 05/04/2005, (Id. SAIJ: FA05000211).

Interpretación

La norma del artículo 40 bis tiene, desde nuestro punto de vista, la particularidad de ser una de las pocas novedades reales que aporta la normativa de consumidores y usuarios al derecho de fondo.

En efecto, cuando se analiza en su integralidad la Ley de Defensa del Consumidor, se advierte que las categorías normativas abarcadas eran ya bien conocidas en el derecho común. El valor de la norma, en tales casos, consistió en delimitar en qué casos debían aplicarse tales preceptos y en fijar un estándar de protección mayor al consumidor.

En otras palabras, elementos como la "obligación de seguridad" (art. 5) "la garantía por vicios" (art.11 y ss); "la oferta y aceptación" (art. 7 y ss), "el riesgo" (art. 6; 40 y concordantes) entre tantas otros, ya eran nociones bien conocidas en nuestro derecho para el momento en el que ve la luz la ley aquí comentada. No así el daño directo, cuya significación, contornos y contenido no tenían precedentes en el Derecho Privado argentino, donde a la expresión se le asignaba un significado diverso conforme ya hemos referido, acuñado por la doctrina civilista.

Esta circunstancia, sumada a las deficiencias técnicas que –a nuestro humilde modo de ver– aún hoy posee la norma bajo análisis, llevan a la necesidad de una cuidadosa interpretación, a los fines de dar sentido al instituto y tornarlo plenamente operativo en la práctica, lográndose así los nobles fines que el legislador tuvo en miras al momento de incorporarla.

En primer lugar, observamos que la naturaleza jurídica del daño directo es, indudablemente, resarcitoria. El propio artículo comentado refiere a "las indemnizaciones para reparar los daños". Ello sumado al hecho de que la norma se encuentra emplazada en el capítulo X referido a "Responsabilidad por Daños", deja poco lugar a dudas.

Las implicancias de lo expuesto son evidentes: por una parte, los montos que se otorguen en concepto de daño directo en sede administrativa deben ser descontados luego, de aquellos que la autoridad judicial fije para reparar los mismos daños –esté o no esté expresado en la norma– puesto que de lo contrario se convalidaría un enriquecimiento

sin causa del consumidor, que cobraría dos veces por la reparación del mismo daño.[112]

Por otra parte, si bien el ámbito específico de aplicación de la figura es el administrativo, esto no excluye –desde nuestro punto de vista– la posibilidad de que un órgano judicial fije indemnizaciones para reparar este tipo de daños. En tal sentido, sea cual fuera el *nomen juris* que pretenda utilizarse, consideramos que procede –indudablemente– la reparación en sede judicial, aún en forma originaria ya que, de lo contrario, no solo existiría un ensanchamiento de facultades administrativas de por si sumamente cuestionable, sino que además la norma importaría un recorte de facultades constitucionalmente reconocidas al poder judicial.

En contra de este criterio se han pronunciado otros autores con los que no coincidimos[113] y la razón es evidente: sea que el juez lo designe como "daño directo", "daño material", "daño emergente" o cualquier otra categoría, no nos cabe duda que puede disponer partidas indemnizatorias para reparar las mismas consecuencias que encuadran dentro de la categoría de daño directo.

La novedad no es –ni puede ser entendida en términos de– privar al poder judicial de la facultad constitucionalmente reconocida de resolver conflictos entre particulares, sino muy por el contrario, diferir una parte de esa facultad en favor de un órgano de la administración, siempre que se cumplan ciertos requisitos.

Además, si bien la norma no lo específica, consideramos que otra derivación necesaria del carácter resarcitorio de la figura consiste en el hecho de que la reparación del daño directo, solo procede a pedido de parte y solo puede ser solicitada por el consumidor que ha sufrido el daño, excluyéndose la legitimación activa de otros sujetos distintos del consumidor damnificado.

Respecto a lo primero, por aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil, especialmente derivados del principio dispositi-

112. A propósito de ello, recordamos que el texto aprobado en 2008 expresamente refería a la necesidad de deducir este importe de "otras indemnizaciones", disposición que no subsiste en la actual redacción de la norma.

113. En contra de lo expuesto, Perozzielo Vizier, Juan; Tachella, Diego H., "El daño directo y su interpretación conceptual en el derecho del consumo", en *Revista de Derecho de Daños*, Nº 1, CABA, Rubinzal-Culzoni 2022, p. 291.

vo y del principio de congruencia, entendemos que ninguna autoridad estatal puede válidamente –de oficio– imponer la reparación del daño directo a un consumidor que no ha solicitado tal partida indemnizatoria.[114]

Respecto de lo segundo, siguiendo también los lineamientos del derecho de fondo, el titular del interés afectado es quien puede solicitar la reparación[115] y en este caso, además, se suma la particularidad de que ese damnificado debe ser consumidor, puesto que esa es justamente la característica que motoriza la aplicación de la LDC. Por lo demás, creemos que este artículo aplica al consumidor contratante y no contratante por igual, siempre que reúna los requisitos antes indicados, a saber: ser el titular del interés afectado y calificado como consumidor sobre la base del destino final de la cosa o servicio que aporta el artículo 1 de la Ley.

En la misma línea, consideramos que resulta plenamente aplicable lo dispuesto por el artículo 1744 del Código Civil y Comercial de la Nación, que en materia de prueba dispone que "el daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos".

Sin soslayar el carácter tuitivo del sistema, no existe aquí, a nuestro modo de ver, inversión alguna de la carga de la prueba del daño. Aunque a su constatación pueda arribarse por diversas vías –entre ellas a través de las llamadas *presunciones hominis* definidas en el ámbito nacional en el artículo 163, inciso 5 del CPCCN– e incluso admitiendo las amplias facultades que asisten al órgano administrativo en materia probatoria;[116] consideramos que para que exista una condena por daño directo, el mismo debe ser alegado por el consumidor y debe encontrarse debidamente acreditado en el expediente.

Por último, sin soslayar que la norma dispone que el perjuicio debe ser consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios, nosotros consideramos que el factor de atribución de responsabilidad es, sin lugar a dudas, objetivo; y que además la antijuridicidad requerida es de tipo material.

114. Tampoco se comprende cuál sería la finalidad toda vez que no se trata aquí de una sanción en la que puede estar comprometido el interés estatal, sino de un derecho indemnizatorio que únicamente incumbe a quien sufre el daño.

115. CCyCN, art. 1739.

116. Ley N° 24240, art. 45.

La referencia a la "acción u omisión del proveedor" debe ser interpretada en los mismos términos que se interpreta el artículo 1717 del CCyCN, cuando dispone en materia de antijuridicidad que: "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada",[117] y no como un requisito adicional del ya acotado espectro de actuación de la norma en estudio.

No desconocemos que calificados autores han propuesto soluciones contrarias a aquello que aquí se sugiere. No obstante, por una parte no podemos dejar de señalar que la atribución subjetiva de responsabilidad[118] es manifiestamente extraña al microsistema de consumidores y usuarios y por la otra, que requerir tipicidad en estos casos[119] no solo no se compadece con el principio general en materia de derecho civil, sino que además esta conclusión no puede ser inferida –al menos desde nuestro humilde punto de vista– de la letra de la norma que comentamos.

Aunque reconocemos que la Ley N° 26361 se refería originariamente a "la infracción del proveedor o del prestador de servicios",[120] con el actual plafón normativo, no encontramos ninguna buena razón para sostener la tipicidad –sin dejar de señalar, además– que dicha interpretación tampoco padece compadecerse con el principio protectorio que debe regir en materia de daño a consumidores y usuarios. En cualquier caso, proponemos que la infracción consiste en causar el daño injustificadamente.

En lo referente a lo sustancial de la cuestión, consideramos oportuno señalar que cuando la Ley se refiere a daño directo, lo hace queriendo significar la naturaleza del interés afectado que, como tal, solo puede ser –sin lugar a dudas– patrimonial.

117. CCyCN, art. 1717.

118. Piedecasas, Miguel, "La Ley 26.361. Reseña General", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores,* N° 1, CABA, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 105.

119. Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la ley", en Vázquez Ferreyra, R. (dir.), *op.cit.*, p. 128, con cita de Wajntraub, Javier, *Protección Jurídica del consumidor*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2004, p. 249.

120. Ley N° 26361, art. 16, párr. 2 "La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a este a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC)".

En efecto, todo lo que dispone el artículo comentado en materia de rubros de la cuenta indemnizatoria o categoría de intereses cuya afectación sería susceptible de ser reparada por la vía de daño directo nos resulta confuso, vago y sobreabundante.

Basta únicamente con referir que la indemnización se dispone solo a los fines de la reparación de daños que recaen sobre intereses susceptibles de apreciación pecuniaria.

Ello deja afuera –obviamente– a todos aquellos intereses que no tienen carácter pecuniario, aunque la reparación del perjuicio se fije normalmente en dinero por ser este el único medio susceptible de ser empleado,[121] o por ser el que interesa al consumidor que así lo solicita. En tal sentido, no hallamos ninguna buena razón para excluir la posibilidad de reparación específica que acuerda el artículo 1740 del CCCN aunque reconocemos que no existen –o al menos no hemos hallado al momento de producir este trabajo– precedentes que otorguen este tipo de reparación.

Cualquiera sea el caso, la categoría: "daño a intereses patrimoniales" excluye por definición a

> … las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.[122]

Este último párrafo de la norma nos parece innecesario y de muy mala técnica legislativa. La característica principal del daño directo es la patrimonialidad del interés afectado, que resulta por definición, incompatible con todos estos rubros de la cuenta indemnizatoria.

Por otro lado, cuando la norma define al instituto refiere que el daño directo es: "todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria". Sin dejar de señalar la poco feliz utilización de sinónimos para definir el término "daño", de la que ya daba cuenta hace varios años el maestro Alberto

121. CSJN, "Luis Federico Santa Coloma y Otros c/ E.F.A. s/ Recurso Extraordinario", 05/08/1986, (Id. SAIJ: FA86000420).

122. Ley N° 24240, art. 40 bis, último párrafo.

Bueres,[123] lo cierto es que ni el menoscabo ni el perjuicio pueden ser susceptibles o insusceptibles de apreciación pecuniaria. Lo que si debe ser siempre de carácter pecuniario es el interés afectado[124] y esto es lo que consideramos que se pretende significar en este punto.

La definición se completa refiriendo que el menoscabo es ocasionado de manera inmediata sobre los bienes o persona del consumidor, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

El término empleado, no obstante, no debe ser entendido en clave de causalidad. Desde nuestro modo de ver, se trata de una formula poco feliz propuesta para circunscribir la reparación únicamente al perjuicio que recae sobre las cosas del consumidor (art. 1068 CC derogado) y no como una mención al régimen de las consecuencias que establece, en materia de responsabilidad civil, el CCyCN en su artículo 1727.

Asimismo, se agrega que el concepto está integrado por "daños materiales sufridos por el consumidor, en los bienes objeto de la relación de consumo"

La referencia al daño material es sumamente oscura a imprecisa. Solo basta indicar que el Código Civil se refiere a tal categoría únicamente en 3 oportunidades (art. 74 inc c; art. 151 y art. 744, inc f) sin definirla, y siempre oponiéndola al concepto de daño moral.

Tradicionalmente se entiende, en este mismo sentido, que el daño es material por oposición al daño no material, o daño moral.[125] De allí que lo que está en juego –nuevamente– sea la naturaleza del interés afectado. En la medida que el hecho afecte un interés material se producirá, como consecuencia, este tipo de daño. Por esta razón preferimos insistir con la interpretación propuesta, en el sentido de que el legislador ha querido referir a los daños a intereses patrimoniales, como aquella categoría de consecuencias que afectan el patrimonio de la víctima.[126]

123. Bueres, Alberto; Picasso, Sebastián, "La responsabilidad por daños y la protección al consumidor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores,* Nº 1, Ciudad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 52.

124. Silvestre, Norma, (dir.); Marino, Abel; Maglio, María; Burgos, Débora, *Obligaciones,* CABA, La Ley, 2016, p. 177 y ss.

125. Orgaz, Alfredo, *op. cit.*, p. 16.

126. CCCN, arts. 1737 y 1738.

Por último, este daño se circunscribe –de acuerdo a la norma– a "los bienes objeto de la relación de consumo". La interpretación de este precepto nos lleva a una solución que pareciera enfrentarse a las normas más elementales del derecho civil.

Sin ingresar al análisis de la estructura de la relación de consumo, tema que excede largamente los fines de este comentario, lo cierto es que aventuramos a sostener, con suficiente grado de certeza, que los bienes objeto de la relación de consumo pueden ser: o bien una cosa que el consumidor habrá de recibir del proveedor,[127] o bien un hecho que el segundo obrará en favor del primero, o bien un derecho que éste transmitirá;[128] como consecuencia de la relación de consumo existente entre ambos.

En este sentido entonces, la prestación –conducta– que el proveedor debe cumplir recala sobre ciertos bienes o cosas, que son justamente el objeto de la relación de consumo. Si la cosa o el servicio –bienes objeto de la relación de consumo– son defectuosos, entonces lo que se produce es incumplimiento del plan prestacional al que las partes se han sometido y esta última afirmación nos resulta evidente: no solo incumple quien no ejecuta la prestación, sino que también incurre en incumplimiento quien entrega una cosa que no es la convenida o que es defectuosa, o presta un servicio no apto para su finalidad.

De todo lo anterior se deriva la siguiente conclusión: circunscribir el daño directo únicamente a los bienes objeto de la relación de consumo –como hace la norma– nos coloca en el terreno del cumplimiento o incumplimiento de la prestación debida, que muy poco tiene que ver con la responsabilidad por daños.

En efecto, sentimos que la mayoría de los autores que han abordado la cuestión pasan por alto que una cosa es la tutela del derecho de crédito y otra muy distinta es la reparación por daños.

En esta línea, suele aceptarse que el daño directo se materializa por la pérdida de la cosa o la deficiente prestación del servicio, o por

127. Hernández, Carlos, "La Relación de consumo", en Stiglitz, Gabriel; Hernández, Carlos A. (direcs.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, CABA, Editorial La Ley, 2015, T. 1, Cap. V.

128. Budano Roig, Antonio, *Lecciones de derecho civil. Parte general*, CABA, Hammurabi, 2° Ed., 2019, p. 434.

haber tornado la cosa impropia para su destino o aquél que hubiera disminuido el uso que de ella es natural obtener.[129]

No obstante, no podemos dejar de señalar que el acreedor insatisfecho tiene a su disposición una serie de medios legales para lograr la satisfacción de su interés. Esta situación se relaciona a la idea del incumplimiento obligacional, que puede configurarse por la inejecución de la prestación o bien por la ejecución defectuosa de la misma, en cualquiera de las modalidades anteriormente indicadas.

Esto importa decir: si el proveedor no entrega la cosa, el consumidor –que es antes que nada acreedor de una obligación– puede demandar el cumplimiento. Si, por el contrario, el proveedor entrega la cosa, o presta el servicio en forma defectuosa, el consumidor también puede demandar por el cumplimiento exacto, íntegro y puntual de la conducta debida, puesto que el cumplimiento parcial es sinónimo de incumplimiento.

En el estatuto del consumidor la solución es idéntica. Aunque con distinto alcance que el que brinda el derecho común, la Ley N° 24240 prevé una serie de medios legales para lograr el cumplimiento de la prestación, incluso para obligar al proveedor a hacerlo en modo satisfactorio, otorgando garantía por los bienes o servicios y colocando sobre este, el deber de reparar cualquier defecto existente en la cosa, aunque el vicio sea evidente al momento de la contratación.

Estas prerrogativas operan como garantía del crédito del consumidor –que no es otra cosa que su interés al correcto cumplimiento de la prestación principal– y se tornan operativas con la mera acreditación del incumplimiento. Además, se disponen respecto de "los bienes objeto de la relación de consumo", para obligar a su entrega o bien –en caso de deficiencias– corregirlas.

Los daños en cambio son otra cosa muy distinta.[130] Cuando nos referimos a daños en el ámbito obligacional, en purismo, lo hacemos para significar *los mayores daños derivados del incumplimiento*, que por definición jamás pueden recaer sobre los bienes objeto de la relación

129. Farina, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 con las reformas de la ley 26.361*, CABA, Astrea, 4° ed., 2011, p. 492.

130. Nicolau, Noemí L., "Incumplimiento y responsabilidad en la conexidad contractual. La cuestión en el ahorro para fines determinados", en *LL Gran Cuyo*, 2021.Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/1348/2021).

jurídica subyacente,[131] pues para subsanar cualquier menoscabo en estos últimos existen –justamente– las acciones por cumplimiento.

Esta diferencia no es meramente teórica o académica; es aceptado en forma prácticamente unánime que para demandar el cumplimiento de la prestación –sea por inejecución o ejecución defectuosa– el consumidor solo debe probar el incumplimiento, mientras que para la reclamación de daños, no basta con la prueba del incumplimiento, sino que además deben acreditarse cuáles son esos daños, su cuantía y su relación causal con el incumplimiento que se endilga al proveedor.

Sobre tales premisas, no se comprende entonces cuál es la finalidad de la norma en estudio, toda vez que si aceptamos que únicamente pueden ser reparados los daños directos producidos a los bienes objeto de la relación de consumo,[132] la disposición estaría traicionando al consumidor, que en el régimen común únicamente debería probar el incumplimiento para obtener el cumplimiento satisfactorio, mientras que en este régimen especial debería probar además otros presupuestos de la responsabilidad civil para obtener el mismo resultado.

En otras palabras, ante un defecto en la cosa entregada o en el servicio prestado ¿por qué razón obligaríamos al consumidor a tener que acreditar daño, relación de causalidad y factor de atribución, para lograr una reparación a la que puede acceder cualquier persona –incluso quien no es consumidor– probando la mera discordancia entre la conducta del deudor y la obligación asumida?

Lo anterior puede graficarse fácilmente con el célebre ejemplo de quien vende un caballo a otro a fin de que el comprador pueda acceder a algún beneficio (digamos participar de una carrera). En caso de incumplimiento –sea puesto que no lo entrega o bien lo entrega con una lesión permanente que le impide competir– el comprador goza de una serie de acciones para lograr el cumplimiento del plan prestacional convenido, emparentadas con lo que conocemos como efectos principales de las obligaciones del artículo 730 y concordantes CCCN, o bien para lograr el saneamiento del artículo 1033 y ss del CCCN, pudiendo inclusive suspender el cumplimiento de las obligaciones recíprocas a

131. Picasso, Sebastián; Sáenz, Luis, *Tratado de Derecho de Daños*, CABA, La Ley, T. II, p. 269.
132. Como lo hace la amplia mayoría de autores que ha estudiado la cuestión y se ha plasmado en diversos proyectos de reforma.

su cargo por vía de excepción de incumplimiento, resolver el contrato por vía del pacto comisorio y demás consecuencias derivadas del apartamiento del plan prestacional convenido.

Si, además, este incumplimiento genera daños en otra esfera de intereses –distintas del caballo– el comprador debe emprender un esfuerzo probatorio mayor, acreditando los presupuestos de la responsabilidad civil; por caso, si derivado de la falta de entrega existió pérdida de chance de ganar la carrera y acceder al dinero del premio.

Si bien todo lo expuesto tiene como presupuesto el incumplimiento, el primer grupo de acciones tienden a la satisfacción del interés de prestación, mientras que el segundo grupo, a la reparación de daños.

En este sentido, aceptar que el daño directo únicamente puede afectar bienes objeto de la relación de consumo, importa superponer ambas categorías, dando como resultado una confusión que desnaturaliza el sistema, perjudicando al consumidor –que queda emplazado en una posición de desventaja frente a cualquier otro acreedor insatisfecho– en contra de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional que manda a otorgarle mayor grado de protección e incluso contra la finalidad que la propia norma pretende.

Siguiendo esa línea, sabido es que frente a dos interpretaciones posibles de una misma norma, debe prevalecer aquella que no lleve a su inconstitucionalidad, razón por la cual consideramos que el daño directo no se circunscribe únicamente a los bienes objeto de la relación de consumo, sino que bajo esta categoría se repara todo daño a intereses patrimoniales que sufre el consumidor, derivado del incumplimiento del plan prestacional convenido o impuesto legalmente al proveedor de bienes y servicios.

Por último, desde el nacimiento de la norma en estudio, los autores han referido, siguiendo los desarrollos del derecho común que llegan hasta nuestro tiempo a través de obras de indudable jerarquía tales como la "Teoría General de la Responsabilidad Civil" de Bustamante Alsina, que el daño que recae sobre el patrimonio puede ser "directo" siempre que el nocimiento recale sobre los bienes que lo integran, o "indirecto" cuando el patrimonio es afectado por la lesión a

la persona, o a ciertos derechos o facultades de su titular,[133] siguiendo además la terminología del entonces vigente artículo 1068 del CC. La diferencia es evidente: en un caso –de daño directo– lo que se pierde es la cosa que integra el patrimonio, mientras que en el otro –indirecto– el patrimonio sufre afectación por una lesión causada, por ejemplo, a su titular tal que le impide trabajar.

Sentimos que este es el verdadero significado que ha pretendido darse a la figura desde su nacimiento y como tal, no se requiere –ni termina siendo congruente con el ordenamiento jurídico– que esos bienes sean –además– *objeto de la relación de consumo*.

En resumen, consideramos que se trata de una figura resarcitoria, que procede únicamente a pedido de parte, personal de quien la reclama, que debe ser constatada y afectar únicamente intereses patrimoniales del consumidor, susceptible de ser reparada en especie o por equivalente y no circunscripta a ninguna categoría especial de bienes o cosas. La antijuridicidad requerida es de tipo material y el factor de atribución de responsabilidad es objetivo.

Constitucionalidad de la figura

La segunda parte de la norma se encuentra destinada a delimitar las características que debe reunir el órgano administrativo a fin de dictar actos que establezcan válidamente una condena por daño directo.

Ya hemos adelantado que el legislador incorpora la doctrina emanada de fallos "Fernández Arias" y "Ángel Estrada y Cía." de la Corte Suprema Nacional, como mecanismo para resguardar la constitucionalidad de la figura.

No obstante, previo a ingresar al análisis propuesto, consideramos pertinente hacer una aclaración adicional: las críticas más agudas a la incorporación del daño directo como un mecanismo indemnizatorio que opere en sede administrativa, han recalado sobre una pretendida invasión en la esfera de competencias del poder judicial.

A este respecto, ni bien se sancionó la Ley N° 26361 se consolidaron dos corrientes de opinión. Por una parte, quienes proponían

133. Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños…", *op. cit.*, p.151, en Vázquez Ferreyra, R. (dir.), *op. cit.*, nota. 344-46.

que la figura resultaba contraria al diseño constitucional argentino[134] y por el otro, quienes propiciaban una apreciación flexible,[135] anteponiendo la conveniencia de un sistema ágil de reparación de daños, ajustado a la nueva realidad que significa el consumo masivo de bienes y servicios, el cual trae aparejadas situaciones que no eran siquiera imaginables cuando se establecieron las bases de la teoría general de la responsabilidad civil clásica.[136]

Por nuestra parte, sentimos que previo a ingresar a ese análisis, se impone señalar que –más allá de la postura que se asuma– estamos, en el mejor de los casos, frente a una situación de excepción. En otras palabras, regularmente el poder judicial es el único órgano que posee atribuciones para emitir sentencias de alcance particular que resuelvan conflictos entre partes y excepcionalmente, estas facultades son diferidas a un órgano administrativo.[137]

Adelantamos nuestra postura en torno a que, ya desde hace más de medio siglo, la Corte Suprema Nacional ha reconocido esta facultad de excepción. Si bien podríamos ubicarnos en una posición más bien clásica en cuanto a valoración e interpretación del sistema de división de poderes –al menos mucho más rígida que la que han adoptado otros estudiosos de la materia al analizar la norma en estudio y que ya hemos comentado– creemos que seguir discutiendo sobre el particular, a 63 años del fallo "Fernández Arias" carece de todo sentido práctico.

Lo anterior no equivale, sin embargo, ni a convalidar un ejercicio de facultades irrestricto, ni a sesgar la posibilidad de control judicial posterior, ni mucho menos a naturalizar los tribunales administrativos. La facultad jurisdiccional por ellos ejercida es, sin lugar a ninguna duda de nuestra parte, una facultad otorgada por excepción.

Esta premisa nos coloca entonces frente a una cuestión compleja: Por un lado, el daño directo resuelto en sede administrativa aparece

134. Picasso, Sebastián; Vazquez Ferreyra, Roberto, *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, CABA, Editorial La Ley, 2009, T. I, p. 546.

135. Arias Cau, Esteban, "La responsabilidad por daños en el Derecho del Consumidor: el daño directo", en *Revista Argentina de Derecho Civil*, N° 1, CABA, IJ Editores, 2018.

136. Shina, Fernando E., *Ley de Defensa del Consumidor Ley 24.240. Comentada - Análisis doctrinal y jurisprudencial*, CABA, Hammurabi, 2022, p. 402.

137. Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños…", en Vázquez Ferreyra, R. (dir.), *op. cit.*, p. 125.

como una excepción al diseño constitucional argentino. Por el otro lado, las excepciones no pueden ser aplicadas por analogía a casos que no se encuentren especialmente previstos en la norma, puesto que de lo contrario la excepción pasaría a ser la regla.

De ambas premisas se deriva que la norma en estudio sea válidamente cuestionable en términos constitucionales, incluso sin ingresar al delicado análisis de los requisitos del órgano administrativo encargado de resolver la controversia, tema que ha pretendido ser salvado a partir de la reforma.

Lo anterior ocurre, desde nuestro sentir, como derivación necesaria e ineludible de la deficiente definición legislativa, de la vaguedad en los términos empleados y los oscuros contornos de la figura, sumado a las insalvables contradicciones de las que hemos intentado dar cuenta. Todo lo expuesto determina que sea muy difícil hallar un ámbito específico y previamente delimitado de aplicación del daño directo.

Sin dejar de señalar que para muchos autores el tema se encuentra zanjado,[138] y para otros, que la cuestión es calificada como abstracta,[139] nosotros somos partidarios de una crítica más severa en este punto, puesto que advertimos que la deficiente técnica legislativa empleada proyecta efectos al ámbito funcional de la figura.

En esta línea, el órgano administrativo que pretenda aplicar la norma y otorgar una indemnización por daño directo se enfrentará al difícil problema de establecer, previo a todo, si el legislador efectivamente le ha otorgado competencia para resolver del modo en que lo hace, o bien si se está utilizando la excepcional facultad de indemnizar el daño directo para reparar –en realidad– otros daños, respecto de los cuales el órgano no es competente.

A modo de ejemplo de lo que acabamos de proponer, aportamos algunos precedentes en los que se ha aplicado la norma con nuestro humilde comentario respecto a aquello que se pretende señalar:

En el año 2011, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal dictó un fallo plenario,[140] estableciendo que, ante el incumpli-

138. Ameal, Oscar; Centanaro, Ivana, *Manual de Derecho del Consumidor*, CABA Editorial Estudio, 2022, P. 171.

139. Stiglitz, Gabriel A., "El Código Civil y Comercial y la indemnización al consumidor en sede administrativa". Disponible en *LL online*, (referencia: AR/DOC/5222/2015).

140. CNACAF en pleno "Edesur SA c/ Resolución 361/05", 13/07/2011.

miento del servicio de suministro de energía eléctrica, el ENRE tiene competencia para determinar el daño directo, que califican como "*valor de reposición del objeto dañado ocasionado a los usuarios*". Por nuestra parte observamos, no obstante, que el objeto dañado por el deficiente suministro de energía eléctrica no es "*el bien objeto de la relación de consumo*", que como tal es la energía eléctrica y por esa elemental razón, el órgano desborda la norma al mandar indemnizar un artefacto dañado que no es objeto de la relación de consumo.

En otro caso, del año 2019 resuelto en San Martín,[141] se entendió el proveedor debía reparar, a título de daño directo, el perjuicio sufrido por una motocicleta en la playa de estacionamiento de un supermercado. En este caso no puede caber duda que el objeto de la relación de consumo entre el supermercado y el cliente se circunscribe a las cosas que el supermercado vende. Aún si aceptáramos – como lo ha hecho cierta línea jurisprudencial– que el servicio de estacionamiento se encuentra dispuesto como parte de la relación de consumo subyacente, para facilitarla o favorecerla, lo cierto es que la motocicleta del actor jamás puede ser considerada como objeto de la relación de consumo.

Finalmente, en el año 2020 el superior tribunal de justicia de Corrientes confirmó una resolución administrativa que imponía una reparación por daño directo a una empresa de micros, por una demora en el transporte de una pasajera, derivada de una avería en la unidad destinada a tal fin.[142] La indemnización se fijó en "el valor del boleto abonado". No obstante, a través de esta resolución lo que se hace es cubrir el contravalor dinerario de la prestación deficientemente cumplida, a la cual la pasajera hubiera podido acceder a través de una acción por incumplimiento del plan prestacional convenido.[143] No se trata aquí, en purismo, de un daño, sino de una prestación que se cumplió defectuosamente. Ello sin dejar de señalar que la demora que se indemniza ni siquiera tiene un componente patrimonial, sino que se aproxima mucho más a la noción de daño a intereses extrapatrimoniales de la pasajera, por las molestias sufridas.

141. J.C.Adm. de San Martin "Chen, Xiaohumi c/ Municipalidad de General San Martin s/ Proceso Sumario de ilegitimidad", 29/10/2019.

142. Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, "Recurso Directo: Denuncia de Aguero, Verónica Stella c/ Autotransportes Andesmar S. A.". Expte. N° STD 1656/19, 17/11/2020.

143. CCCN, art. 730, inc c.

También se ha destacado que la doctrina menciona como ejemplos de daños directos al valor del producto, su reparación o el pago de una noche de hotel si se suspendió el vuelo aéreo por sobreventa,[144] a lo que nosotros nos atrevemos a oponer que el contravalor del producto o su reparación no califican como daños, sino como cumplimiento de la prestación debida –tema al que ya nos hemos referido– mientras que el pago de la noche de hotel jamás puede ser considerado como el bien objeto de la relación de consumo, ni siquiera como un daño directo en el sentido del artículo 1068 CC que ya hemos señalado, puesto que es una disminución del patrimonio por afectación a otro derecho que en este caso se traduce en el crédito del pasajero para obligar al transportista a trasladarlo.

Creemos que estos casos y otros más a los que seguramente tenga acceso el lector, ilustran adecuadamente el punto que queremos referir: No se trata solo de determinar los requisitos que debe cumplir el órgano competente, sino que además, la norma que faculta la reparación del daño directo en sede administrativa debe establecer con claridad, en términos positivos y sin contradicciones internas, cuáles son los perjuicios cuya reparación delega, cosa que –consideramos– no ocurre en la actualidad.

Dejando a salvo lo anterior, ya hemos mencionado que la segunda parte del artículo se dispone a la tarea de establecer los requisitos que debe cumplir el órgano administrativo, a fin de resultar competente para dictar una condena por daño directo.

La habilitación excepcional que el legislador otorga al poder ejecutivo no resulta irrestricta, sino que debe ajustarse a ciertos cánones, ya establecidos de antaño por la Corte Suprema Nacional en diversos fallos que ya han sido referidos en este comentario.

Los requisitos que se imponen a la administración recalan sobre las facultades conferidas por la norma de creación, la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta, la especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas y finalmente la posibilidad de control judicial amplio y suficiente.

144. Bueres, Alberto J.; Picasso, Sebastián, "La responsabilidad por daños…", *op. cit.*, en *Revista de Derecho Privado… op. cit,* Nº 1, CABA, Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 62 con cita de Lafuente, Jesús.

Por nuestra parte, ya hemos adelantado que en cumplimiento de tales requisitos –que de por si nos parecen suficientemente claros– es posible obtener un acto constitucionalmente válido que imponga una indemnización por daño directo en sede administrativa.

Únicamente merece una aclaración adicional la cuestión relativa al control judicial amplio y suficiente que la norma requiere. Consideramos que este requisito impone la posibilidad de revisar la totalidad de las actuaciones previas, permitiendo a las partes reabrir la controversia e incluso ofrecer nuevas pruebas o interponer otras defensas que no hubieran sido materia de tratamiento en sede administrativa.

Ello así puesto que justamente ese es el control judicial amplio y suficiente al que se refiere la norma.

No se trata entonces de examinar una resolución administrativa por vía de recurso, sino de abrir una verdadera "nueva controversia" por daños, ya que de lo contrario las partes estarían atadas a las limitaciones y a los vicios que puede contener el procedimiento administrativo; y el juez llegaría al proceso encorsetado por las pretensiones, defensas y pruebas que las partes – normalmente sin el debido patrocinio letrado– pre constituyeron en la instancia anterior.

Debe recordarse en este punto, que en el procedimiento administrativo previo suelen debatirse múltiples cuestiones y no solo el requerimiento de una indemnización por daños. Además, las partes no requieren patrocinio letrado obligatorio y no están en condiciones –generalmente– de producir acabada prueba de los extremos que invocan; por una parte puesto que los órganos administrativos locales no cuentan con una estructura de auxiliares semejante a la del poder judicial, y por la otra puesto que una sustanciación de semejante extensión derivaría en procedimientos administrativos interminables, semejantes a su extensión a aquellos que se llevan a cabo en sede judicial, lo que indudablemente atenta contra la finalidad de la norma.

Todas estas falencias determinan que no sea suficiente control judicial desde nuestro sentir– la habilitación de una vía meramente recursiva. En este sentido no podemos dejar de señalar el paralelismo que existe con lo que actualmente dispone la Ley N° 24557 de Riesgos del Trabajo.[145]

145. Nos referimos al Procedimiento ante las Comisiones Médicas.

En el marco de dicho sistema, la indemnización del trabajador por un infortunio laboral se determina por un órgano administrativo que cumple, según comúnmente se acepta, todos los requisitos establecidos por la norma del artículo 40 bis. Durante el procedimiento, además, el patrocinio letrado es obligatorio para las partes y se cuenta con un cuerpo pericial *ad hoc*, incluso pudiendo ofrecerse prueba adicional. Sin embargo, para el ejercicio del control jurisdiccional de los actos administrativos así dictados, tanto ante la justicia nacional como en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires,[146] en la práctica se dispone la apertura de un proceso amplio de conocimiento y no de una revisión por vía recursiva.

A propósito de lo anterior, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto recientemente en la materia que comentábamos, que la acción ordinaria dispuesta por la Ley Provincial N° 15057 viene a sanear la limitada posibilidad de revisión del acto administrativo que acuerda el canal recursivo.[147]

Entendemos que lo que aquí se propone tal vez no sea recibido con beneplácito por los autores que han defendido la figura como un modo ágil de reparación de daños en sede administrativa, puesto que compartir lo expuesto importa reeditar la cuestión de la instancia judicial ordinaria, de conocimiento pleno, con los consiguientes costos, plazos y falencias que justamente se han querido evitar.

Seguramente entonces, a nuestra postura podrá criticársela por considerarla excesivamente rígida y por no acompañar la moderna dinámica de esta *fattispecie*. Nosotros preferimos pensar que, por más moderno que sea el arquitecto, si los cimientos no se emplazan del modo correcto no hay estructura que soporte el paso del tiempo y nos atrevemos a ir un paso más allá: creemos que las sucesivas modificaciones que la norma ha sufrido –y las que se proyectan en el futuro en diversos proyectos actualmente en debate– a solo 15 años de su nacimiento, son prueba suficiente del acierto en la afirmación antes propuesta.

De lo expuesto se sigue como derivación necesaria que, aunque aceptemos la competencia por vía administrativa para resolver recla-

146. Donde se establece una "Acción Laboral Ordinaria" para la revisión de decisiones de comisiones médicas mediante Ley Provincial N° 15057.

147. SCBA, "Bustos Torres Roberto Esteban c/ Galeno Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. s/ Accidente *in itinere*", 27/02/2023.

mos en los que se requiera una indemnización por daño directo, el ámbito de resolución –por antonomasia— de este tipo de controversias, de acuerdo al diseño constitucional argentino es y seguirá siendo, en sede judicial.

Todo lo dicho sin soslayar que en la actualidad existen varias iniciativas de reforma a la norma comentada, al tiempo que se han producido –y seguramente se seguirán produciendo– avances en cuanto a la conformación de tribunales judiciales del consumidor, tanto en el ámbito nacional como en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Analizar la estructura administrativa en las distintas jurisdicciones, su modo de funcionamiento y su grado de conformación al texto legal vigente así como al ordenamiento jurídico en general excede, por mucho, los objetivos de este comentario, no obstante nos atrevemos a proponer de modo general, que cualquiera sea la conformación del organigrama de la administración para dar cuenta del daño directo, no conviene pasar por alto la tradición jurídica, los lineamientos establecidos por la corte nacional en materia de división de poderes y los ricos desarrollos que la responsabilidad civil clásica tiene para ofrecer en procuras de enriquecer la figura y permitir que cumpla adecuadamente las finalidades para las que ha sido concebida.

TÍTULO II
Autoridad de aplicación procedimiento y sanciones

CAPÍTULO XI
Autoridad de aplicación

Artículo 41. Aplicación nacional y local*

La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones.

(Artículo sustituido por art. 17 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Concordancias: *artículos 42 de la CN y 46 de la CCABA.*

Desde el aspecto práctico, el artículo tiene como finalidad determinar la competencia territorial de las Autoridades de Aplicación para controlar, vigilar y fiscalizar el cumplimiento de la Ley. Actualmente, a nivel nacional dichas funciones se encuentran en cabeza de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, dependiente de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores, bajo la órbita de la Secretaría de Comercio. Las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen la facultad de actuar en el ámbito de sus correspondientes jurisdicciones como autoridades de aplicación local. Dentro de las prerrogativas que les asisten, y a los fines de cumplir debidamente con sus funciones, podrán designar para el ejercicio de las mismas a los órganos competentes dentro de la estructura de la Administración. Estas facultades que la ley pone a cargo de la Autoridad Nacional, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de las provincias del país, se ejercen de manera concurrente, lo que quiere decir que, sin perjuicio de las facultades con las que cuentan las autoridades locales en el ámbito específico de sus jurisdicciones, la autoridad nacional complementa con estas el control y fiscalización respecto del cumplimiento de la ley.

En este sentido, reviste especial importancia que los organismos implementen procedimientos ágiles y eficaces que contribuyan a la

* Comentario sobre los artículos 41 a 44 por Vilma C. Bouza.

resolución de los conflictos y a la imposición de sanciones en caso de incumplimientos a las leyes vigentes.

La tutela efectiva de los derechos de los consumidores es un mandato incorporado en la Constitución Nacional, de manera que atraviesa transversalmente y como principio rector toda la normativa orientada a la defensa de usuarios y consumidores, y confiere potestades jurisdiccionales a las autoridades nacionales y locales.[1] En consonancia con dicho mandato, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha conferido raigambre constitucional al derecho protectorio de los consumidores.[2]

Las funciones de la autoridad de aplicación pueden congregarse en aquellas relacionadas directamente con la gestión de las denuncias, el control, la fiscalización y el juzgamiento de presuntas infracciones a la legislación vigente en materia de consumidores y las que se vinculan con la elaboración e instrumentación de políticas públicas orientadas a la educación al consumidor, a la difusión de sus derechos y a detectar tempranamente prácticas abusivas por parte de los proveedores que impliquen peligro para la población, evitando que las mismas se reproduzcan o se masifiquen, en definitiva, con el objetivo de anticiparse antes que sancionar la inconducta o reparar el perjuicio que la misma causare. En esta línea, al momento de ensayar una aproximación al derecho del consumo, los análisis suelen vincularse a la enunciación de derechos elementales que corrigen las desigualdades fácticas, técnicas y jurídicas a las que se enfrenta diariamente cualquier consumidor de bienes y servicios, tales como la información, la seguridad y la educación en la materia. De esta manera, la referencia a este campo normativo se asocia de manera intuitiva con el derecho que tienen los usuarios a contar con información fidedigna y acabada sobre los bienes y servicios que consumen, dada la relevancia que ello conlleva en el afán de superar la asimetría característica de los vínculos de consumo. Incluso suele atribuirse una gran preponderancia al deber de seguridad inherente a las relaciones de consumo, haciéndose especial hincapié en el modo en que han de ofrecerse los productos de modo tal de garantizar la integridad física y/o preservar el patrimonio de los consumidores. Asimismo, y en cuanto a las cuestiones actuales que se plantean en esta rama del derecho, resulta habitual

1. CN, art. 42.

2. CCABA, art. 46.

que se desarrollan fructíferos debates vinculados a la "digitalización" del consumo y a la necesidad de actualizar la normativa en miras de lograr su adaptabilidad al uso de las nuevas tecnologías, atendiendo al inestimable impacto advertido en el desarrollo de los vínculos consumeriles como consecuencia, principalmente, de la revolución que ha generado la incorporación de la inteligencia artificial en el tráfico de bienes y servicios.

Ahora bien, más allá de la vital importancia de las cuestiones antedichas, lo cierto es que la efectiva tutela de los derechos de los consumidores depende ineludiblemente del accionar de organismos públicos que propendan a la defensa de sus intereses, dado que de lo contrario tales derechos no irían más allá de lo declarativo. De tal manera, la creación de los organismos administrativos, dotados de facultades suficientes que permitan intervenir tanto en la prevención como en la corrección de las violaciones de las normas de consumo, promoviendo espacios que faciliten la protección declamada en los textos constitucionales, resulta una herramienta primordial e indispensable para los consumidores. En definitiva, la actuación de las autoridades de aplicación posibilita la instrumentación efectiva de la defensa de los derechos de usuarios y consumidores observando el mandato constitucional que se mencionara precedentemente.

Artículo 42. Facultades concurrentes

La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las facultades que son competencia de las autoridades locales de aplicación referidas en el artículo 41 de esta ley, podrá actuar concurrentemente en el control y vigilancia en el cumplimiento de la presente ley.

(Artículo sustituido por art. 18 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Concordancias: *artículos 42 de la CN y 46 de la CCABA.*

La autoridad de aplicación nacional tiene competencia en todo el territorio del país, mientras que las autoridades locales la tienen en relación con sus límites jurisdiccionales. Esta aparente superposición debe ser entendida en el sentido de coordinación y subordinación y no como una multiplicidad de procesos y medidas.[3]

3. Vázquez Ferreyra, R.A; Romera, O. E., Protección y defensa del consumidor: Ley Nº 24240. Buenos Aires. Depalma, p. 112.

Los artículos 41 y 42, tal y como se señaló, están orientados a determinar el reparto de competencias entre la Nación y las Provincias, efectuándose al respecto una referencia expresa a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.[4] Desde un punto de vista exclusivamente territorial, la norma instituye la competencia de la autoridad de aplicación nacional en todo el país, circunscribiendo la competencia de las provincias y la Ciudad a sus propias jurisdicciones.

La determinación de la competencia de las autoridades no ha generado mayores contratiempos, toda vez que impera un principio de actuación concurrente entre la Nación y las provincias.

En este orden de ideas, a través de la Resolución N° 274/2021 se ha desarrollado un sistema de recepción de reclamos a través de la denominada Ventanilla Única Federal, cuyo principal objetivo es el de facilitar la interposición de los reclamos de los consumidores de todo el país a través de una plataforma electrónica, con el propósito de que la Autoridad Nacional pueda analizar y derivar los reclamos a efectos de su tratamiento y eventual resolución a las diferentes jurisdicciones.
Que, en ese sentido, la misma ha realizado acuerdos con las provincias, para remitir electrónicamente los reclamos recibidos de los consumidores de todo el país, según la jurisdicción que debe intervenir, a efectos de su recepción y tratamiento.

La Ventanilla Única Federal tiene por finalidad promover y facilitar la interposición y el tratamiento de los reclamos de los consumidores, a los efectos de su asignación y derivación.

En el caso de la Nación y la Ciudad, siendo el elemento decisivo para la atribución de competencia de los organismos el territorio donde se verifique la infracción, resulta frecuente que se inicien de manera simultánea denuncias ante dichos organismos relacionados con un mismo hecho o conflicto. Dicha situación puede ocasionar que, en el territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se inicie más de un proceso vinculado con la misma relación de consumo, con el riesgo in-

4. Al momento de su dictado la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires era incipiente y sus alcances sumamente limitados. En la actualidad se ha iniciado un proceso de traspaso que alcanza a la justicia del consumidor, existiendo competencia específica de juzgados locales y habiéndose dictado un Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por Ley N° 6407, 11/03/2021.

herente que ello conlleva de sancionar o juzgar dos veces el mismo hecho, incurriendo en lo que se conoce como *non bis in idem*. De esta forma se ha planteado, dada la ausencia de previsión normativa en las leyes de procedimiento, que en el caso de que una misma e idéntica infracción pueda ser objeto de sumario tanto a nivel nacional como local, debería hacerse lugar a una excepción de "litispendencia",[5] lo que conduciría a que se acumulen las actuaciones siempre que se corrobore el requisito de la triple identidad, es decir que se trate de los mismos sujetos intervinientes, objeto de la actuación y causa del reclamo. La solución propuesta tendría como finalidad garantizar la seguridad jurídica para los proveedores de bienes y servicios, quienes de lo contrario se verían expuestos al riesgo de ser sancionados dos veces por el mismo hecho.

Ahora bien, entendemos que la aplicación de dicho criterio a rajatabla podría llevar a que se adopte una solución injusta para los intereses de los usuarios. Efectivamente, más allá de que resulta aconsejable profundizar el entrecruzamiento de las bases de datos entre las autoridades –nacional y local–, posibilitando de tal manera evitar el dispendio jurisdiccional que conlleva la superposición de denuncias, como así también mitigar el riesgo de incurrir en un doble juzgamiento, lo cierto es que mientras no se verifique la tramitación en simultáneo de dos o más sumarios administrativos por los mismos hechos no deberían adoptarse medidas específicas que priven de respuesta a los usuarios.

Los denunciantes tienen la legítima expectativa de obtener una repuesta efectiva y concreta relacionada con sus reclamos, circunstancia que, como vimos precedentemente, no es otra cosa que un derecho inobjetable derivado de los mandatos constitucionales. En este sentido, la duplicación de reclamos resulta una consecuencia, en la mayoría de los casos, de una falta de respuesta oportuna por parte de las autoridades administrativas, y no la búsqueda de un enriquecimiento indebido que deba ser celosamente prevenido por las autoridades. Dicho de otra manera, el usuario no multiplica sus reclamos en búsqueda de obtener un lucro indebido, sino en procura de obtener una respuesta adecuada y oportuna a sus reclamos. Resulta una obviedad que en el marco del derecho del consumo la celeridad cons-

5. Picasso, Sebastian; Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor: Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pp. 548-549.

tituye un elemento decisivo para una efectiva tutela de los derechos de los usuarios. Sin embargo, el cúmulo de denuncias propio de la dinámica consumeril conlleva que, en muchos casos, los procesos incurran en demoras que conspiran contra la celeridad con la que deben resolverse estos conflictos. Imaginemos que se inicia un reclamo tendiente a lograr el restablecimiento de un servicio de internet, o bien se solicita la devolución de un importe facturado en exceso. La premura que debe observarse en la atención de dichos casos, sea para lograr el cese de la conducta disvaliosa o bien con la finalidad de lograr una recomposición patrimonial en un contexto inflacionario, puede llevar al denunciante a iniciar otra denuncia con el solo afán de obtener una solución a su reclamo. De esta manera, atendiendo al derecho legítimo que asiste a los consumidores de obtener una respuesta eficaz y tuitiva de sus derechos, no hay motivo que justifique el archivo inmediato de las denuncias hasta tanto no se haya iniciado un sumario administrativo en ambas jurisdicciones y exista un riesgo concreto de un doble juzgamiento.

Entendemos viable dicho criterio como una solución justa para los casos de que se verifique una superposición de denuncias. Ello independientemente de los valorables esfuerzos que lleven a cabo los organismos para optimizar sus procesos administrativos y lograr una mejora en los tiempos de respuestas, informando asimismo a los denunciantes acerca de la imposibilidad de tramitar sumarios en simultáneo. Por su parte, la solución propuesta en modo alguno ocasiona un perjuicio a los oferentes, cuya profesionalidad e infraestructura destinada a la comercialización de bienes y servicios hace suponer que cuentan con herramientas destinadas a defender sus intereses, incluso con una representación legal especializada en asuntos de consumo, para denunciar aquellos casos en que se verifique superposición de sumarios. En tales supuestos, esto es la sustanciación de más de un (1) sumario administrativo por los mismos hechos, resulta lógico y aconsejable que se proceda a la acumulación de procesos que culmine con el dictado de un solo pronunciamiento en sede administrativa. Por último, debe tenerse presente que la actuación de la autoridad de aplicación nacional suele orientarse a la resolución de cuestiones federales, toda vez que su jurisdicción abarca todo el territorio nacional. En el caso de la formulación de denuncias ante la autoridad de aplicación

de la Ciudad conlleva indefectiblemente el pronunciamiento sobre la cuestión planteada en todos aquellos casos en que no se ha arribado a un acuerdo que satisfaga los intereses de las partes,[6] garantizando en todos los casos el dictado de un acto administrativo que determine si se ha producido una violación de los derechos del consumidor y, eventualmente, si se ha configurado el daño directo reconocido en el artículo 40 bis de la Ley N° 24240.

Por su parte, aun cuando se infiere del criterio desarrollado en los párrafos precedentes, cabe aclarar que en el caso de verificarse una superposición de denuncias por una idéntica plataforma fáctica, y si en alguna de aquellas se arribara a un acuerdo conciliatorio, deberá procederse al archivo de la restante denuncia. Aquí la resolución deviene evidente, toda vez que en el caso de mediar una conciliación que ponga fin al conflicto, ello implica indefectiblemente la desestimación de las acciones administrativas y/o judiciales que se deriven de los incumplimientos cuya reparación fuere voluntariamente acordada. Efectivamente, los proveedores podrán en tal caso denunciar la existencia del acuerdo o bien interponer una excepción previa que evite la formulación de un sumario administrativo por hechos que ya han sido objeto de una conciliación. En la práctica, es de esperar que dichos casos sean resueltos inmediatamente e informados por las partes en las reparticiones donde se hubieren formulado las denuncias o acciones legales correspondientes, siendo que una de las cuestiones que conformará el objeto de la transacción será, una vez efectivizada la pretensión acordada, la formulación del desistimiento de todos los reclamos previos formulados.

Ahora bien, los supuestos debatidos precedentemente alcanzan solamente a la iniciación de procedimientos administrativos a instancias de los usuarios y consumidores. Sin embargo, el posible conflicto de superposición de actuaciones no se agota en dicha hipótesis. En este sentido, en los casos en que los organismos actúan de oficio, la posibilidad de que se inicien procedimientos simultáneos vinculados a los mismos hechos resulta sumamente probable. Dicha situación, si bien excepcional en comparación con el volumen de las denuncias

6. La Ley N° 757 de la Ciudad establece el procedimiento administrativo que ha de sustanciarse para la actuación de la autoridad de aplicación local, estableciendo la obligación de pronunciarse en todos los casos en que se hubiere arribado a un acuerdo en la instancia conciliatoria previa.

recibidas, acontece en el caso de advertirse acerca de la posible comisión de infracciones por parte de los proveedores que afecten al universo de sus usuarios. A modo ejemplificativo, se han iniciado actuaciones de oficio relacionados con deficiencias o interrupciones en la prestación de servicios públicos dada la masividad que los caracteriza. Así, frente a situaciones de cortes de luz prolongados, recurrentes por el aumento del consumo de energía cuando se registran temperaturas extremadamente bajas o altas, las autoridades suelen iniciar actuaciones sin que mediare una denuncia particular, o bien al momento de tomar conocimiento de la existencia de numerosos reclamos que no necesariamente se traduzcan en denuncias individuales.

En dicho marco, y con el fin de determinar la responsabilidad de las prestadoras, los organismos requieren información acerca de las razones de la interrupción y las medidas llevadas a cabo para su restablecimiento, el plan de contingencia previsto, la respuesta brindada a los usuarios y otras cuestiones vinculantes a la problemática, instruyendo en su caso el sumario administrativo pertinente. En este hipotético escenario, si las interrupciones se hubieran suscitado en territorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la autoridad local podría en ejercicio de sus facultades[7] iniciar la pesquisa descripta, instruyendo eventualmente el sumario administrativo en caso de que se reúnan elementos que permitan presumir la inobservancia de las obligaciones en la Ley N° 24240. En idéntico sentido, la Autoridad Nacional podría iniciar actuaciones vinculadas con los mismos hechos, que se superpongan atento a su intervención concurrente en el territorio de la Ciudad. Como vimos, atendiendo al riesgo de evitar el "doble juzgamiento", en aquellos casos que se verificara que se han instruido sumarios en las distintas reparticiones que pudieren derivar en la imposición de más de una sanción por la misma plataforma fáctica, los oferentes tendrán la posibilidad de plantear la excepción de litispendencia. En tal caso, verificada la identidad de procesos, podrá optarse por la acumulación de actuaciones, o bien por la prosecución exclusivamente del expediente que se hubiere iniciado en el

7. De la lectura del artículo 3 de la Ley N° 757 se desprende que la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor tiene la obligación de iniciar actuaciones administrativas en los casos en que existan presuntas infracciones. Así, puede hacerlo de oficio o por denuncia.

organismo nacional, atendiendo a la posibilidad de que la presunta infracción –vinculada con un servicio de alcance masivo– pueda tener efectos en distintas jurisdicciones.

La trascendencia sobre el rol que han de ejercer las respectivas autoridades está dada por la posibilidad de intervenir de oficio frente al conocimiento de violaciones por parte de proveedores a las disposiciones de la Ley N° 24240 y concordantes en materia de consumo, como así también en la potestad de recibir denuncias de usuarios y consumidores por presuntos incumplimientos en sus relaciones de consumo con los oferentes de bienes y servicios.

De tal manera, serán dichas autoridades quienes puedan iniciar sumarios administrativos frente a presuntas infracciones a la Ley N° 24240 y normas concordantes en materia de consumo, pudiendo a partir de su intervención velar por la protección y conservación de los derechos de los usuarios y consumidores.

En definitiva, en todos aquellos casos en que se verifique una duplicación de denuncias o la tramitación en forma simultánea de procesos iniciados de oficio, la solución propuesta es la misma, esto es, que se unifiquen o acumulen los expedientes exclusivamente cuando se hubiere instruido sumario administrativo. Ello en el entendimiento de que recién en esa oportunidad sobreviene un riesgo concreto de que se incurra en un doble juzgamiento perjudicial para los proveedores. De esta manera se resguarda el derecho de los consumidores de obtener una tutela efectiva de los derechos reconocidos en la presente ley.

El foco de conflicto en relación con la competencia territorial puede ser circunscripto sustancialmente a los casos de superposición analizados. Ello se contrapone con lo que acontece a nivel judicial, donde se ha iniciado un proceso de traspaso de la justicia en materia de consumo de Nación –creada por Ley Nacional N° 26693– a la Ciudad; en este sentido, pese a los acuerdos arribados entre Nación y Ciudad respecto a los Convenios de Transferencia con dicha jurisdicción, los mismos solo fueron ratificados por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, en ejercicio de su propia competencia, sancionó la Ley N° 6286, otorgando competencia a seis (6) juzgados de Primera Instancia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad para conocer en las cuestiones

propias de las relaciones de consumo, hasta tanto se perfeccione la transferencia de la Justicia Nacional.[8]

Luego, a partir de una Comisión redactora creada por la Subsecretaría de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en la que participaron legisladores, jueces, consejeros, académicos, abogados especialistas y universidades, se logró sancionar la Ley N° 6407, dictándose el "Código de Procedimientos de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA".

Asimismo, en la actualidad se suceden conflictos de competencia entre los juzgados nacionales de primera instancia en lo comercial y los jueces en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, planteándose la inconstitucionalidad de la transferencia de competencias efectuada, alegando en tal sentido que la falta de ratificación por parte del Congreso invalidaría la actuación del nuevo fuero local especializado en consumo. Ahora bien, independientemente de la disputa entablada en relación con quien será el "juez natural" para intervenir en los procesos judiciales de consumo, la cual se encuentra lejos de agotarse, existe un consenso acerca de que la revisión judicial de los actos administrativos dictados por las autoridades locales es de jurisdicción de la Ciudad.

Artículo 43. Facultades y atribuciones

La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, sin perjuicio de las funciones específicas, en su carácter de autoridad de aplicación de la presente ley tendrá las siguientes facultades y atribuciones:

- **a. Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes.**
- **b. Mantener un registro nacional de asociaciones de consumidores y usuarios.**

8. Por intermedio de la Ley N° 6286 se modificó la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad, dotando de competencia a los seis (6) juzgados del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad para conocer en los conflictos derivados de relaciones de consumo.

c. Recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de consumidores y usuarios.
d. Disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de esta ley.
e. Solicitar informes y opiniones a entidades públicas y privadas con relación a la materia de esta ley.
f. Disponer de oficio o a requerimiento de parte la celebración de audiencias con la participación de denunciantes damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos.

La Autoridad de Aplicación nacional podrá delegar, de acuerdo con la reglamentación que se dicte en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias las facultades mencionadas en los incisos c), d), y f) de este artículo.

(Artículo sustituido por art. 19 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

El artículo 43 enuncia cuáles han de ser las facultades y atribuciones que tendrán las autoridades administrativas de aplicación para cumplir su función de fiscalizar y controlar el cumplimiento de la Ley N° 24240 y concordantes en materia de consumo.

En lo que refiere al inciso a) la preeminencia e importancia de esta atribución deviene manifiesta, toda vez que es la potestad que le asiste a la autoridad nacional de dictar resoluciones que contribuyan a la tutela efectiva de los derechos de los usuarios y consumidores. La experiencia de la autoridad de aplicación en el conocimiento de la problemática del consumo, ya sea a partir del tratamiento de las denuncias de particulares o mediante el conocimiento de oficio en supuestos excepcionales como los vistos, debe ser canalizada mediante el dictado de normas adaptables a la coyuntura que posibiliten la eficacia en la protección de los derechos de los consumidores. De lo contrario, si no se otorgasen a la repartición atribuciones suficientes para intervenir en procura de su finalidad tuitiva, mediante el dictado de resoluciones que contemplen las variaciones en la realidad de las relaciones de consumo, el inexorable paso del tiempo traería aparejada la progresiva pérdida de eficacia del texto normativo en análisis.

Aun cuando esta rama del derecho es considerada "joven", lo cierto es que ya desde el dictado de la ley han transcurrido más de 30 años, en los cuales se han producido significativos avances en la dinámica

propia de las relaciones de consumo, variando la forma de consumir y de ofrecer los bienes y servicios por parte de los oferentes. A título ilustrativo, al momento de dictarse la Ley N° 24240 la modalidad del consumo era sustancialmente presencial, razón por la cual la concepción que inspiró al legislador a regular los aspectos centrales de protección de la ley tenían como eje un consumidor que concurría a los establecimientos comerciales para acceder a los bienes. Sin embargo, en los últimos años, los avances tecnológicos trajeron aparejado el crecimiento exponencial del comercio electrónico, destacándose crecimientos anuales sostenidos en esta modalidad que llegaron a su punto más alto durante las medidas de confinamiento adoptadas en la última crisis sanitaria. Ahora bien, la utilización de tecnología en el contacto con el consumidor, incluida su máxima expresión que resulta ser la inteligencia artificial, constituía un supuesto impensado al momento del dictado de la ley, razón por la cual resulta imprescindible que la autoridad de aplicación se encuentre facultada a dictar normas que contemplen dicho caso a los efectos, por ejemplo, de que el usuario no se vea privado del contacto humano al requerir explicaciones o consultar sobre el bien o servicio contratado.[9]

Por su parte, la utilización de esta atribución por parte de la Autoridad de Aplicación, ha alcanzado a nuestro entender su máxima expresión con la implementación de medidas destinadas a complementar y a modernizar lo ya establecido en la Ley N° 24240 como es la figura del botón de baja,[10] el botón del arrepentimiento para las compras y contrataciones en entornos digitales[11] o la protección a los consumidores

9. Por Resolución N° 1033/2021 de la Secretaría de Comercio Interior se establecieron los parámetros mínimos obligatorios de calidad para los servicios de atención por teléfono o internet.

10. Por Resolución N° 316/2018 y sus modificatorias de la Secretaría de Comercio Interior se estableció que los proveedores de servicios que posean páginas web y con una actividad económica determinada en la el anexo de la misma deben tener a simple vista y en el primer acceso, el link mediante el cual el consumidor pueda solicitar la baja del servicio contratado en los términos del artículo 10 ter de la Ley N° 24240.

11. Por Resolución N° 424/2020 y sus modificatorias de la Secretaría de Comercio Interior se estableció que los proveedores que comercialicen bienes y servicios a través de páginas y aplicaciones web deberán tener publicado el link denominado "BOTÓN DE ARREPENTIMIENTO", mediante el cual el consumidor podrá solicitar la revocación de la aceptación del producto comprado o del servicio contratado, en los términos de los artículos 34 de la leyes N° 24240 y 1110 del Código Civil y Comercial de la Nación.

hipervulnerables. La irrupción de esta última figura en el derecho del consumo no solo constituye un nuevo paradigma, en tanto que implica una individualización del sujeto consumidor que excede el concepto de clase universal de consumidores vulnerables, sino que también constituye una muestra evidente de la trascendencia de la herramienta en análisis como consecuencia de la intervención de la autoridad de aplicación en la efectiva instrumentación de los derechos de los consumidores.

Efectivamente, si se analiza el marco normativo generalizado del derecho del consumo se advierte que se encuentra reconocida en las constituciones y las leyes la existencia de una situación de vulnerabilidad de los consumidores frente a los proveedores en el mercado de bienes y servicios, parámetro determinante para establecer la necesidad de una tutela efectiva por parte de las autoridades designadas para la fiscalización y el control del cumplimiento de dichas normas. Atendiendo a lo expuesto, nos encontramos en la posición de afirmar que la cualidad que distingue a las relaciones de consumo, respecto de otros vínculos jurídicos, es la vulnerabilidad estructural que ostentan los consumidores frente a los proveedores, lo que comúnmente se conoce como la asimetría existente entre las partes del vínculo, que requiere de la tutela aludida.

El marco descripto es el que emerge de las normas analizadas, por lo que en el caso de que las autoridades de los poderes ejecutivos carecieran de atribuciones de reglamentación y elaboración de políticas, su rol quedaría limitado a la aplicación uniforme de las leyes, prescindiendo de la coyuntura que rige la dinámica propia de las relaciones de consumo. Ahora bien, desde hace un tiempo se ha planteado desde la doctrina que el reconocimiento genérico de una situación de vulnerabilidad no constituye un parámetro suficiente para proteger al universo de usuarios y consumidores, entendiendo que existen casos particulares que requerirían de un tratamiento diferenciado en pos de obtener una tutela efectiva. A partir de allí, se ha señalado que la aplicación uniforme de la protección otorgada en las normas podría resultar meramente declarativa en determinados supuestos, toda vez que no garantizaría una igualdad de trato u oportunidades para aquellos consumidores que, por determinados factores, ostenten una situación de hipervulnerabilidad o de agravamiento de la asimetría existente en el vínculo con los proveedores. En este entendimiento, de no mediar la intervención de la autoridad administrativa

que recoja y aplique la experiencia obtenida en la temática de consumo, es decir si su actuación se limitase a la mera aplicación de las leyes reseñadas, los usuarios no se encontrarían en una situación real de igualdad que les garantice una efectiva tutela de sus derechos.

Así, se ha planteado que existen una clase de sujetos que presentan un agravamiento de su vulnerabilidad en virtud de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales que impidan el ejercicio pleno de sus derechos como consumidores. Queda claro, en ese contexto, que las leyes vigentes no permiten garantizar la tutela efectiva en tanto que solo reconocen una clase universal de consumidores. A partir de allí, la autoridad nacional ha entendido conveniente adoptar medidas[12] que, siguiendo las pautas que se derivan de tratados internacionales, tiendan a asistir de una manera diferenciada y acorde a los sujetos cuyas cualidades o circunstancias los coloque en una situación de extrema vulnerabilidad en las relaciones de consumo. De esta manera, en la búsqueda de mitigar situaciones de disparidad que se han advertido en el conocimiento de la problemática consumeril, atento a la imposibilidad de dar una respuesta eficiente mediante la mera aplicación de las leyes vigentes, la autoridad de aplicación ejerce la atribución reconocida virtuosamente mediante el dictado de resoluciones que posibiliten la efectiva tutela encomendada a las reparticiones.

Ello así, estos ejemplos constituyen una clara muestra de una intervención virtuosa por parte de la autoridad de aplicación, toda vez que a partir del dictado de resoluciones complementarias o aclaratorias del texto legal vigente permite, o mejor dicho fortalece, la eficacia protectoria del derecho del consumidor que inspira la actuación de este tipo de organismos.

En relación con el inciso b), su importancia radica en la posibilidad de registrar las asociaciones de consumidores que ejerzan una legitimación amplia en la representación de los derechos de usuarios

12. Por Resolución N° 139/2020 la Secretaría de Comercio Interior se consideró consumidores hipervulnerables a aquellos consumidores que sean personas humanas y se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos. Asimismo, en dicha resolución se dispuso arbitrar diversas medidas tendientes a lograr una tutela adecuada y específica para los consumidores en situación de hipervulnerabilidad.

y consumidores. La actuación de estos actores civiles resulta complementaria a la del Estado en lo relativo a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores.

Lo primero que sobreviene del análisis del presente artículo es que la actuación de las Asociaciones en representación de un interés colectivo requiere indefectiblemente de su previa inscripción ante el Registro Nacional, cuyo mantenimiento ha sido conferido a la Autoridad Nacional de Aplicación.

Ahora bien, cabe aclarar en lo que refiere a esta potestad de representación colectiva que, si bien la misma es reconocida por las distintas Constituciones[13] y por la presente ley,[14] la misma deviene excepcional y, consecuentemente, supeditada al cumplimiento de los antecedentes normativos y jurisprudenciales[15] que se han establecido en la materia. Efectivamente, en el marco constitucional la regla es que la legitimación derivada de derechos individuales corresponde a su titular. Por ello, tal y como se verá en el capítulo respectivo, solo excepcionalmente y advirtiendo la existencia de un derecho de incidencia colectiva o bien la presencia de un elemento común a todos los derechos individuales nos encontraremos ante la posibilidad de reconocer la legitimación de estas Asociaciones para intervenir. Sentada la excepcionalidad de la legitimación colectiva, la interpretación que ha de seguirse será restrictiva y cederá exclusivamente en caso de certeza sobre la verificación de los presupuestos que habiliten este extraordinario supuesto.[16]

En este contexto debe analizarse la imperiosa necesidad de registrar la actuación de las Asociaciones, en tanto ello permitirá controlar su excepcional actuación, como así también conceder la potestad de

13. El artículo 43 de la Constitución Nacional confiere legitimación a las asociaciones para el ejercicio de la acción de amparo en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y consumidor como así también de incidencia colectiva en general. La intervención queda supeditada a que se trate de asociaciones que propendan a esos fines y hayan sido registradas conforme a la ley.

14. El Capítulo XIV de la presente ley regula todo lo referente a la legitimación y requisitos para ser autorizadas a funcionar en representación de los intereses de los usuarios y consumidores.

15. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional s/amparo".

16. Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala II, "Consumidores financieros asociación civil para su defensa c/ GCBA".

velar por los intereses de los usuarios y consumidores pertenecientes a la clase representada.

El inciso c) lógicamente debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 45, en cuanto que allí se regula en detalle todo aquello relativo al sumario administrativo y a la actuación de oficio. Resta decir, sin embargo, que se trata de la función primordial que ejercen las autoridades de aplicación de la Ley. Efectivamente, la posibilidad de garantizar a los usuarios un servicio ágil y gratuito, que otorgue asesoramiento sobre los derechos de los consumidores, como así también la posibilidad de canalizar las denuncias por presuntas violaciones a los mismos, constituye la función principal que desarrolla una autoridad de aplicación de la ley.

En este sentido, la puesta a disposición de los usuarios de un servicio de conciliación con los representantes legales de la empresa posibilita el acercamiento entre las partes de la relación de consumo y la eventual recomposición de los intereses afectados a los consumidores. El innegable beneficio de la herramienta no radica exclusivamente en la posibilidad de acceder a un canal gratuito de resolución de conflictos, sino en la posibilidad de acudir a funcionarios que se encuentran especializados en la materia y que consecuentemente cuentan con mayores herramientas para arbitrar los medios tendientes a lograr una conciliación. Asimismo, en el supuesto de que no fuere posible arribar a una conciliación, el consumidor contará con la vía expedita para ejercer las acciones legales tendientes a lograr una indemnización por los daños y perjuicios que se hubieran generado como consecuencia de los incumplimientos atribuidos al proveedor. Ello, claro está, independientemente de la eventual instrucción de un sumario administrativo que contenga no solo la imposición de una sanción por las violaciones a la Ley N° 24240 que se hubieren corroborado, sino también la indemnización por daño directo en el supuesto que correspondiere.

Las características de los vínculos de consumo dan cuenta de la necesidad imprescindible de investir a la autoridad de aplicación de facultades suficientes para atender a los reclamos de consumo. Ello en virtud de la asimetría que distingue a los vínculos de consumo, como así también la frecuente generación de "micro-daños" que distan de ser un incentivo para la promoción de acciones legales, conlleva que la intervención de la autoridad de aplicación sea el canal de referencia para los consumidores y, en la mayoría de los casos, la única posibilidad de lograr una adecuada

tutela de los derechos que le asisten. Efectivamente, piénsese en un reclamo por la interrupción de un servicio de telefonía, la discusión en torno a un cargo de un resumen bancario, los cortes de internet; todos ellos son ejemplos cotidianos de daños ocasionados en el marco de relaciones de consumo cuya reparación no será perseguida en sede judicial en tanto la magnitud de los mismos resulta ínfima en comparación a los costos que implica la tramitación en sede judicial. Está claro que, en dichos casos, lo asociamos al derecho excepcional de representación colectiva que mencionamos precedentemente. Pero, tal y como vimos, la legitimación de derechos individuales corresponde al titular.

De esta forma, deviene manifiesto que la ausencia de canales que posibiliten al consumidor ejercer sus propios reclamos no solo resultaría una solución a todas luces injusta, sino que contraría el mandato constitucional vigente en la materia. El consumidor no debería verse obligado a depender, en los ejemplos dados anteriormente, de que la tutela de sus derechos sea resguardada exclusivamente mediante el ejercicio de acciones colectivas que lo incluyan y que logren la reparación de los daños ocasionados. La universalidad del derecho del consumo supone un sinfín de situaciones de conflicto cuya cuantificación económica dista de resultar significativa a la hora de evaluar la eventual judicialización del reclamo, por lo que, de no posibilitarse la recepción de denuncias en sede administrativa, se estaría vedando al consumidor de su legítimo derecho de reclamar por la conculcación de sus derechos individuales. Efectivamente, si el usuario no contara con la posibilidad de acceder al servicio brindado por las reparticiones destinadas a velar por sus derechos, su expectativa de reparación quedaría supeditada a la integración de una clase de consumidores representada por una asociación de consumidores en el marco de una acción colectiva.

Asimismo, el beneficio de la atribución conferida a la autoridad nacional no se agota en la posibilidad conferida al consumidor de ejercer sus propios reclamos, sino que permite lograr una optimización de los recursos del Estado. En tal sentido, la inversión que supone la puesta en funcionamiento de una repartición que se encuentre en condiciones de atender los reclamos de los consumidores permite disminuir sensiblemente la cantidad de juicios, contribuyendo a lograr una mejora en los servicios de administración de justicia. Ello así, aun cuando la opción sobre la vía para la resolución de los conflictos se encuentra reservada a la libre elección

del consumidor, es lógico esperar que la mayoría de los conflictos menores sean tramitados en sede administrativa, en tanto y en cuanto las denuncias estén orientadas principalmente a lograr el cumplimiento de las obligaciones por parte del proveedor en lugar de la reparación de los daños que hubieren sufrido. Siguiendo la línea de los ejemplos esbozados precedentemente, es lógico esperar que si el consumidor solicita el restablecimiento del servicio de internet, o bien requiere la remisión gratuita de un resumen de cuenta, la vía elegida para la resolución del conflicto sea la sede administrativa, ponderando a tal efecto que en caso de iniciar una acción judicial, los tiempos y costos[17] del proceso luzcan desproporcionados en relación con la magnitud del conflicto. Así, la potestad jurisdiccional administrativa libera la carga de los tribunales judiciales y contribuye a evitar la saturación del sistema para atender la enorme cantidad de vicisitudes que emergen en materia de derecho del consumo. Al respecto, debe tenerse presente que los ejemplos dados, más allá de la arbitrariedad que indefectiblemente supone la elección de diversos supuestos como ilustración de la hipótesis, tienen como finalidad demostrar que existe una gran cantidad de reclamos que pueden ser canalizados y resueltos de manera idónea en sede administrativa. La inmediatez de la respuesta en sede administrativa, sumada a una cuantificación económica menor de este tipo de reclamos, favorece sin lugar a dudas la obtención de resultados satisfactorios por esta vía. Dicha aseveración es corroborada en la práctica mediante la apreciación de los indicadores de resolución de conflictos en sede administrativa, los cuales permiten verificar que en la mayoría de las denuncias tramitadas ante las reparticiones públicas las partes de la relación de consumo arriban a acuerdos que ponen fin a los conflictos que motivaron la intervención del organismo.

De esta manera, en la gran mayoría de los reclamos consumeriles, el canal de recepción de denuncias, o incluso la facultad de intervención de oficio a la que nos referimos precedentemente, resulta ser el medio idóneo e indispensable para garantizar una adecuada respuesta jurisdiccional frente a los problemas que aquejan diariamente a los consumidores. Es sin dudas la herramienta más útil para lograr una

17. N. de la A.: Si bien los procesos judiciales emergentes de la presente ley tienen el beneficio de gratuidad de los gastos causídicos, la contratación de un abogado para la representación legal obligatoria y los eventuales tiempos que conlleve su resolución lógicamente no.

tutela rápida y efectiva de los derechos de los consumidores, atendiendo a la inmediatez y facilidad del procedimiento, como así también a la posibilidad de otorgar una indemnización por daño directo que posibilite la recomposición del patrimonio del reclamante en aquellos casos en los que no se hubiere arribado a un acuerdo en la instancia conciliatoria. Asimismo, como se ha visto, de esta manera se disminuye el volumen de reclamos consumeriles que se canalizan ante los tribunales, los cuales lógicamente estarán destinados a conocer en aquellos casos donde se persiga la reparación de daños y perjuicios, potestad exclusivamente reservada a la instancia judicial con excepción del supuesto previsto en el artículo 40 bis de la presente ley.

En lo relativo al inciso d), la facultad aquí dispuesta tiene por finalidad posibilitar a la autoridad de aplicación contar con elementos que le permitan indagar exhaustivamente acerca de cuestiones vinculadas con la observancia de la presente ley. De esta manera, para tomar un cabal conocimiento acerca de las particularidades que pudieren emerger de las relaciones de consumo, y que eventualmente conlleven la instrucción de sumario, es necesario dotar de prerrogativas a la autoridad que posibilite verificar los antecedentes que eventualmente deriven en la instrucción de sumarios administrativos. A título ejemplificativo, supóngase las presuntas violaciones por parte de los proveedores que pudieren observarse en la exhibición de los precios al público, supuesto en el cual un inspector de la repartición podría acercarse al comercio a fin de constar las infracciones al régimen legal vigente en la materia.

El inciso e) constituye otra muestra de las facultades otorgadas a la repartición para cumplir con los cometidos que la ley le encomienda. En tal sentido, se otorga la potestad de requerir información o dictámenes por parte de entidades públicas o privadas que colaboren con el desempeño del rol y de las misiones que el texto legal ha asignado a la autoridad de aplicación.

El inciso f) confiere la posibilidad de celebrar audiencias con las partes involucradas o auxiliares del funcionario público. Queda claro en este aspecto que la finalidad perseguida es facultar a la repartición a que utilice todos los medios que estime pertinentes para la observancia de la ley, toda vez que la prerrogativa en análisis está directamente vinculada con la actuación preventiva ejercida por la autoridad en búsqueda de encontrar una solución que ponga fin al conflicto.

Asimismo, se deja a salvo la posibilidad de delegar las facultades establecidas en los incisos c), d) y f) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias. Dicha referencia debe ser entendida como una derivación lógica del principio de actuación concurrente previamente analizado.

Artículo 44. Auxilio de la fuerza pública

Para el ejercicio de las atribuciones a que se refieren los incisos d) y f) del artículo 43 de la presente ley, la autoridad de aplicación podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública.

Este artículo prescribe la potestad de la autoridad de aplicación para requerir el auxilio de la fuerza pública en lo que refiere a la realización de inspecciones y/o pericias, como así también para la celebración de audiencias. La referencia normativa está destinada a contemplar aquellos casos en que el ejercicio de la prerrogativa requiera indefectiblemente del cumplimiento compulsivo, el cual se encuentra vedado para la autoridad administrativa y requiere de la intervención judicial. En tal sentido, la inspección de establecimientos comerciales en caso de negativas de acceso requerirá de una orden judicial que faculte al allanamiento. Por su parte, en el caso de ordenarse la celebración de una audiencia y encontrarse con la incomparecencia de una de las partes convocadas, la eventual citación compulsiva solo podrá ser obtenida mediante una orden judicial que disponga la citación por medio de la fuerza pública. En el caso de no incorporarse esta posibilidad, y siempre que fuere necesario ejercer compulsivamente las facultades previstas en el artículo 43, la autoridad de aplicación encontraría un obstáculo insalvable para lograr el cometido y las funciones que la ley le asigna para lograr la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores. Se trata de una previsión que debe analizarse con suma delicadeza, ya que la regla general establece que es el "Poder Judicial quien resulta ser el órgano con sustento legal para la realización de actos como los aquí previstos",[18] al estar en juego derechos individuales de jerarquía constitucional.

18. Vázquez Ferreyra, R.A; Romera, O. E., *op. cit.*, p.112.

CAPÍTULO XII
Procedimiento y sanciones

Artículo 45. Actuaciones administrativas*

La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de esta ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio, por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores, o por comunicación de autoridad administrativa o judicial.

Se procederá a labrar actuaciones en las que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida.

En el expediente se agregará la documentación acompañada y se citará al presunto infractor para que, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, presente por escrito su descargo y ofrezca las pruebas que hacen a su derecho.

Si las actuaciones se iniciaran mediante un acta de inspección, en que fuere necesaria una comprobación técnica posterior a los efectos de la determinación de la presunta infracción y que resultare positiva, se procederá a notificar al presunto responsable la infracción verificada, intimándolo para que en el plazo de cinco (5) días hábiles presente por escrito su descargo.

En su primera presentación, el presunto infractor deberá constituir domicilio y acreditar personería. Cuando no se acredite personería se intimará para que en el término de cinco (5) días hábiles subsane la omisión bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado.

Las constancias del expediente labrado conforme a lo previsto en este artículo, así como las comprobaciones técnicas que se dispusieren, constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otras pruebas.

Las pruebas se admitirán solamente en caso de existir hechos controvertidos, siempre que no resulten manifiestamente inconducentes o meramente dilatorias. Contra la resolución que deniegue

---

* Comentario sobre los artículos 45 a 49 por Leonardo Lepíscopo.

medidas de prueba solo se podrá interponer el recurso de reconsideración previsto en el Reglamento de Procedimientos Administrativos, decreto 1759/72 t.o. 1991. La prueba deberá producirse en el término de diez (10) días hábiles, prorrogables cuando haya causas justificadas, teniéndose por desistida aquella no producida dentro de dicho plazo por causa imputable al infractor.

En cualquier momento durante la tramitación de las actuaciones, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones.

Concluidas las diligencias instructorias, se dictará la resolución definitiva dentro del término de veinte (20) días hábiles.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, la autoridad de aplicación contará con amplias facultades para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar.

Los actos administrativos que dispongan sanciones, únicamente serán impugnables mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, o ante las Cámaras de Apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda.

El recurso deberá interponerse y fundarse ante la misma autoridad que impuso la sanción, dentro de los diez (10) días hábiles de notificada la resolución; la autoridad de aplicación deberá elevar el recurso con su contestación a la Cámara en un plazo de diez (10) días, acompañado del expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo recurrido. En todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que imponga sanción de multa, deberá depositarse el monto de esta a la orden de la autoridad que la dispuso, y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito será desestimado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente.

Para resolver cuestiones no previstas expresamente en la presente ley y sus reglamentaciones, en el ámbito nacional, se aplicarán analógicamente las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 y su reglamentación, y en lo que esta no contemple, las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación, estableciendo en sus respectivos ámbitos un procedimiento compatible con sus ordenamientos locales bajo los principios aquí establecidos.

(Artículo sustituido por art. 60 de la Ley N° 26993, BO 19/09/2014). Reglamentado por el Decreto N° 1798/94.

El presente artículo prevé las pautas procedimentales que debe observar la autoridad nacional de aplicación de la Ley N° 24240, para instruir actuaciones sumariales a efectos de aplicar las sanciones previstas en el artículo 47 de la ley, a los proveedores que incumplan las previsiones de la ley o los términos contractuales establecidos con sus consumidores, para la comercialización de sus productos o servicios.

Antes de comenzar propiamente con su análisis, resulta pertinente señalar que en el artículo 45, en su actual versión, se omite un capítulo fundamental, en cuanto a la aplicación de la Ley N° 24240, que es la instancia conciliatoria previa entre consumidores reclamantes y proveedores reclamados, que actualmente se encuentra contemplada y regulada en la Ley N° 26993, comúnmente denominada Ley COPREC. Y esto no siempre fue así.

En la versión originaria de la ley y en su artículo 45, vigente hasta el año 2014, la Ley COPREC no existía y la instancia conciliatoria previa estaba prevista en el propio texto del artículo 45. Así, el "viejo" texto preveía lo que a continuación se transcribe, pertinentemente:

> Artículo 45. Actuaciones Administrativas. La autoridad nacional de aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores.
> Previa instancia conciliatoria, se procederá a labrar acta en la que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida…

Es decir que, sobre la base de esa escueta referencia legal, relacionada con la instancia conciliatoria previa, la autoridad de aplicación, cada vez que un consumidor u otro legitimado activo presentaba una queja

o una reclamación contra un proveedor relacionada con un incumplimiento a la ley o al contrato de consumo con él realizado, en primer término y de resultar admisible (tanto en términos formales o como sustanciales) la presentación efectuada, la autoridad nacional disponía preliminarmente la apertura de una instancia conciliatoria, entre el o los proveedores reclamados y el consumidor damnificado, con la finalidad de procurar un acuerdo conciliatorio entre las partes que pusiera fin a la controversia que había dado lugar a la reclamación del consumidor.

En ese orden de ideas, en el Decreto N° 1798/94 reglamentario de la ley se dispuso en su artículo 45, en lo pertinente: "El acuerdo conciliatorio homologado por la Autoridad de Aplicación suspenderá el procedimiento administrativo. Si las partes no conciliaren, la Autoridad de Aplicación continuará el trámite y dictará la resolución definitiva".

Esta previsión tenía como objetivo poder finalizar el trámite de las actuaciones, en atención al acuerdo conciliatorio alcanzado entre las partes en términos favorables para el consumidor, homologación mediante de la autoridad de aplicación. Salvo que se desprendiese del trámite de las actuaciones, conforme su naturaleza y el bien jurídico tutelado, que surgiese del mismo compromiso para con el "orden público de consumo", es decir que se verificase una lesión o incumplimiento de tal naturaleza que ameritara que, oficiosamente, la autoridad de aplicación continuase con el trámite de las actuaciones, a efectos de hacer cesar la conducta nociva, en su caso, y aplicase las sanciones correspondientes, sin perjuicio del acuerdo singular alcanzado entre el consumidor reclamante y el o los proveedores denunciados.

Pero a partir del dictado de la Ley COPREC se modificó el artículo 45 de la ley, eliminando, entre otras modificaciones operadas, la frase "Previa instancia conciliatoria" del segundo párrafo del artículo, ya analizada, y se creó, a través de su artículo 1, el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), en el ámbito de la autoridad nacional de aplicación. Es decir, se concibió una nueva modalidad (entre otras modificaciones que dispuso la Ley COPREC) para la instancia preliminar que implicaba la aplicación de la Ley N° 24240, que en lo fundamental podemos consignar que "externó" del ámbito de la autoridad de aplicación el servicio de conciliación entre consumidores y proveedores ya que, si bien también es autoridad de aplicación del mismo sistema la Secretaría de Comercio, se concibió en la nueva ley un cuer-

po de conciliadores en las relaciones de consumo; todos mediadores de la Ley Nº 26589 y abogados de la matrícula profesional de la abogacía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, "reconvertidos" (curso de consumo mediante dictado por la autoridad de aplicación) como conciliadores de consumo, comenzaron en sus despachos privados a realizar las audiencias de conciliación entre consumidores y proveedores, que antes se realizaban en el seno de la propia autoridad de aplicación, a través de su cuerpo de abogados y funcionarios idóneos en la materia.

Para finalizar esta digresión, al quitarse entonces en la actual versión del artículo 45 de la ley lo relacionado con las conciliaciones de consumo, que ya dijimos fue desarrollado en su nueva modalidad en la Ley N° 26993, no será entonces motivo de análisis en el presente trabajo. Sí, simplemente y como último comentario sobre esta cuestión, dejar sentado que, conforme los nuevos criterios concebidos por el legislador para el agotamiento de la instancia conciliatoria preliminar entre proveedores y consumidor en la Ley COPREC, se generaron asimetrías no convenientes en cuanto a la aplicación de la Ley N° 24240 ya que (y a mero modo de ejemplo), los reclamos de los consumidores en el Sistema COPREC no pueden superar los cincuenta y cinco salarios mínimos, vitales y móviles; se prevé una multa para el proveedor por incomparecencia injustificada a las audiencias de conciliación del sistema equivalente a un salario mínimo, vital y móvil, cuyo tercio corresponde al consumidor reclamante; y se concibió como una instancia conciliatoria que debe agotarse obligatoriamente en forma previa a todo juicio que el consumidor damnificado pretenda interponer en los tribunales competentes por incumplimientos acaecidos en el marco de las relaciones de consumo. Todas estas cuestiones, entre otras, como así también la creación de la figura de Auditor en las Relaciones de Consumo, que tenía como finalidad aplicar el daño directo en sede administrativa, (art. 40 bis de la Ley N° 24240, que nunca fue materializada su concreción), que resultan muy diferentes respecto de los criterios procesales previstos para la aplicación de la ley en el resto de las veinticuatro jurisdicciones con competencia en consumo, que resultan ser autoridades locales de aplicación de la Ley N° 24240, es decir los gobiernos provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (además de los 135 municipios de la Provincia de Buenos Aires). Pero ya referimos que, por no estar

encuadrado en la actualidad en el artículo 45 de la Ley Nº 24240, el Servicio de COPREC, no será motivo de comentario en el presente trabajo.

Comenzado entonces propiamente con nuestro análisis, se advierte que el legislador previó que la autoridad de aplicación inicie actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la ley y normas reglamentarias y complementarias (sobre la base del principio de integración normativa previsto en el art. 3° de la ley), tanto de oficio como por parte de quien invocare un interés particular (el propio consumidor) o actuare en defensa del interés general de los consumidores (asociaciones de consumidores, Defensorías del Pueblo, Ministerio Publico Fiscal, en los términos del art. 52 de la ley), entre otros legitimados.

Una pregunta que nos podemos formular es si el consumidor, a tenor de lo previsto, como ya referenciamos, en la Ley COPREC, debe obligatoriamente ingresar su reclamo o queja a través del Sistema COPREC, o puede directamente, si no le interesase llegar a un eventual acuerdo conciliatorio con el proveedor, formular una queja directa ante la autoridad de aplicación, denunciando un ilícito de consumo y solicitando que, oficiosamente, la autoridad administrativa aplique, de corresponder, las sanciones correspondientes.

En la práctica, todo reclamo del consumidor puede ingresar al ámbito de la autoridad nacional de aplicación, sea físicamente, a través de la Mesa de Entradas del organismo (Julio A. Roca 651, CABA), para aquellos consumidores a los que se les dificulta la presentación virtual o, predominantemente, a través del sistema denominado Ventanilla Federal Única de Reclamos de Defensa del Consumidor (a través del sitio *web* www.argentina.gob.ar), creado originariamente por la Disposición N° 663/19 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y ratificada su institucionalización con posterioridad mediante Resolución de la S.C.I. N° 274/22 de la autoridad de aplicación. Es decir que, en los hechos, prácticamente el ciento por ciento de las denuncias y reclamos de los consumidores que terminan ingresando son remitidos al Sistema COPREC (en algunos casos directamente al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo de la autoridad de aplicación, que no será en esta oportunidad motivo de análisis), para ser habilitada la instancia conciliatoria prevista en dicho sistema, en los términos previstos en la Ley COPREC.

En rigor de verdad, a mi entender, nada obstaría legalmente para que, por pedido del consumidor, la reclamación ingresara directamente a la instancia de instrucción sumarial de la autoridad de aplicación, dándose por agotada la instancia conciliatoria por desinterés del consumidor, para ser tratada en los términos del artículo 45 de la ley. Y en tal caso, eventualmente, el proveedor podría formular planteo de nulidad por considerar que no se ha agotado formalmente, en forma previa, la instancia conciliatoria prevista en el Sistema COPREC, aunque sin posibilidad de prosperar, conforme se encuentra configurada la aplicación en la instancia administrativa de la ley, a partir del dictado de la Ley COPREC.

Sí dejamos sentado que, cuando oficiosamente la autoridad nacional de aplicación inicia actuaciones sumariales para investigar y sancionar conductas lesivas de los derechos de los consumidores, en general se obvia y no corresponde agotar la instancia conciliatoria prevista para resolver los conflictos entre proveedores y consumidores en la Ley COPREC.

Imputación y prueba

Siguiendo con nuestro comentario, el artículo continúa previendo que la autoridad nacional, en cuanto al análisis de la conducta denunciada, procederá en su caso a labrar actuaciones en las que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado por el consumidor u otro legitimado y la disposición legal presuntamente infringida. Nos referimos concretamente a la denominada imputación, o reproche jurídico, que debe formular la autoridad de aplicación al proveedor, en caso de advertir presuntas infracciones a la normativa aplicable, con una breve descripción del hecho denunciado o verificado, y la disposición legal que infringiría dicha conducta, para que el proveedor pueda presentar, en su caso, su descargo y ofrecer las pruebas que hagan a su derecho. Debemos aclarar aquí que, independientemente del hecho denunciado por el consumidor, si adicionalmente la autoridad en esta etapa advierte de la denuncia presentada y las constancias obrantes otras presuntas infracciones a la normativa aplicable, deberá también reprocharlas oficiosamente, a efectos de que sean cesadas, en su caso, y debidamente sancionadas.

El reproche jurídico de una conducta en presunta infracción a la ley puede materializarse tanto por una providencia simple, debidamente fundada de la autoridad de aplicación, con posterioridad a la comisión del hecho supuestamente infraccionable, luego de haber analizado la presentación efectuada, los hechos descriptos y las constancias obrantes en las actuaciones, o bien por acta de inspección o constatación, mediante la cual un agente inspector debidamente autorizado de la dependencia se constituya en las dependencias comerciales del proveedor donde este desarrolle su actividad comercial o industrial, y proceda a dejar constancia en la pertinente acta del hecho que se reputa en presunta infracción (a simple modo de ejemplo, verificar que un producto tiene un precio ofrecido en la góndola del supermercado y que, al pasarlo por la línea de cajas, el precio facturado es superior al ofrecido; o la constatación de comercialización de mercadería con fecha vencida respecto de la señalada para su consumo, etc.) y la disposición supuestamente infringida.

En este orden de ideas, el párrafo sexto del artículo prevé literalmente:

> Las constancias del expediente labrado conforme a lo previsto en este artículo, así como las comprobaciones técnicas que se dispusieren, constituirán prueba suficiente de los hechos así comprobados, salvo en los casos en que resulten desvirtuados por otras pruebas.

Concretamente, entonces, una vez imputada una conducta al proveedor y notificado de dicho extremo, adicionalmente se le hace saber que tiene cinco días hábiles para presentar su descargo y ofrecer las pruebas que hagan a su derecho y que, en su primera presentación, el presunto infractor deberá constituir domicilio y acreditar personería. Y que cuando no lo haga, la autoridad deberá intimar para que, en el término de cinco días hábiles subsiguientes, subsane la omisión bajo apercibimiento de tenerlo por no presentado; y proseguir las actuaciones según su estado, para aplicar las sanciones que puedan corresponder.

A esta altura del relato corresponde consignar que el trámite de las actuaciones de la autoridad nacional de aplicación se encuentra absolutamente digitalizado.[1] Y toda presentación del sumariado, es

1. En este sentido puede consultarse la Normativa Sistema de Gestión Documental (GDE) – marco legal integral, disponible en el sitio web de información legislativa: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=149 [Fecha de consulta: 30/08/2023].

decir, su descargo conteniendo la constitución de domicilio físico y electrónico a los fines del procedimiento, a través de la registración del CUIT del proveedor, la acreditación de la personería invocada con presentación del instrumento correspondiente en legal forma, el acompañamiento de documentación adicional que deba agregarse como copia certificada o copia simple debidamente suscripta por el responsable de la presentación, todo, debe cursarse a través de la Plataforma de Trámites de Distancia (TAD), del Sistema de Gestión de Documentación Electrónica (GDE) de la administración. Así también, todas las notificaciones que cursa la autoridad, relacionadas con el trámite de las actuaciones se gestionan a través de TAD, en algunas circunstancias a través de Cartas Documento o, para determinadas situaciones relacionadas con la etapa preliminar del procedimiento ya analizado, a través de convenios de notificación electrónica celebrados por la autoridad de aplicación con determinados proveedores.[2]

En caso de que el proveedor presente su descargo, la autoridad debe proceder a analizar la presentación efectuada y determinar, en primer lugar, si existen hechos controvertidos, es decir si existe divergencia entre lo que le ha sido imputado como presunta infracción al proveedor y lo que alega en su escrito de descargo, respecto de la o las conductas reprochadas. En tales casos y en función también de las pruebas que haya aportado, la autoridad de aplicación debe, con carácter restrictivo, proceder a realizar la apertura a prueba de las actuaciones y, en su caso, considerar las ofrecidas por el proveedor y ordenar su sustanciación, así como las que disponga oficiosamente la autoridad, a efectos de esclarecer la verdad material de los hechos, que han dado lugar a la imputación y poder esclarecer las situaciones controvertidas en las actuaciones. Por supuesto que, si no han mediado hechos controvertidos por parte del proveedor respecto de la imputación formulada, no hace falta producir la apertura a prueba de las actuaciones, quedando en consecuencia las mismas listas para la emisión de los informes técnico-jurídicos respectivos, producidos por el área instructora, a efectos de proceder finalmente al dictado del acto administrativo definitivo, que podrá ser condenatorio o absolutorio.

2. Ver Resolución S.C. N° 48/2015 de la autoridad nacional de aplicación.

Obsérvese que el párrafo referido a la producción de pruebas consigna expresamente que deben ser admitidas únicamente en caso de existir hechos controvertidos y siempre que no resulten manifiestamente inconducentes o dilatorias. Para el supuesto y contra la resolución que deniegue medidas de prueba solo puede interponer el proveedor el recurso de reconsideración, previsto en el Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto N° 1759/72 t.o. 1991. Esto importará, en definitiva que, sobre la base de los criterios allí establecidos, la autoridad podrá rever el rechazo dispuesto de determinada prueba y, de conmover los argumentos esgrimidos por el proveedor, la autoridad puede finalmente ordenar su producción o, caso contrario, ratificar el rechazo dispuesto. Recordemos que finalmente siempre quedará habilitado el recurso directo contra el dictado de un acto administrativo sancionatorio contra el proveedor sumariado, que habilitará en definitiva la revisión judicial de todo lo actuado.

Pueden ser admitidas, de resultar procedentes, todo tipo de pruebas (pericial, testimonial, informativa, documental, entre otras), ya que el texto del artículo nada prescribe o prohíbe al respecto. La prueba debe producirse en el término de diez días hábiles, prorrogables cuando haya causas justificadas, teniéndose por desistida aquella no producida dentro de dicho plazo, por causa imputable al infractor.

Es dable señalar que el organismo no cuenta con un cuerpo de peritos de oficio que pueda, eventualmente, producir las pruebas periciales de orden técnico, contable o similar, que requieran determinado tipo de actuaciones para su elucidación. Tampoco existe la condena en costas en el proceso contra el proveedor, salvo la multa que corresponda aplicarle por infracciones a la normativa vigente. Es por ello que, en general, la autoridad de aplicación ha evitado sustanciar y admitir este tipo de pruebas, que históricamente han dificultado sobremanera el trámite de resolución de determinadas actuaciones, resolviendo casi siempre con las constancias de autos y las alegaciones efectuadas en el sumario.

En el penúltimo párrafo del artículo se prevé:

> Para resolver cuestiones no previstas expresamente en la presente ley y sus reglamentaciones, en el ámbito nacional, se aplicarán analógicamente las disposiciones de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 19.549 y su reglamentación, y en lo que esta no contemple, las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Es decir que, en cuanto a todo tipo de producción de pruebas, y para tratar eventualmente la vía recursiva prevista en caso de denegación de las mismas, debe estarse a las reglas y procedimientos previstos en las normas supletorias dispuestas por el legislador, arriba referenciadas, que han sido señaladas para tratar todas las cuestiones no previstas, en el propio texto de la ley y su reglamentación.

Hay que aclarar también, a esta altura del relato, que el consumidor técnicamente no es considerado parte de las actuaciones. Es decir, es convocado a la instancia conciliatoria previa, con la posibilidad de que por vía del acuerdo conciliatorio con el proveedor ponga fin a la controversia suscitada; pero si no fuese el caso y la conciliación terminase sin acuerdo, el sumario será sustanciado entre la autoridad de aplicación y el o los proveedores denunciados por el consumidor. Estos últimos, obviamente, son parte del sumario que se instruye y, en tanto tales, pueden en caso de ser imputados, presentar descargos, utilizar todas las vías recursivas previstas en el procedimiento en lo atinente a su derecho de defensa, así como apelar las sanciones que, en su caso, la autoridad de aplicación le aplique. No así el consumidor, que no puede recurrir ni echar mano a recurso alguno respecto de la marcha del sumario, por carecer del carácter técnico de parte. Sí lo será, si agotada la instancia conciliatoria sin acuerdo con el proveedor, decide interponer demanda de reclamo de daños en los tribunales competentes del Poder Judicial, donde será obviamente, patrocinio letrado mediante, una de las partes del proceso.

Si bien todo lo antes dicho se desprende de la naturaleza del procedimiento administrativo y las vías recursivas previstas, en el artículo en análisis no se consigna expresa o literalmente el carácter de "no parte" del consumidor. Y esta cuestión ha suscitado, en el tiempo, algunos equívocos y malas interpretaciones. A simple modo de ejemplo, y para finalizar esta cuestión, la CABA, en su Decreto N° 17/2003 reglamentario de la Ley de Procedimiento Administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y del Usuario, aprobado por la Ley N° 757, correctamente prevé:

> Artículo 6°. Denuncias. El denunciante no es parte en el procedimiento sumarial. Su intervención se agota con la instancia conciliatoria salvo la intervención que la Autoridad de Aplicación considere pertinente a los fines de mejor proveer en cuanto a la aportación de la documentación.

Medidas preventivas

Continúa el procedimiento previendo, en su párrafo octavo, que en cualquier momento durante la tramitación de la actuación la autoridad de aplicación puede ordenar, como medida preventiva, el cese de la conducta que se reputa en violación de la ley y sus reglamentaciones.

Esta relevante disposición amerita algunas precisiones, que revisten particular importancia dentro de la tramitación de las actuaciones. En línea con esta disposición, el párrafo décimo del artículo prevé adicionalmente que la autoridad de aplicación cuenta con amplias facultades para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar.

El dictado de medidas de la especie por parte de la autoridad administrativa de aplicación, por su naturaleza, podría ser asemejado *prima facie* con la procedencia y el dictado de medidas cautelares (arts. 195 y ss.) por parte de los jueces, previstas en el Capítulo III, sección primera, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Podemos señalar, con carácter general, refiriéndonos al ámbito judicial, que las medidas cautelares o precautorias son aquellas resoluciones provisorias que tienen por finalidad garantizar la protección de un derecho y la eficacia de la decisión final de un proceso judicial. Y, obviamente, son requisitos para considerar su procedencia, como el propio Código de rito prevé, la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la contra cautela.

Respecto del caso que nos ocupa, si bien puede hallarse cierta similitud en cuanto a la procedencia y el dictado de medidas precautorias en sede administrativa, es dable consignar que, en rigor de verdad, la esencia de la medida prevista en el artículo 45 que puede disponer la autoridad de aplicación, ante un caso presentado por el consumidor u otro legitimado, o en la investigación oficiosa de una conducta determinada en el mercado desplegada por los proveedores, tiene como finalidad hacer cesar una conducta que se reputa en infracción a la normativa de orden público, que resulta aplicable a las relaciones de consumo.

Son múltiples los ejemplos que podemos citar en este sentido: el dictado de una manda administrativa para hacer cesar una publicidad que *prima facie* se considere engañosa; para que determinado proveedor se abstenga de perseguir un cargo o suma de dinero reclamada a un

consumidor, que se considera ilegal, improcedente y/o en infracción a la normativa de consumo; la manda a un proveedor para que cumpla una obligación (*v. gr.*, la cobertura de determinada práctica médica que, en su caso, el proveedor se niega a cumplimentar, etc.). Y todo ello importa, y mucho, pues en la mayoría de las veces la determinación de la infracción de consumo en un sumario puede llevar muchos meses, o años de sustanciación de la actuación administrativa, hasta su conclusión definitiva. Y, entonces, resultaría inadmisible y carente de todo asidero jurídico que, para hacer cesar una conducta reputada ilícita como las que referimos, la autoridad de aplicación demorara meses o años en poder lograrlo. Es una estándar en la actualidad, y especialmente en esta materia, todas las diligencias o medidas que tiendan a prevenir la generación de un daño y/o su perpetuación. Amerita mencionar en este orden de ideas, entre otras, las previsiones de los artículos 1032 y 1711 y siguientes (acción preventiva) del Código Civil y Comercial de la Nación.[3]

Por supuesto que el dictado de una medida de la especie podría generar un perjuicio grave o irreparable para el proveedor, por lo que si bien ya hemos referido que la medida precautoria prevista en la ley lo es con la finalidad de hacer cesar una conducta que se reputa en infracción a la ley, y no para la preservación de un derecho o para asegurar el cumplimento de una obligación, sí deben ser también consideradas por la autoridad de aplicación, a efectos de determinar su procedencia, la verosimilitud del derecho invocado, así como también el peligro en la demora, es decir, el perjuicio que podría resultar para el consumidor o para potenciales consumidores, si la medida no se dictase en forma urgente. Igualmente resta consignar en este plano que, si la medida tuviese por finalidad hacer cesar una conducta reputada ilícita, aunque en el caso particular no mediase peligro en la demora, no tendría sentido alguno dejar que la misma siga surtiendo efectos nocivos en el damnificado o en los consumidores potencialmente expuestos, que podrían ser alcanzados por la conducta.

3. Puede verse en este sentido, para ampliar, Barrera, Mónica, "La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces", en *Infojus*, 16/07/2015. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/monica-barrera-funcion-preventiva-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-su-impacto-proceso-civil-facultades-condenatorias-instructorias-jueces-dacf150372-2015-07-16/123456789-0abc-defg2730-51fcanirtcod [Fecha de consulta: 16/08/2023].

Por supuesto que tales extremos deben ser también debidamente ponderados por la autoridad de aplicación, que es quien tiene las facultades para su dictado. Y que el requisito de la contra cautela, siguiendo las comparaciones, no resultaría exigible al consumidor, pues en definitiva será criterio y responsabilidad de la autoridad de aplicación, en su caso, la decisión de su dictado y las secuelas o consecuencias jurídicas que, eventualmente, se deriven de su implementación.

La oportunidad para su dictado, conforme prevé el propio artículo, es en cualquier momento durante la tramitación de la actuación administrativa y hasta su conclusión. Si bien la norma procedimental nada dice, sobre la base de las normas supletorias ya mencionadas previstas para lo no reglado y los criterios generales derivados del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, la medida dictada por la autoridad puede ser objeto de apelación por parte del proveedor y, en su caso, como prevé el artículo 198 del CPCCN, que es la norma supletoria que debería utilizarse para tratar la impugnación, toda vez que la vía recursiva para oponerse al dictado de las medidas precautorias no está prevista en el procedimiento administrativo, el recurso debe ser concedido por la autoridad de aplicación "en efecto devolutivo", es decir el incidente de la apelación con lo actuado debe ser remitido a la instancia judicial revisora (Fuero Contencioso Administrativo Federal) para su estudio, pero ínterin, la medida debe ser acatada por el proveedor hasta tanto se expida la autoridad judicial competente, respecto de su viabilidad y pertinencia, que podrá ser confirmada, revocada o morigerada, por los magistrados intervinientes.

Adicionalmente, resta señalar a este respecto que la autoridad de aplicación ha dictado medidas de la especie, consignando en la manda administrativa que, en caso de desconocimiento contumaz de la medida dictada por parte del proveedor, la autoridad administrativa procederá a realizar una denuncia penal por desobediencia del mismo, en los términos del artículo 239 de Código Penal, independientemente de las medidas que puedan solicitarse en sede judicial, para asegurar su cumplimento.

Conclusión del sumario. Apelación

Continuando con nuestro análisis, el artículo prevé que, concluidas las diligencias instructorias, se dictará la resolución definitiva dentro del término de veinte días hábiles. Si uno sumara linealmente los plazos procesales, por lo menos los previstos en el presente artículo, podríamos concluir, considerando que existen cinco días estipulados para el descargo, una vez formulada y notificada la imputación; cinco días para eventualmente sanear la falta de acreditación de personería invocada; diez días para la producción de las pruebas que resulten pertinentes (aunque prorrogables); y veinte días (siempre hábiles administrativos) para el dictado del acto administrativo definitivo, podría concluirse que la tramitación administrativa, por lo menos la de la instancia sumarial (sin considerar la instancia de agotamiento de la etapa conciliatoria previa), podría resultar muy rápida. Es decir, en pocos meses podría concluirse la actuación.

Sin perjuicio de que en algunos casos puntuales pudiera suceder o haya sucedido, por lo general, en atención a diversas situaciones tales como distintas incidencias procesales dentro del sumario a resolver, el cúmulo de tareas de la autoridad de aplicación o similares, los plazos de resolución de las actuaciones por lo general han demorado meses, y hasta años en resolverse. Es por ello que debemos considerar a los plazos procesales previstos como meramente ordenatorios del proceso, debiendo tenerse presente así que el plazo de prescripción para las sanciones emergentes de la ley es de tres años (art. 50).

Finalmente, dictado el acto administrativo definitivo, que puede ser condenatorio o absolutorio, el proveedor sancionado puede impugnarlo mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, o ante las Cámaras de Apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda, conforme reza literalmente el artículo.

Obviamente que esta previsión, leída fuera de todo contexto, llama a desconcierto. Decimos esto pues de público conocimiento es que el fuero nacional de las Relaciones de Consumo, que fue previsto en la reforma del año 2014 ya referenciada (Ley COPREC, en forma conjunta con el instituto del Auditor en las Relaciones de Consumo ya citado también), nunca fue creado, por razones que exceden el contexto del

presente comentario. Entonces, debe estarse a las previsiones de la anterior versión del artículo 45 de la ley, en cuanto preveía a este respecto, literalmente, que

> Contra los actos administrativos que dispongan sanciones se podrá recurrir por ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las cámaras federales de apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de comisión del hecho.

La solución que comentamos se ha dado de hecho ya que, a este respecto, el artículo 76 de la Ley COPREC literalmente previó:

> Implementación de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo. El fuero creado por el Título III deberá comenzar a funcionar en un plazo de ciento ochenta (180) días. Durante el término establecido en el primer párrafo de este artículo, las competencias atribuidas a la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo serán ejercidas por los juzgados que entienden actualmente en la materia, con la aplicación de las normas procesales establecidas en la presente ley, aun a las causas en trámite, siempre que ello no dificulte la tramitación de las mismas.

Si bien la norma reformadora previó un período de tránsito, concibió concretamente un período de 180 días. Han pasado, a la fecha, más de nueve años desde la sanción de la Ley COPREC y, en definitiva, el fuero nunca se creó (ni se creará) por lo que, para simplificar, ante la interposición del recurso directo planteado por el proveedor, la autoridad de aplicación, conforme detallaremos, remite las actuaciones completas para su revisión al Fuero Contencioso Administrativo Federal, instancia que fue la originariamente prevista en la ley, hasta la reforma del año 2014. Podría suceder entonces, para concluir, que las salas o alguna sala de la Cámara del fuero, planteara en su caso que ha perdido jurisdicción y competencia para entender en la instancia de revisión de los sumarios instruidos en los términos de la Ley N° 24240, para aplicar sanciones.

Continuando con nuestro análisis, el recurso directo debe interponerse y fundarse ante la misma autoridad de aplicación que aplicó la sanción, dentro de los diez días de notificada la resolución; y la autoridad de aplicación debe elevar el recurso (con su debida contestación) a la Cámara del fuero, en un plazo de diez días, acompañando el expediente en el que se hubiera dictado el acto administrativo

recurrido. Y en lo atinente a que, en su caso, lo debe remitir ante las cámaras federales de apelaciones con competencia en las provincias, lo es porque en virtud de las facultades concurrentes de la autoridad nacional para actuar en todo el territorio nacional (art. 42 de la ley), el legislador previó que la instancia de revisión del acto administrativo dictado corresponderá al lugar de comisión del hecho infraccionable, que es el mismo criterio que adopta la ley, para determinar la competencia de los organismos administrativos de aplicación actuantes, en su artículo 41.

Interesante atender ahora a la previsión que continúa, ya que dicha situación obedeció al cambio de criterio establecido a partir del dictado de la Ley COPREC en el año 2014, respecto de la modalidad establecida en la ley, desde su sanción y hasta dicho año, para conceder el recurso de apelación interpuesto. A partir de allí, al reformar el artículo 45, la Ley Nº 26993 estableció que en todos los casos, para interponer el recurso directo contra una resolución administrativa que impone sanción de multa, el sumariado debe depositar el monto de la misma a la orden de la autoridad de aplicación y presentar el comprobante del depósito con el escrito del recurso, sin cuyo requisito, continúa el artículo, el recurso debe ser desestimado, salvo que el cumplimiento del pago de la multa pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente.

Históricamente, el recurso se concedía en relación y con efecto suspensivo (excepto cuando se habían denegado medidas de prueba, en que debía ser concedido libremente), pero en definitiva y en todos los casos, los efectos del acto administrativo dictado (multa, clausura, etc.) quedaban supeditados a la instancia de revisión judicial, prevista en el mismo artículo. Es decir, la Cámara podía ratificar el acto o rectificarlo, tanto en cuanto al fondo de la cuestión como, en su caso, en cuanto al monto de multa impuesta por la autoridad de aplicación.

En su actual versión, el artículo, en rigor de verdad, no aclara si el recurso debe ser concedido con efecto suspensivo o devolutivo. La innovación que trae es, concretamente, que cuando se trate de sanción de multa, para poder recurrir el acto, el proveedor sumariado debe depositar anticipadamente el monto íntegro de la penalidad impuesta a favor de la autoridad de aplicación, en realidad como un requisito previo a cumplimentar para que proceda la concesión del recurso, excepto la cuestión referenciada al final del párrafo relacionado con el eventual

perjuicio irreparable, derivado del pago anticipado para el proveedor, de acuerdo a su situación patrimonial.

Obsérvese, en este orden de ideas, que el requisito adicional (como penalidad accesoria) que atañe la aplicación de sanciones, que es la de la publicación de la sanción prevista en el artículo 47 de la ley en un medio de alcance nacional, en realidad la autoridad de aplicación no lo requiere como requisito previo para determinar la procedencia de la vía recursiva intentada. Consecuentemente, también queda supeditado este aspecto a la resolución judicial del acto administrativo en su instancia de revisión.

Por lo que puede colegirse, de acuerdo a lo señalado, que la previsión de pago anticipado de la multa impuesta, depositada a favor de la autoridad como requisito para la procedencia de impugnación intentada, dado la diversidad de penalidades previstas por la ley, puede ser considerada como una fórmula híbrida, solo relacionada con la aplicación de la sanción de multa. Es decir, debemos concluir que el efecto en el que debe concederse la vía impugnatoria del recurso directo previsto debe serlo con efecto suspensivo, aunque en el artículo en análisis nada se diga, en atención a la redacción adoptada por el legislador, y también básicamente a que, remitiéndonos a la normativa supletoria señalada para lo no previsto en la ley, arribamos finalmente al artículo 243 del CPCCN donde se prevé, respecto del recurso de apelación, que el mismo "Procederá siempre en efecto suspensivo, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo". Quiere decir entonces, a excepción de los casos de la penalidad de multa con depósito previo de su monto ante la autoridad de aplicación, que para el resto de las sanciones previstas que ya veremos en el artículo 47 (clausura, quita de exenciones y/o privilegios impositivos, decomiso de mercaderías, etc.), los efectos del acto quedarán suspendidos, hasta tanto intervenga la instancia de revisión judicial ya referenciada y, en su caso, confirme lo actuado por la autoridad de aplicación.

Hacemos foco en esta cuestión ya que, en definitiva, la formula *solve et repete* elegida por el legislador para las sanciones de multa en la materia, ha traído aparejada una serie de planteos relacionados con la constitucionalidad del mecanismo elegido, en la inteligencia de que podría tratarse en definitiva del cumplimento anticipado de la condena, debiendo tenerse en consideración a este respecto lo normado por

el artículo 8, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el acceso a una tutela judicial efectiva, y también teniendo en consideración bien los criterios positivos sobre este aspecto receptados por nuestro más alto tribunal (generalmente circunscriptos a la materia tributaria), así como también a las salvedades efectuadas por la misma Corte, en el orden de ideas expuesto.[4]

Para finalizar esta cuestión, señalamos también que el legislador ha previsto, como ya transcribimos, que procederá el pago anticipado, salvo que el cumplimiento de la misma pudiese ocasionar un perjuicio irreparable al recurrente.

Respecto de esta salvedad, señalar que no se encuentra normalizada ni reglamentada, con lo que resulta más bien incierta, tanto la oportunidad como la modalidad para su planteamiento. Entendemos que esta cuestión ameritaría una norma reglamentaria o complementaria para dotar de mayor certeza y previsibilidad a este aspecto de la normativa, máxime considerando los altos niveles de informalidad de nuestra economía, y la existencia de decenas o centenas de miles de pequeños proveedores, personas humanas o pymes que operan en nuestros mercados.

Para finalizar, el último párrafo del artículo en análisis previó que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias dictarán las normas referidas a su actuación como autoridades locales de aplicación, estableciendo en sus respectivos ámbitos un procedimiento compatible con sus ordenamientos locales, bajo los principios previstos en la ley. Huelga recordar aquí que es incumbencia de los ordenamientos jurídicos locales el procedimiento a efectos de aplicar la Ley N° 24240. En la mayoría de las jurisdicciones fueron dictadas oportunamente, muchos en forma tardía respecto de la entrada en vigencia de la ley, las normas procesales locales, que en general han guardado similitud con los lineamientos básicos del procedimiento de la autoridad nacional. Y, lamentablemente, para concluir, sí consignar que, a la fecha, existen jurisdicciones que, habiendo pasado casi treinta años de la sanción de la ley, no han dictado normas de procedimiento local para la aplicación de la norma sustantiva en sus respectivas jurisdicciones (provincias de Santa Fe y La Pampa).

4. CSJN, Fallos: 247:181; 261:101; 312:2490; entre otros, y Fallos 215:225, 501 –La Ley, 57-617–; 219:668; 247:181; 261:101; 285:302 –La Ley, 151-338–, entre otros.

Jurisprudencia

Celebración de audiencias de conciliación

> Una interpretación razonable de la Ley de Defensa del Consumidor 24240 permite concluir que, la instancia conciliatoria previa a la confección del acta en la que sienta el hecho contrario a tal ley, solo puede llevarse a cabo cuando el procedimiento administrativo se inicia por una denuncia formulada por un tercero ante la autoridad administrativa, pero no cuando esta actúa de oficio pues la conciliación está pensada, en nuestro sistema jurídico, como un instrumento de solución de conflictos entre particulares y no cuando está por medio el ejercicio de la acción persecutoria.[5]

Medidas cautelares

> La Dirección Nacional de Comercio Interior tiene facultades para decretar una medida de no innovar con el fin de que la empresa de medicina prepaga preste cobertura a los estudios de pretrasplante renal (art. 45, párr. 10 de la ley 24.240 y leyes 23.660, 23.661, 24.455 y 24.754).[6]

Solve et repete

> … por la gravedad que supone la declaración de inconstitucionalidad de una norma, es esta la ultima ratio a la que cabe acudir para dirimir un conflicto, de modo que si la cuestión puede resolverse por otros fundamentos, así debe hacerse.
> […]
> Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la declaración de inconstitucionalidad peticionada respecto de los Arts. 27 de la ley provincial 5992 en cuanto exige el depósito previo de la multa como condición de admisibilidad del recurso, lo que importa su inaplicabilidad al caso de autos.[7]

5. CNACont. Adm. Fed., Sala IV, "YPF Gas SA c/ Secretaría de Comercio e Inversiones", *LL* 1999-F-749, 42.060-S; *ED* 181-327, 07/04/1998.

6. Cám. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala 5ª, "Total Médica SA v. Estado Nacional, SIC. y M.", Disp. 31/VIII/2000, causa N° 29.634/2000, 19/02/2001.

7. CCiv. y Com. San Salvador de Jujuy, Sala III, "Recurso Ley 5992/16 art. 27 Derechos del Consumidor: INC S.A. c/ Estado Provincial - Ministerio de Producción", Expte. N° C184.645/2021, 31/05/2022.

… aun diferenciando el derecho penal del derecho administrativo sancionador, la sanción administrativa tiene su raíz en la función punitiva del Estado y por tal motivo, no parece conciliarse con el derecho a una tutela judicial eficiente frente a la decisión de la administración (confr. arg. arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), padecer la sanción como requisito para poder defenderse ante ella. En la doctrina se han dado valiosos argumentos para descartar la constitucionalidad de la regla del pago previo en materia sancionadora (confr. Lavie Pico, Enrique, "Consideraciones generales acerca de la exigencia del pago previo de una multa para habilitar la instancia judicial", La Ley 2001-A, pág. 345; Barry, Luis D., ob. citada, cuyos fundamentos compartimos).

No desconocemos que la Corte Suprema tuvo un criterio diferente sobre la validez de la regla del solve et repete en el caso "Agropecuaria Ayui S.A." (confr. Fallos: 322:1248), tampoco que, con su integración renovada a partir de 2003, en el caso "Giaboo S.R.L." del 10.11.2015 (G. 360. XLIX) se ha expedido por la constitucionalidad de la aplicación del pago previo en materia sancionadora, el cumplimiento del castigo en forma previa como condición para poder defenderse. Sin embargo, a pesar de que existe un deber moral de los tribunales inferiores de seguir la doctrina que establece en sus pronunciamientos la Corte Suprema en el ejercicio de la jurisdicción que la Constitución Nacional y las leyes le han conferido, ello no obsta a que los jueces puedan apartarse de aquellos cuando existan razones fundadas no tenidas en cuenta por el Alto Tribunal en sus precedentes que obliguen a los magistrados a inclinarse por soluciones opuestas (confr. esta Sala, doctrina causas nº 507/10 del 26.2.13 y 3843/11 del 10.12.15). Tal circunstancia es la que se presenta en autos toda vez que el Máximo Tribunal de la Nación en el pronunciamiento dictado el 10 de noviembre de 2015 en el caso "Giaboo SRL s/ recurso de queja (G. 360. XLIX)", pues no realizó el análisis desarrollado en el presente decisorio. Si bien con su actual composición el más alto tribunal doméstico no varió su criterio (conf. 2.7.2019 "Guimar"; 11.2.2020 "Cooperativa de Trabajo Pro. Ven. Coop. Ltda."), la diferencia a favor de la postura por la validez del pago previo en materia sancionadora que se desprende de ambos pronunciamientos es de solo un voto.

Sobre estas bases, entendemos que la exigencia del pago previo de la sanción de multa vulnera la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción (arts. 18 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; art. 8, inc. 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos).[8]

8. CNACiv. y Com. Fed., Sala II, "TC S.A. s/ apel. de resolución administrativa", Expte. N° 9795/2019, 20/07/2020.

Artículo 46. Incumplimiento de acuerdos conciliatorios

El incumplimiento de los acuerdos conciliatorios se considerará violación a esta ley. En tal caso, el infractor será pasible de las sanciones establecidas en la presente, sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones que las partes hubieran acordado.

El presente artículo no reviste mayor complejidad en términos exegéticos. Resulta clara la intención del legislador. Ya hemos referido en el comentario del artículo anterior que, habilitada la instancia conciliatoria prevista en la normativa, en la anterior versión en el propio artículo 45 y ahora en la Ley COPREC, el consumidor puede resolver en un acuerdo conciliatorio con el proveedor la controversia que lo llevó a reclamar. Y, sobre la base de la homologación del acuerdo por parte de la autoridad de aplicación, conforme lo prevé el artículo en análisis y también la Ley COPREC, se finaliza la actuación, permitiendo el archivo de las actuaciones, conforme se estableció originalmente en el Decreto Reglamentario N° 1798/94, en su artículo 45.

Ahora bien, la mayoría de los acuerdos conciliatorios alcanzados entre proveedores y consumidores importan una transacción de derechos entre las partes o una novación de las obligaciones a cargo del proveedor y a veces, también, del consumidor. Entonces, en el acta correspondiente debe plasmarse con el mayor detalle cómo se ha reformulado la relación contractual, en su caso, y cómo deben cumplirse las nuevas obligaciones contractuales. Pretendemos significar con ello que muchos de los acuerdos conciliatorios consisten en obligaciones diferidas en el tiempo (*v. gr.*, devolución de sumas de dinero en cuotas, entre otras), por lo que se le hace saber al consumidor, cuando se formaliza el acuerdo, que en caso de un eventual incumplimiento de las nuevas obligaciones asumidas por el proveedor el consumidor debe poner en conocimiento de la autoridad de aplicación esta situación ya que, conforme reza el presente artículo, el proveedor que no cumpla con las nuevas obligaciones asumidas en el acuerdo conciliatorio es pasible de las sanciones prevista en el artículo 47 de la ley, es decir que se considera como que el proveedor ha violado el propio articulado de la ley (sin perjuicio del cumplimiento imperativo de las obligaciones allí asumidas que demande el consumidor en sede judicial, con los daños y perjuicios adicionales irrogados), y le corresponde en consecuencia la aplicación de sanciones.

Para ello, debe procederse en consecuencia. La constancia del acuerdo conciliatorio homologado, con prestaciones de ejecución diferida y/o continuada en el tiempo a cargo del proveedor, ha quedado archivada junto con las actuaciones, en sede de la autoridad de aplicación. Cuando se denuncia algún hecho de incumplimiento posterior, el consumidor presenta un escrito mediante el cual pone en conocimiento de la autoridad tal extremo. En forma inmediata, la autoridad debe sacar del archivo las actuaciones, incorporar la presentación efectuada por el consumidor y proceder a cursarle una intimación al proveedor mediante la cual, por lo general, se le intima a que acredite haber cumplimentado en tiempo y forma las obligaciones asumidas en el acuerdo conciliatorio con el consumidor, bajo apercibimiento de aplicarle las sanciones previstas en el artículo 47 de la ley.

Esta intimación se cursa pues, como en todo régimen obligacional. Puede ser que haya mediado, en cuanto al hecho del incumplimiento denunciado, en primer lugar, algún malentendido por parte del consumidor en cuanto al alcance y cumplimiento de la obligación, y entonces en tal caso el proveedor deberá aclarar esta situación; o puede haber mediado alguna cuestión relacionada con el caso fortuito o la fuerza mayor no imputables, o algún evento relacionado con la propia conducta del consumidor, que de algún modo haya impedido el formal cumplimiento de la obligación por parte del proveedor, que se le reprocha como incumplida.

En determinados casos y conforme lo que el proveedor argumente y exponga en su respuesta, deberá sustanciarse alguna incidencia de tipo probatoria, de ser necesaria, a efectos de esclarecer la situación, si mediase alguna controversia entre lo denunciado por el consumidor y lo alegado por el proveedor.

Caso contrario, en caso de silencio por parte de este último, o cuando reconozca el hecho del incumplimiento (o esclarecida la controversia), la autoridad de aplicación está en condiciones de dictar el acto administrativo sancionatorio, que obedecerá, lisa y llanamente, al incumplimiento de las obligaciones asumidas en el acuerdo conciliatorio y será pasible de las sanciones previstas en la propia ley, sanción que será graduada de acuerdo a las previsiones del artículo 49, extremo que analizaremos al comentar dicho artículo.

Jurisprudencia

La multa por infracción al art. 46 de la Ley N° 24240 debe confirmarse pues en el escrito de interposición del recurso de apelación, la recurrente no refuta las contundentes objeciones formuladas en la decisión administrativa impugnada en cuanto a la falta de acreditación del cumplimiento del acuerdo –esto es, cumplir con la nota de crédito lo que debía estar cumplido–; máxime siendo que limita su defensa a manifestar que cumplió con el acuerdo mas no acredita los extremos que sustentan dicha afirmación.[9]

... más allá de las genéricas manifestaciones de la recurrente, lo cierto es que de la impresión de pantalla de fs. 32 no se infiere cuál fue la cuenta de destino de la acreditación de puntos practicada el 18 de septiembre de 2017. Por lo demás, de acuerdo con aquel elemento de prueba, el reintegro de los créditos acordados se habría efectuado con posterioridad a la fecha de pactada; lo cual basta para desestimar el argumento defensivo.[10]

Artículo 47. Sanciones

Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso:

- **a. Apercibimiento;**
- **b. Multa de cero coma cinco (0,5) a dos mil cien (2.100) canastas básicas total para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC);**
- **c. Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción;**
- **d. Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta treinta (30) días;**
- **e. Suspensión de hasta cinco (5) años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado; y**

9. CNACont. Adm. Fed., Sala III, "Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Estado Nacional – Ministerio de Desarrollo Productivo (EXP. 89773952/20) s/ recurso Directo -Ley 24240- Art. 45", MJ-JU-M-142741-AR||MJJ142741, 11/04/2023.

10. CNACont. Adm. Fed., Sala IV, "Asatej SRL c/ DNDC s/defensa del consumidor - Ley 24240 - Art. 45", Expte. Nº 5687/2020, 10/12/2020.

f. La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare.

En todos los casos, el infractor publicará o la autoridad de aplicación podrá publicar a costa del infractor, por los medios más apropiados para su divulgación y conforme el criterio que la autoridad de aplicación indique, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice por medios de alcance nacional y de cada jurisdicción donde aquel actuare. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación.

El cincuenta por ciento (50%) del monto percibido en concepto de multas y otras penalidades impuestas por la autoridad de aplicación conforme el presente artículo será asignado a un fondo especial destinado a cumplir con los fines del capítulo XVI –educación al consumidor– de la presente ley y demás actividades que se realicen para la ejecución de políticas de consumo, conforme lo previsto en el artículo 43, inciso a), de la misma. El fondo será administrado por la autoridad nacional de aplicación.

(Artículo sustituido por art. 119 de la Ley N° 27701, BO 01/12/2022).

La versión del presente artículo, reformado por imperio de la Ley N° 27701, no presenta mayor diferencia respecto de la versión que presentaba el mismo artículo, a partir de la reforma dispuesta por la Ley N° 26361 (BO del 07/04/2008). Es decir, esta última norma agregó los dos últimos párrafos que presenta hoy el artículo (en realidad con una pequeña diferencia), relacionados con el destino del cincuenta por ciento de las multas impuesta por la autoridad de aplicación y con la publicidad de las sanciones que debe efectuar el proveedor, como sanción accesoria a la penalidad aplicada.

Y finalmente, en cuanto aquí importa, lo que ha dispuesto la Ley N° 27701 ha sido cambiar el criterio histórico en cuanto al mínimo y máximo de la multa a aplicar (de $ 100 a $ 5.000.000) por parte de la autoridad de aplicación, previendo en el inciso b que en caso de infracciones corresponderá, en su caso, aplicar multa de cero coma cinco

(0,5) a dos mil cien (2.100) canastas básicas total para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

Esta acertada fórmula ha apuntado a resolver dos cuestiones básicas, históricas, que han conspirado contra el verdadero efecto que debe tener la sanción de multa aplicada a un proveedor.

En primer término, porque es de público y notorio conocimiento el verdadero régimen de economía inflacionaria que vive nuestro país desde hace décadas, que ha ido erosionando cada vez el valor de nuestra moneda y entonces, con independencia de que se había fijado un mínimo y un máximo como bandas de bastante amplitud, directamente el monto máximo de la banda de cinco millones de pesos, hace ya muchos años que quedó completamente desactualizado, máxime teniendo en consideración que estas penalidades previstas la mayoría de las veces se aplican a grandes proveedores de productos o servicios, con millones de clientes, y a los cuales, aun en el supuesto de aplicación del máximo de la pena de multa prevista, de cinco millones de pesos, no representaba realmente disuasivo alguno, ni lesión patrimonial suficiente como para, en su caso, desalentar algunas de las conductas que reiteradamente han sido sancionadas por la autoridad de aplicación, a lo largo del tiempo y de la aplicación de la Ley N° 24240.

Es decir entonces que, a partir del nuevo criterio estipulado para sancionar, tanto en cuanto al rango de bandas como a su actualización, asegura disponer, por parte de la autoridad de aplicación, del poder de fuego suficiente como para reprimir adecuadamente cualquier conducta inadecuada, tanto por parte de los pequeños proveedores como de las grandes empresas que operan en el mercado. El criterio adoptado importa que la canasta básica total para el hogar 3, que publica el INDEC, se actualiza mensualmente, considerando puntualmente la inflación de costos del período, que representa dicha canasta. Por lo que aun en régimen de alta inflación, el valor de la medida de la canasta se va actualizando, preservando así su magnitud, e importando en consecuencia que la sanción aplicada por la autoridad, en la medida en que se ajuste a los parámetros del artículo 49 de la ley y no resulta arbitrariamente impuesta, cumplirá su finalidad, a efectos de sancionar y corregir conductas en el mercado.

Como segunda cuestión, también muy importante, es que el monto del Daño Punitivo a aplicar por parte de los jueces, instituto previsto en el artículo 52 bis de la Ley N° 24240, tiene como tope previsto el máximo de la penalidad de multa prevista en el artículo 47, que era justamente de cinco millones de pesos. Reza literalmente al final el artículo: "La multa civil que se imponga no podrá superar máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Aquí aplica también lo explicitado respecto de la economía inflacionaria crónica que padecemos, y la consiguiente desvalorización del peso que, aun con un valor fijo (aun alto, al principio) como preveía el viejo criterio de la ley, ya lo dijimos, con el paso del tiempo terminaba resultando escaso para disuadir las conductas ilícitas previstas en la normativa vigente. Especialmente para los grandes proveedores.

A lo expuesto debemos adicionarle que la figura del Daño Punitivo justamente está prevista para sancionar y disuadir, especialmente para grandes inconductas o graves ilícitos de consumo de los proveedores en el mercado.[11] Es por ello que ahora, con el nuevo criterio, los problemas referenciados han encontrado solución, al modificarse el inciso b del artículo 47. A simple modo de ejemplo, el valor actual de la canasta para el hogar 3 del INDEC, conforme la última publicación del índice de fecha 17/08/23 (al momento de escribir estos comentarios), fue de $198.203. Como podrá advertirse a simple vista y en consecuencia, dicho valor, en la teoría, podría multiplicarse hasta las 2100 canastas, que es el tope de la sanción prevista en la actualidad. Huelgan más comentarios a este respecto. A la sazón, corresponde señalar que, a la fecha en que se redactan estos comentarios (agosto de 2023), la autoridad de aplicación continúa aplicando las sanciones de multa, consignando un monto en pesos, y no en canastas, lo que representa un claro error, a tenor de la redacción actual del inciso b del artículo 47 de la ley.

Nos referiremos ahora brevemente a los tres segmentos que componen el presente artículo, que refieren al régimen de penalidades previsto en la norma, la exigencia de la publicación de la sanción en los medios y el destino que debe observar el cincuenta por ciento de las multas aplicadas.

11. Puede verse en este sentido Tambussi, Carlos et. al., *Daño Punitivo en las Relaciones de Consumo*, Buenos Aires, Llanes Ediciones, 2022.

Con respecto al tipo de penalidades previsto, en realidad no ha cambiado desde la sanción de la ley hasta el presente. En rigor de verdad no puede comentarse mucho sobre esta cuestión, pues prácticamente en casi treinta años de aplicación la autoridad solo ha aplicado dos tipos de sanciones: apercibimiento y multa. Que se recuerde, aclarando en este sentido que la autoridad de aplicación no lleva registro histórico sobre esta cuestión, jamás aplicó una sanción de clausura, decomiso de mercaderías o de pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos. Cuando comentemos el artículo 49 nos referiremos a la graduación que debe considerarse para la aplicación de las sanciones.

En cuanto a la publicación de la sanción, la norma en su versión actual prevé que el infractor debe publicar, o la autoridad de aplicación podrá publicar a su costa, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada.

En rigor de verdad, la autoridad de aplicación jamás normalizó el criterio y carácter de la publicación, por lo que en la práctica y sin perjuicio de algunos informes puntuales, nunca ha publicado regularmente a costa del infractor la publicidad de la sanción, y los proveedores han cumplimentado irregularmente esta obligación legal. La finalidad de la publicidad de la sanción guarda relación con que se disemine en el mercado, es decir, se dé a conocimiento a un amplio público la conducta desplegada por la empresa y la sanción impuesta por la autoridad. Y ello pues el consumidor, con su elección y preferencia de compra, puede de alguna manera premiar y/o castigar las actitudes de los proveedores en el mercado. Debemos recordar que la reputación comercial, el valor de la marca de la organización, la mayoría de las veces importa mucho más para la corporación que la penalidad de multa que deba abonar. Por eso, los proveedores han retaceado tanto la cuestión de la publicación, o la han efectuado de manera muy pequeña y marginal, para que pasara desapercibida. Aquí verdaderamente la autoridad ha estado en falta con esta cuestión, que bien reglamentada y exigida, cumpliría a cabalidad con la finalidad que el legislador previó al imponer esta obligación. Recordemos que sobre la base de las previsiones del artículo 43, inciso a, la autoridad puede implementar políticas de consumo a través del dictado de las respectivas resoluciones, mediante la cual se podría reglamentar esta cuestión.

Para finalizar, debemos mencionar que cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación. Esta previsión lógica guarda relación en la medida en que el apercibimiento está pensado como penalidad, para las infracciones realmente menores, y tal vez la exigencia de una publicidad en tal sentido importaría un costo elevado para el proveedor, por una insignificancia.

En cuanto a la última parte del artículo, tampoco es mucho lo que podemos comentar al respecto. El legislador previó, en la reforma del año 2008, agregar un párrafo al artículo en análisis, consignando que el cincuenta por ciento del monto percibido en concepto de multas deba ser asignado a un fondo especial destinado a cumplir con los fines del capítulo XVI (educación al consumidor) de la ley y demás actividades que se realicen para la ejecución de políticas de consumo, conforme lo previsto en el artículo 43, inciso a, de la misma.

La previsión legal es muy loable, pues en esta materia es fundamental, tanto para asegurar un adecuado comportamiento del consumidor en el mercado como para que conozca a cabalidad sus derechos y las aristas particulares de la disciplina, que adquiera nociones generales relacionadas con la misma, así como también respecto de los problemas que muchas presentan para los consumidores, tales como el del sobreendeudamiento, la ingesta saludable de alimentos, la comprensión cabal respecto de la información contenida en los rótulos de las mercaderías, así como la preservación del medioambiente y la importancia de adoptar patrones de consumo sustentables, entre otras cuestiones. Nuevamente, y para finalizar, con las recurrentes crisis económicas, en términos presupuestarios por lo general la autoridad de aplicación no ha contado con esta disponibilidad de los fondos, siendo de público y notorio conocimiento la insuficiencia de las campañas emprendidas y la escasa actividad que ha desplegado, regularmente a lo largo de los años, en esta materia, la autoridad de aplicación.

Sí me gustaría hacer la salvedad a este respecto con la formalización de la Escuela Argentina de Educación en Consumo, creada el 23 de agosto de 2019, por Disposición N° 664 de la ex Dirección Nacional de Defensa del Consumidor de la autoridad de aplicación, que desde esa fecha (aunque venía funcionando de hecho un par de años antes) mucho hizo por el desarrollo de la educación en consumo, en general.

Jurisprudencia

Publicación de sanciones

> La obligación que le asiste a la parte de publicar la resolución condenatoria a su cargo (art. 47 de la ley 24240), no es una doble sanción, como sostiene la recurrente, por cuanto dicha obligación más allá de estar prevista para un mismo hecho, solo se aplica como accesoria de la pena principal impuesta; como así también cabe resaltar que la mencionada disposición tiene como fin ilustrar al público consumidor en relación con la infracción que se cometió en la materia.[12]
>
> Que, finalmente, es necesario advertir que la sumariada se encuentra obligada, respecto de las infracciones referidas a la Ley Nº 24.240 y sus modificatorias, a publicar la disposición condenatoria a su costa, en la forma prevista por su Artículo 47, sanción accesoria, que se sustenta en la necesidad de informar a los consumidores de las contravenciones a sus derechos y la importancia de divulgar los medios con que cuentan para defenderse, meritando también el carácter ejemplar y disuasivo de la sanción, como surge de la propia normativa al disponer que en todos los casos deberá publicarse la sentencia condenatoria.[13]

Artículo 48. Denuncias maliciosas

Quienes presentaren denuncias maliciosas o sin justa causa ante la autoridad de aplicación, serán sancionados según lo previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior, sin perjuicio de las que pudieren corresponder por aplicación de las normas civiles y penales.

Este artículo, vigente desde la sanción de la ley, prevé la posibilidad de que la autoridad de aplicación, en determinados supuestos donde el consumidor puede presentar una denuncia o un reclamo contra un proveedor en donde se advierta claramente que los hechos que le dan fundamento están tergiversados, son inexistentes o

12. CNACont. Adm. Fed., Sala IV, "YPF Gas S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp. DNCI 1478/96", Expte. Nº 13657/1997, Id SAIJ: FA98100174, 07/04/1998.

13. En tal sentido, ver CSJN, in re "Bansud S.A. c/ S.C. e I. DNCI" - 1248/28, del 30/03/2001; CNCAF, "Garbarino S.A.", fallo del 24/10/2000; "Medicus S.A. s/ Secretaría de Comercio e Inversiones – Res. DNCI 39/96", causa Nº 3966/96, sentencia del 08/10/1996, entre otros.

la presentación está configurada de tal manera que surja claramente que existe una aviesa intencionalidad o una tentativa de obtener una ventaja indebida; o en su caso una argumentada indemnización o reparación totalmente improcedente; pueda sancionar la conducta del consumidor reputada como maliciosa, con sanción de aparecimiento o de multa, según la gravedad del tema, con independencia de que dicho accionar, además, pudiese revestir la comisión de un delito de acción pública, en cuyo caso el funcionario interviniente deberá imperativamente realizar la denuncia penal correspondiente, remitiendo todos los antecedentes del caso a la Justicia Penal.

Es decir que, en principio, el legislador no está concibiendo en todos los casos la comisión de un delito, o al menos en grado de tentativa, cuando refiere a una denuncia maliciosa.

Y claramente esta no refiere, desde ya, a los casos en donde medie alguna percepción subjetiva del consumidor o algún equívoco o convicción errónea por su parte, en la cual crea legítimamente, aunque el reclamo no pudiere prosperar, que le asiste derecho para reclamar al proveedor, ya que en principio este supuesto no cabría en el criterio o concepto de maliciosidad, que connota una clara intencionalidad ligada a la mala fe.

En este orden de ideas, en realidad el legislador está considerando que cuando un consumidor sepa que no tiene justa causa, o que no le asiste el derecho, pero igual pretende sacar algún beneficio indebido sobre la base de la reclamación efectuada, a costa del proveedor, estaremos ante el supuesto de denuncia maliciosa.

También corresponde consignar que no necesariamente en todos los casos de maliciosidad estaremos en presencia de la comisión de un delito, o al menos en grado de tentativa, por parte del consumidor. Pero, en definitiva, todo ello será motivo del análisis que realice la autoridad administrativa y, en su caso, de las denuncias que deba practicar para que la autoridad competente en materia penal la investigue.

No existe registro en prácticamente treinta años de aplicación de la ley, en el ámbito de la autoridad de aplicación, respecto de algún antecedente (aun de alguna simple imputación formulada) bajo el supuesto del presente artículo. Sí, en lo personal, y a lo largo de mi trayectoria en la autoridad de aplicación de más de 25 años, formulé oportunamente algunas denuncias penales contra consumidores

relacionadas, a modo de ejemplo, con casos graves, tales como falsificación de recibos de saldos adeudados para luego reclamar a la firma la entrega indebida de un automotor, entre otras conductas similares.

Pero la verdad es, para finalizar, que han sido, a lo largo del tiempo de aplicación de la ley muy escasas y marginales este tipo de conductas por parte de los consumidores reclamantes.

Puede verse, por aplicación analógica al artículo en análisis, "Fisco Nacional -D.G.I.- c/ Polero y Fleire S.A. s/ ejecución fiscal -D.G.I.-":

> Para que pueda atribuírsele a una parte conducta maliciosa o temeraria, es necesario que esta actúe sin razón valedera y que tenga, además, conciencia de la propia sinrazón. Sobre estos conceptos, arroja luz lo expresado por Enrique M. Falcón en su "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Anotado, Concordado, Comentado" (T. I, pág. 342): "La actuación en el proceso según el deber de lealtad, probidad y buena fe, tiene como contrapartida la temeridad y malicia, esto es la actuación sin medir las consecuencias con el objeto de causar un perjuicio. Temeridad y malicia suponen una conducta mañosa, la maniobra desleal, las articulaciones de mala fe y sin apoyo jurídico o fáctico alguno, máxime cuando son reiteradas y nadie puede tener ninguna duda de que no obedecen a un simple error o a distintas posibilidades que brinda una jurisprudencia divergente sobre el punto, o a nuevos enfoques susceptibles de hacerla variar, sino que trasuntan claramente dolo procesal... Se configura (la temeridad) por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sinrazón. De allí que no sea suficiente, para calificar una conducta como temeraria, el elemento objetivo representado por la falta de fundamento o por la injusticia de la pretensión o de la oposición. Es además necesario el factor subjetivo que se manifiesta a través de la conciencia de que tales circunstancias concurren en el caso concreto. La malicia es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión.[14]

Artículo 49. Aplicación y graduación de las sanciones

En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de

14. CNACont. Adm. Fed., Sala II, "Fisco Nacional -D.G.I.- c/ Polero y Fleire S.A. s/ ejecución fiscal -D.G.I.-", Id SAIJ FA96100405, 20/06/1996.

intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Se considerará reincidente a quien, habiendo sido sancionado por una infracción a esta ley, incurra en otra dentro del término de CINCO (5) años.

(Artículo sustituido por art. 22 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008). Reglamentado por el Decreto N° 1798/94.

En lo que podemos considerar una facultad reglada de la autoridad de aplicación, el legislador ha previsto, con carácter mandatorio, que para la aplicación y graduación de las sanciones previstas en la ley, la autoridad administrativa deba considerar y ponderar una serie de ítems relacionados con la conducta que se juzga, a saber: el perjuicio resultante de la falta cometida contra el consumidor damnificado, la posición en el mercado del infractor (*market share*); la cuantía del beneficio obtenido por el proveedor producto de la infracción, si tal supuesto pudiese cuantificarse según el caso ya que, en determinados supuestos, la infracción ha generado un agravio moral para el consumidor (*v. gr.*, las previsiones del artículo 8 bis), pero no un beneficio para el proveedor; el grado de intencionalidad; la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, así como la reincidencia y demás circunstancias relevantes del hecho, si pudiesen ser ponderadas. Todo ello determinará, en su caso, el *quantum* de la multa a imponer o si corresponde aplicar alguna penalidad mayor.

Debemos sí considerar que los preceptos enumerados no permiten determinar "con regla y con compás", en su caso, la cuantía de la multa a imponer. No es una fórmula matemática o una polinómica que, en forma exacta, pueda determinar la penalidad justa para cada situación infraccionable. Pero, evidentemente, una debida ponderación de los externos referenciados importará poder imponer una sanción adecuada a la conducta de que se trate y que resulte motivo de sanción.

Es interesante considerar, en este orden de ideas, que en realidad si uno se detiene a analizar con detenimiento los considerandos del acto administrativo sancionatorio que dicta la autoridad de aplicación podrá advertirse que, por lo menos la autoridad nacional, realiza una mera enumeración sobre los ítems a ser considerados previstos en

este artículo, a efectos de la graduación de la penalidad a aplicar, pero simplemente como una enumeración genérica, es decir, no se advierte un accionar concreto, con medidas adoptadas en tal sentido y diligencias producidas en las actuaciones que permitan determinar, con evidencia concreta, a modo de ejemplo, la posición en el mercado del infractor, o en su caso el beneficio obtenido o las demás circunstancias concretas del caso, que pudiesen incidir en la determinación de la penalidad a aplicar. En rigor de verdad, esto puede ser señalado como una falencia de la autoridad administrativa respecto de su accionar, y ser motivo de consideración negativa por parte de los jueces intervinientes, en caso de apelación del proveedor a la sanción impuesta. A continuación reflejamos esta situación.

Jurisprudencia

> … debe destacarse que tampoco resulta exigible una exacta correlación numérica entre la multa y la infracción cometida, siendo suficiente que la autoridad de aplicación realice una apreciación razonable de las diferentes circunstancias tenidas en cuenta para justificar la sanción…[15]

Ha de tenerse en cuenta a este respecto lo dicho reiteradamente por la jurisprudencia en cuanto a que "… la fijación del quantum de la sanción pertenece al ámbito de las facultades discrecionales de la Autoridad administrativa y solo es revisable por los jueces en caso de ilegitimidad…",[16] entre otros.

> Corresponde reducir la multa al mínimo legal que fija el art. 47, inc. b), ley 24240, que fuera impuesta a una inmobiliaria ante la denuncia efectuada en su contra de no proporcionar información veraz sobre la superficie del inmueble objeto de compraventa, dado que el denunciante reconoce haber visitado el inmueble en cuestión y teniendo en cuenta el importe de la reserva, la multa impuesta resulta desproporcionada considerando las pautas del art. 49, ley 24240.[17]

15. CNACont. Adm. Fed., Sala II, "Banco de la Ciudad de Buenos Aires SA c/ DNCI s/ Defensa del Consumidor – Ley 24240 – Art. 45", Expte. Nº 057284/2019, 11/02/2020.

16. CNACont. Adm. Fed., Sala I, "INC SA c/ DNCI s/ LEALTAD COMERCIAL – LEY 22802 – ART. 22", 16/08/2018.

17. CNACont. Adm. Fed., Sala III, "Estudio Everland Arquitectura Inmobiliaria c/ Secretaría de Comercio e Inversiones -Disp.DNCI.666/96", Expte. Nº 023548/1996, 17/12/1996.

La apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de sanciones –en el caso, con motivo de una infracción a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor– pertenecen al ámbito de la Administración, cuyo ejercicio no debe ser sustituido por los jueces a quienes solo les cabe revisarlas en caso de irrazonabilidad o arbitrariedad manifiesta.[18]
Que, en cuanto a dicha multa, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha decidido que no puede considerarse arbitraria si resulta comprendida dentro de los montos fijados por la Ley Nº 24.240, ni tampoco irrazonable si se tienen en cuenta las características del servicio, la posición en el mercado del infractor y su conducta reincidente.[19]

Artículo 50. Prescripción*

Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.

(Artículo sustituido por punto 3.4 del Anexo II de la Ley N° 26994, BO 08/10/2014. Suplemento. Vigencia: 01/08/2015, texto según art. 1 de la Ley N° 27077 BO 19/12/2014).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 2532 a 2564 del CCCN.*

La prescripción liberatoria[20], como modo de extinción de las obligaciones, se caracteriza por dos circunstancias: el transcurso del término previsto por la ley y la inactividad de los obligados.

Este instituto supone siempre una tensión entre valores relevantes: por un lado, la seguridad jurídica y el razonable interés social[21]

18. CNACont. Adm. Fed., Sala III, "Círculo de Inversores SA c/ Secretaría de Comercio e Inversiones", LL 2000-F-641; DJ 2001-1-262, 16/03/2000.

19. Conf. "Sevel Argentina c/ S.C.I. DNCI N° 400/99", Cám. Nac. Apel. Contencioso Administrativo Federal (CNACAF) y "Amil Asistencia Médica Internacional S.A. c/ DNCI Disp. N° 570/01", CNACAF, Sala 5.

* Comentario sobre el artículo 50 por Sandra Wierzba.

20. Nos hemos referido ya al tema en forma genérica en "La prescripción liberatoria en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", 13/07/15, DC1F65. Disponible en eldial.com.

21. Argañarás, Manuel J., *La prescripción extintiva*, Buenos Aires, ed. Tipográfica Editora Argentina, 1966, pp. 7-8.

exigen que las obligaciones no permanezcan vigentes indefinidamente, al arbitrio de acreedores que así podrían reclamar su crédito en cualquier tiempo, con deudores que quedarían siempre sujetos a la presión de eventuales demandas por un vínculo inacabado. Pero por otro, la prescripción no supone la satisfacción del interés del acreedor, ni el cumplimiento de aquello que le es debido, como elementos que hacen a la esencia de la obligación. Se trata de una figura anómala en términos de justicia, si se tiene en cuenta que lleva a la pérdida de un derecho, por el mero transcurso del tiempo. Por ello, la prescripción debe considerarse pensada con relación al acreedor negligente o distraído, pero no para casos donde queda afectada la voluntariedad del acto o existen dificultades para accionar.[22] La buena fe aparece como contrapeso de la seguridad jurídica.

El Código Civil de Vélez Sársfield definía la figura en distintas normas. Por un lado, el artículo 3947 establecía que "… La prescripción es un medio de […] libertarse de obligaciones por el transcurso del tiempo". Asimismo, el artículo 3949 disponía: "La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla o de ejercer el derecho al cual ella se refiere".

Además, el artículo 4017 expresaba: "Por solo el silencio o inacción del acreedor, por el tiempo designado por la ley, queda el deudor libre de toda obligación…".

El Código Civil y Comercial de la Nación no define la prescripción en forma específica, pero surge implícitamente de sus normas que los caracteres antes expuestos siguen haciendo a la esencia de este instituto, aunque queda ahora explícito que la inacción debe ser entendida y proyectada en función del acreedor y del deudor, en la medida en que cualquiera de ellos, y a su vez ambos, podrán desplegar actividades que interrumpan su curso.[23]

Desde la perspectiva procesal, la prescripción puede ser opuesta por vía de acción o de excepción (art. 2551 CCyCN), pero no puede ser decretada de oficio por el juez de la causa (art. 2552 CCyCN).

22. Lorenzetti, Ricardo L., "Análisis funcional de la prescripción liberatoria", *JA* 1994-III-820.

23. Pizarro, Ramón D. y Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1ª ed., 2ª reimp., 2013, T. 3, p. 656.

Ahora bien, la cuestión de la prescripción es posiblemente uno de los temas más controversiales del derecho del consumidor argentino.[24] Además, el tema adquirió renovado interés con la entrada en vigencia del Código armonizado de 2015, que estableció un régimen general de prescripción liberatoria en su propio texto y sustituyó el contenido del artículo 50 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), pasando de un sistema que regulaba la prescripción de las acciones judiciales de consumo, las sanciones administrativas y las sanciones aplicables según la LDC (texto según Ley N° 26361/08), a otro en el cual solo dispone sobre las *sanciones* que surgen de la tal normativa consumeril (texto según Ley N° 26994/15). Así construido, el texto bien puede ser objeto de críticas, porque no son propiamente las sanciones las que prescriben, sino las acciones para hacerlas valer,[25] siendo estas las que podrían extinguirse ante la falta de impulso oportuno. Concretamente, el término de tres años ahora fijado por ley se referiría al período de tiempo que tiene el Estado para ejecutar las multas o hacer efectivas otras sanciones impuestas luego de haber quedado estas firmes.[26]

Por lo demás, la disposición bajo análisis elimina la referencia al beneficio de aplicación del plazo más extenso para el consumidor, en el supuesto de conflicto entre normas y no hace una referencia explícita al inicio de acciones judiciales como causal de interrupción de la prescripción.

Nos detendremos seguidamente sobre algunas de estas cuestiones.

Las acciones judiciales derivadas de la relación de consumo según la doctrina

Cabe preguntarse qué plazo de prescripción resulta aplicable al ejercicio de las acciones judiciales derivadas de la relación de consumo,

24. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, "La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo: sus dudas interpretativas", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe / Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2021 (2 - Prescripción extintiva), pp. 355-385.

25. De Falco, Carlos M., "Estado actual de la prescripción para las acciones judiciales nacidas de una relación de consumo y su tratamiento en el proyecto de reforma", en *RCCyC*, año 6, vol. 4, mayo de 2020, p. 221 y ss. (referencia: TR LALEY AR/DOC/301/2020).

26. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, "La prescripción liberatoria…", *op. cit.*, p. 357.

especialmente a las de incumplimiento de una obligación a cargo del proveedor (art. 10 bis LDC) y de daños y perjuicios consecuentes (arts. 40, 40 bis y 52 bis LDC), en tanto que tal plazo ya no surge de la Ley N° 24240 y que los términos previstos en el Código Civil y Comercial de la Nación son distintos a los establecidos en la legislación especial (de seguros, de transporte y otras).

En la doctrina y desde una perspectiva general, se ha sostenido que no caben dudas de que se aplican las reglas del Código Civil y Comercial de la Nación a los plazos referidos a las acciones civiles derivadas de las acciones de consumo.[27]

Es así que desde una óptica especialmente protectoria de los derechos de los consumidores, se ha entendido que el plazo genérico de cinco años previsto por el artículo 2560 CCyCN debe aplicarse a las acciones en cuestión, en tanto este respeta el principio de interpretación más favorable al consumidor, previsto por el artículo 1094 del mismo cuerpo legal.[28] Esta solución sería particularmente adecuada en casos de duda.[29]

A mayor abundamiento, se afirma que no podría recurrirse al criterio antinómico entre ley especial y ley general para resolver este tipo de cuestiones, sino que habría que apelar al diálogo de fuentes (arts. 1. y 2. CCyCN) y a un mecanismo de integración normativa entre el bloque de constitucionalidad (art. 42 CN y Tratados internacionales que surgen de su art. 75 inc. 22) y las normas de la LDC y el CCyCN. Los derechos del consumidor formarían parte de los derechos humanos de tercera generación, imponiéndose un piso de protección a su respecto en las citadas normas. Y cualquier vuelta atrás, fáctica o normativa en materia de tutela de los consumidores, debería entenderse como una clara afectación de la normativa supralegal

27. Kemelmajer de Carlucci, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 175.

28. Álvarez Larrondo, Federico M., "El consumidor a partir del proyecto de Código Civil", en *RCyS* 2013-III-5, Ed. La Ley (referencia: AR/DOC/55486/2012).

29. Stiglitz, Gabriel A., "La defensa del consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, DCCyE, N° 5, Ed. La Ley, octubre de 2012, p. 61.

antes mencionada,[30] debiendo respetarse en esta materia los principios de progresividad y no regresión.[31]

También se ha propuesto la aplicación de otros términos de prescripción más cortos, previstos en el mismo Código armonizado, para supuestos específicos, como por ejemplo el plazo de dos años para el caso de las acciones de revisión por abusividad de las cláusulas del contrato de consumo, siguiendo el criterio establecido en su artículo 2562, inc. a).[32]

A su vez, pensándose en algunas cuestiones que dan lugar a una extensa litigiosidad en la materia, como la prescripción en el caso de daños que involucran el contrato de seguros y de transporte marítimo de personas,33 se ha interpretado que corresponde la aplicación de la normativa específica que regula el vínculo obligacional nacido entre usuario y proveedor (LS N° 17418 y Ley N° 20094, respectivamente). Lo expuesto tendría por fundamento la letra del artículo 2532 CCyCN, que impone la aplicación subsidiaria de las normas del Código de fondo, es decir, solo para supuestos en los cuales las normas específicas no prevean un plazo prescriptivo. De hecho, advirtiéndose la injusticia que ello podría significar, se propuso una modificación a la Ley de Seguros, que corrija la exigüidad del escaso término de un año.[34]

Tal postura también se ha apoyado en la inveterada doctrina del Supremo Tribunal de la Nación, de acuerdo a la cual se enlaza el instituto de la prescripción liberatoria con la causa de la obligación jurídicamente demandable.[35] Y desde esta lectura, considerándose el carácter

30. Tambussi, Carlos E., "Consumidores, derechos humanos, convencionalidad y no regresividad. Aportes para la argumentación", en *RDD* 2016-1, "Consumidores", Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 432.

31. Federik, Carlos J. M., "El plazo de prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro cuando constituye un contrato de consumo", en *RCCyC*, agosto de 2022, p. 68 (referencia: TR LALEY, AR/DOC/2017/2022).

32. Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2017.

33. De Falco, Carlos M., "Estado actual de la prescripción para las acciones judiciales…", *op. cit.*

34. Compiani, María Fabiana, "El régimen jurídico del contrato de seguro en el derecho argentino. Actualidad y perspectivas". Disponible en: https://revista-aji.com/articulos/2016/num6-ter/8-35.pdf [Fecha de consulta: 22/12/2022].

35. CSJN, Fallos: 320:2289, entre otros.

de orden público de la Ley N° 24240 (art. 65) y el principio constitucional que ordena priorizar la normativa más favorable al consumidor (arts. 42 CN y 4 LDC), se ha sugerido que bien podría plantearse la inconstitucionalidad del artículo 50 LDC reformado, por atentar este contra el principio de progresividad y no regresión en materia legislativa (arts. 26 CADH; 2.1 PIDESC y 75 inc. 22 CN), entre otros.

Casos de presentación frecuente: algunos criterios jurisprudenciales

A nivel judicial, la prescripción de acciones asociadas a la defensa del consumidor viene planteándose en ciertos supuestos que se reiteran, con soluciones como las que se describen a continuación.

Aplicación del término genérico de cinco (5) años (art. 2560 del CCyCN)

De acuerdo a este criterio, al no disponerse sobre la prescripción de la acción en el artículo 50 LDC reformado, de modo alguno puede considerarse que las acciones judiciales de consumo han quedado sin plazo.[36] Resulta así aplicable a su caso el artículo 2560 CCyCN, porque habría existido una intención legislativa de integrar ambos sistemas y por esta última disposición formaría parte de un mínimo o núcleo duro de tutela para los consumidores,[37] cuya derogación afectaría el

36. CNACom., Sala C, "Lizondo, Pedro D. c/ Orbis Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario", 24/05/2022 (referencia: TR LALEY AR/JUR/190621/2022), y CAp. Civ., Com. y de Minería de Viedma, "Sunuigual, Cristina Emilce c/ Dorinka S.R.L. y otro s/ Daños y perjuicios (ordinario)" (referencia: TR LALEY AR/JUR/139951/2022), entre otros.

37. CNACom., Sala C, "Díaz Carísimo, Benigno D c/ Zurich Aseguradora Argentina SA s/Ordinario", 24/08/2023, elDial.com - AAD9A0; Cám. de Apelaciones Civil. y Com. de la 4a Nominación de Córdoba, "Díaz, Paulo A. c/ Allianz Argentina Compañía de Seguros s/ abreviado – cumplimiento / resolución de contrato - Trám. Oral, 25/04/2023 (referencia: TR LALEY AR/JUR/93427/2023), y CAp. en lo Civ. y Com. de Quilmes, Sala I, "Farias, Myrian Roxana c/ Caja de Seguros S.A. s/ Daños y perjuicios", 24/05/2022 (referencia: TR LALEY AR/JUR/64362/2022).

sistema protectorio de orden público, al que se suman las normas fundamentales contenidas en normas como el artículo 42 CN.[38]

El texto del artículo 3 LDC confirmaría el fundamento de esta postura, al ser esta una disposición abierta, apta para incorporar los cambios que supone el dinamismo legislativo, siempre que estos estén destinados a regular las relaciones de consumo y signifiquen la solución más favorable para el consumidor, con arraigo constitucional.[39]

A su vez, el adecuado resguardo de los derechos fundamentales, que comprenden los derechos del consumidor, debería contemplar especialmente las desventajas estructurales que se presentan en su ámbito, quedando a cargo del Estado brindar los mecanismos idóneos y efectivos para nivelar y compensar tales desventajas (art. 42 CN), finalidad que se vería incumplida en el supuesto de aplicarse el breve plazo de prescripción previsto en ciertas leyes especiales. Es así que el carácter fundamental de la materia obstaría aplicar en su caso la prevalencia de una ley por ser esta anterior o especial. Por otra parte, el artículo 1094 del CCyCN establece que "las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable". Por lo demás, de aplicarse el breve término de la ley especial (un año, en materia de seguros), menor incluso al plazo que preveía el artículo 50 de la LDC en su versión anterior (tres años), se estaría contrariando el principio de progresividad o no regresión en materia de tutela judicial efectiva, lo cual resultaría inadmisible.[40]

38. CNACom., Sala F, "Gimenez, Carlos Luis c/ Escudo Seguros S.A. s/ Ordinario", 26/05/2022 (referencia: TR LALEY AR/JUR/66506/2022). En la misma línea, CNACom., Sala C, "Lizondo, Pedro Daniel c/ Orbis Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario", 24/05/2022 (referencia: TR LALEY AR/JUR/190621/2022).

39. CNACom., Sala C, "Díaz Carísimo, Benigno D c/ Zurich Aseguradora Argentina SA s/Ordinario", 24/08/2023, elDial.com - AAD9A0; CNACom., Sala B, "Medina, Gonzalo R. O. c/ La Nueva Cooperativa de Seguros Limitada s/ordinario", 26/04/2023, elDial.com - AAD68B, que involucra la Ley de Seguros N° 17418/67; CNACom., Sala C, "Argañaras, Lisandro y otros c/ Seguros Sura S.A. s/ordinario" – CNCOM – SALA C – 16/02/2023, elDial.com - AAD471 y TR LALEY AR/JUR/7167/2023; Juzg. Civ., Com., Minería y Sucesiones de Viedma (Río Negro), "G J S c/ Banco Patagonia S.A. s/ daños y perjuicios (sumarísimo)" – 24/11/2022 (sentencia definitiva), eldial AAD40E.

40. CNACom., Sala B, "Medina, Gonzalo R. O. c/ La Nueva Cooperativa de Seguros Limitada s/ordinario", fallo cit. En igual sentido, CNACom., Sala B, "Bazan, Bernarda

Aplicación del término previsto en la normativa especial

Para fundar esta tesitura, suele apelarse al argumento que asocia la prescripción a la seguridad jurídica y la firmeza de la vida económica.[41]

Se consideró (por ejemplo) que las Leyes Nº 17418 –de Seguros– y N° 24240 –de Defensa del Consumidor– tendrían idéntica jerarquía, siendo la primera ley especial, debiendo por ello prevalecer sobre otra norma de carácter general que se le contraponga. Ello fue así, para consagrar el término de la prescripción anual previsto en el artículo 58 de la LS, computado desde que la correspondiente acción devino exigible.[42]

La prescripción ante las sanciones impuestas al proveedor

Los casos donde se juzga la prescripción de acciones judiciales ligadas a *sanciones* impuestas a proveedores de productos o servicios, bien pueden plantear matices distintos a los propios de reclamos de cumplimiento o de daños y perjuicios iniciados por consumidores o usuarios.

Así por ejemplo, en un interesante proceso donde un usuario de telefonía accionó por el cambio de plan de comunicaciones móviles contratado, sin su consentimiento,[43] la justicia porteña discutió sobre la aplicabilidad de una prescripción que no fue planteada por la interesada, rechazándola por mayoría. Allí se sostuvo que los principios y garantías propios del procedimiento sancionatorio "deben ser matizados a partir de su vinculación con otros de similar naturaleza

c/ Nación Seguros S.A. s/ordinario", 17/02/2023 (referencia: elDial.com - AAD603). Asimismo, CAp., Civil. y Com. de la 4a Nominación de Córdoba, "Díaz, Paulo…", fallo cit.

41. CNACom., Sala A, "Tanferna, María de los Ángeles c/ ORBIS Compañía Argentina de Seguros SA s/Ordinario", 14/07/2023 (referencia: TR LALEY AR/JUR/92578/2023; elDial.com - AAD903); asimismo CNACom., Sala A, "Ruiz, Verónica R. y/o c/ Cia. de Seguros La Mercantil Andina SA. s/Ordinario", 28/10/2021 (referencia: TR LALEY AR/JUR/169668/2021), y CNACom., Sala A, "López, Omar Miguel c/ Nación Seguros S.A. s/ordinario", 04/04/2022 (referencia: TR LALEY AR/JUR/26409/2022).

42. CNACom., Sala A, "Tanferna…", fallo cit. Asimismo, CNACom., Sala A, "Insaurralde, Sergio Martín c/ Zurich Compañía de Seguros S.A. y otro s/ ordinario", 13/10/2022 (referencia: TR LALEY AR/JUR/144119/2022). Asimismo, CNACom., Sala A, "López, Omar…", fallo cit., donde se atribuyó idéntica jerarquía a la Ley N° 17418 y al Código Civil y Comercial de la Nación.

43. CCATyRC, Sala III, "Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Dirección General de Defensa y Protección al consumidor s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor", 29/05/2023, elDial.com - AAD898, TR LALEY AR/JUR/93452/2023.

provenientes del derecho de consumo y del derecho administrativo". Concretamente, hallándose en juego la aplicación de una multa, se juzgó que el caso se encontraba atravesado por normas y principios de distintas ramas jurídicas, que suponían la intersección entre el derecho de consumo, lo sancionatorio y lo administrativo, para concluir que no resultaba factible la declaración de la prescripción de oficio (art. 2552 CCyCN), al hallarse en juego el deber de protección de la parte débil de la relación consumeril.

En cambio, la minoría propuso revocar la sanción impuesta, al entender que aquella interpretación integrativa impediría la prescripción en todo proceso administrativo.[44] Argumentó además que, mientras la prescripción liberatoria del derecho civil sería un medio para liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo, dando seguridad y fijeza a los derechos, la prescripción de la multa administrativa haría a la garantía del particular frente a la administración en el procedimiento sancionador, debiendo integrarse su regulación con los principios y fundamentos que gobiernan el instituto en el derecho penal.

Circunstancias que alteran el curso de la prescripción: interrupción, suspensión (y dispensa de la prescripción)

El curso de la prescripción, entendido como el período de tiempo que va entre el inicio y el fin del término correspondiente, puede verse alterado por su interrupción y por su suspensión. La ley también se refiere a la dispensa, que más que una modificación de una prescripción en curso, en realidad supone un perdón de la prescripción ya cumplida, rehabilitando la facultad de accionar por parte del acreedor, en circunstancias muy puntuales (art. 2550).

Ahora bien, según expresáramos, el artículo 50 LDC modificado por la Ley Nº 26994 se limita a regular las acciones para hacer valer las *sanciones* dispuestas en función de la normativa de consumo. Según su texto, se interrumpe el curso de su prescripción por la comisión de

44. En el caso, la sanción impuesta por la DGDyPC a la empresa de telefonía celular había sido apelada más de tres años después de la denuncia de incumplimiento de un acuerdo conciliatorio.

nuevas infracciones o por el inicio de acciones administrativas. De este modo, en el ámbito específicamente consumeril, se asigna a tales reclamos administrativos un efecto del que carecen en la ley general de fondo,[45] aunque pueda discutirse si para fijar sus alcances debe apelarse a las reglas del derecho civil o penal.[46]

Nada dice aquella norma sobre las circunstancias que pueden alterar el curso de la prescripción de las acciones judiciales de consumo, a cuyo respecto, debe recurrirse –en esencia– a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación.

En particular, la interrupción de la prescripción se funda en la actividad desplegada por el acreedor, demostrativa del interés de mantener vivo su derecho. Es así que la petición judicial vinculada a un incumplimiento del proveedor o bien a los daños y perjuicios asociados a tal incumplimiento, que incluye la interposición de una demanda, de medidas anticipadas, cautelares y preparatorias de la vía ejecutiva –entre otras–, aun cuando fueren defectuosas, realizadas por persona incapaz, ante tribunal incompetente o durante el plazo de gracia (art. 2546 CCyCN), podrían considerarse interruptivas de la prescripción. A tal fin, no se requiere de notificación al interesado, o la identificación de su calidad –valiendo incluso la demanda contra "quien resulte dueño o guardián"–.[47]

En la normativa vigente, el efecto interruptivo también puede ser alcanzado por el reconocimiento de deuda (arts. 2545 y 733 CCyCN), por el ejercicio del derecho de retención (arts. 2587 y 2592 CCyCN)[48] y por la solicitud de arbitraje (art. 2548 CCyCN).

En cuanto a sus efectos, cuando opera la interrupción, se tiene por no acontecido el lapso que la precede y comienza el cómputo de un nuevo plazo (art. 2544 CCyCN). Consecuentemente, ocurrida la interrupción

45. El Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación preveía la interrupción de la prescripción en el supuesto de reclamos administrativos (conf. art. 2548). Sin embargo, se suprimió tal causal del texto sancionado, a pesar del criterio de un relevante sector de la doctrina.

46. CCATyRC, Sala III, "Telefónica Móviles Argentina S.A c/ DGDyPC…", fallo cit.

47. Boragina, Juan Carlos, "Prescripción liberatoria", en *Jurisprudencia Argentina* 2001-II-1152.

48. Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación, la retención tolerada por el deudor implica un reconocimiento de la deuda (conf. Título III, Derecho de Retención).

se aniquila el tiempo corrido con anterioridad, debiendo transcurrir un nuevo plazo para que opere la extinción de la obligación.

En cuanto a la suspensión de la prescripción, en la actualidad, aquello que resulta común a las distintas causales que la activan, es su efecto: se detiene el cómputo del tiempo por el lapso que dura, pero aprovecha el período transcurrido hasta que ella comenzó (art. 2539 CCyCN). Así, la prescripción de una acción nacida de una relación de consumo se suspenderá por una sola vez y por el término de seis meses (o el plazo menor de prescripción de la acción) por la interpelación fehaciente, hecha por el titular del derecho contra el deudor o poseedor (art. 2541 CCyCN) y por mediación (en los términos del art. 2542 CCyCN).

Por último, la prescripción puede dispensarse por un juez, una vez operada la prescripción de la acción de consumo, si por dificultades de hecho o maniobras dolosas se obstaculizó temporalmente su ejercicio por el titular, siempre y cuando se haga valer el derecho respectivo dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos. En el caso en el cual la persona afectada fuere incapaz y no tuviera representante, el plazo de seis meses se computa desde la cesación de la incapacidad o aceptación del cargo por el representante (art. 2550 CCyCN).

Artículo 51. Comisión de un delito*

Si del sumario surgiese la eventual comisión de un delito, se remitirán las actuaciones al juez competente.

Este artículo no debe confundirse, en una lectura apresurada, con la habitual disposición que puede hallarse en diferentes códigos procesales relativa a la obligación de los funcionarios públicos de denunciar la posible comisión de delitos de acción pública que fueren advertidos con motivo del ejercicio de su función. En rigor de verdad, el artículo 51 lo que propone es un cambio sustancial en la suerte que habrá de seguir el sumario si se constatase la eventual comisión de un delito; véase en tal sentido qué dispone la remisión de las actuaciones al juez competente y no una simple comunicación.

* Comentario sobre el artículo 51 por Sebastián H. Carreira Ochoa.

Leída de ese modo, la previsión denota en principio la imposibilidad de coexistencia de ambas actuaciones, es decir, del sumario administrativo por un reclamo enmarcado en una relación de consumo y de la causa penal. Esto es lógico puesto que, si se constatase una conducta susceptible de ser encuadrada en una figura penal por parte del presunto proveedor, jamás habría una relación de consumo; o también, por qué no, del consumidor que podría estar valiéndose de documentación falsa en busca de algún tipo de beneficio económico en el proceso administrativo. Pero también es prudente decir en principio, puesto que el avance de las tecnologías trajo a escena supuestos donde podrían presentarse ambos casos, una responsabilidad de contenido patrimonial emergente de un incumplimiento enmarcado en una relación de consumo y un reproche de naturaleza penal. Sin ánimo de adelantarnos hacia el desarrollo de los apartados siguientes, debemos entender que ya no podremos hablar única y exclusivamente de estafas enmascaradas por una relación contractual, o contratos devenidos en la figura de desbaratamiento de derechos acordados; actualmente, los entornos digitales facilitaron la irrupción de terceros hacia una relación de consumo que genera perjuicios y, a la vez, responsabilidades penales de esos terceros.

Antes de mencionar, brevemente, algunos delitos que el órgano de aplicación podría advertir con motivo del desarrollo del sumario, es pertinente explicar cuáles son los tipos penales que podrían ameritar la remisión contenida en el artículo 51. La distinción entre unos y otros responde básicamente a la naturaleza de la acción que nazca de ellos. El Código Penal establece como regla general el inicio de oficio de las acciones penales de los delitos con excepción de aquellos que dependieran de instancia privada o de los cuales emerja una acción privada y no pública.[49]

En efecto, la remisión estipulada en el artículo 51 de la Ley N° 24240 se encuentra dirigida a aquellos delitos de acción pública perseguibles de oficio sin dependencia de una instancia privada que ponga en marcha el aparato estatal.[50]

49. El artículo 72 del Código Penal enumera taxativamente los delitos de acción pública e instancia privada, mientras que el 73 hace lo propio respecto de aquellas figuras legales de las cuales nace una acción privada y no pública.

50. Ello es así desde que, naturalmente, los miembros del órgano de aplicación en ejercicio de su función pública no se encontrarían inmersos en ese grupo reducido de

Por último y, en lo que respecta a esta primera parte del comentario, resta señalar que el empleo del vocablo "eventual" (con el que la norma caracteriza a la comisión del delito) da cuenta que el envío de las actuaciones al juez o jueza competente lo es con total prescindencia de la conclusión a la que estos últimos arriben dentro de sus funciones jurisdiccionales. Decimos esto para aclarar que no es necesario que la autoridad de aplicación efectúe un juicio sobre la probabilidad probatoria de acreditar el hecho comunicado y presuntamente subsumible en una figura penal, mucho menos arribar a un grado de certeza determinado, en cuyo caso se podrían superponer competencias naturalmente diferentes. Bastará con la mera sospecha para motivar la remisión; y será la justicia penal quien se abocará a la investigación pertinente para determinar la suerte de la imputación. De hecho, nada impediría que, descartada la existencia del delito, las actuaciones reanuden su trámite administrativo con arreglo al procedimiento estipulado en los artículos 45 y ss. de la Ley N° 24240.

Estafas y defraudaciones

El título escogido para este apartado no abarca la totalidad de los delitos que pudiesen advertirse durante el trámite del sumario administrativo; de hecho, nada obstaría a que un particular intentase iniciar un reclamo de índole patrimonial a partir de la utilización de documentos falsos, en cuyo caso sería reprochable penalmente.

Sin embargo, es inevitable pensar en la relación existente entre contratos y figuras penales tendientes a tutelar el patrimonio tales como las estafas y defraudaciones. Esa dualidad entre el delito estipulado en el artículo 172 del Código Penal y el incumplimiento contractual no es una cuestión novedosa, tampoco pacífica. Muchas veces se ha discutido cuál es esa delgada línea que separa el uno del otro, y la

personas que debe instar la acción formalmente (agraviado, tutor, guardador o representante legal de aquel). De todos modos, es necesario aclarar que, en la medida en que concurran las excepciones estipuladas en los incisos a), b) y c) del artículo 72 del Código Penal; un delito de acción pública e instancia privada podría ser abordado oficiosamente. Pero como lo indica la propia norma, se trata de una situación excepcional y que, por la naturaleza propia de los delitos que podrían advertirse en el marco de la instrucción sumarial, raramente se advertiría en lo que interesa a este comentario.

respuesta que brindó desde un inicio tanto la doctrina como la jurisprudencia giró en torno a cuestiones probatorias tendientes a echar luz sobre la subjetividad del contratante que incumple. Si de antemano tiene conocimiento que no podrá cumplir, se trataría de un delito; de lo contrario, se trataría de un incumplimiento contractual cuya solución escapará al Derecho Penal.

La metodología aludida para diferenciar la comisión o no de una estafa no es eficaz por sí sola y debe de buscarse el dolo de incumplir no solo en la conducta del sujeto activo, sino también en el empleo de maniobras engañosas demostrativas de la ilicitud en cuyo marco se gestó la relación entre las partes.[51]

Ahora bien, no podemos pasar por alto cómo se han complejizado con el devenir de los años las relaciones contractuales y los delitos producidos en tales contextos; una muestra de ello fue la sanción de la ley cuyo comentario nos encontramos abordando y, desde el Derecho Penal, la incorporación de nuevas modalidades de defraudaciones en entornos bancarios y digitales.

En el año 2001 se celebró el Convenio sobre la Ciberdelincuencia en la ciudad de Budapest, el cual fue aprobado por nuestro país recién en 2017, aunque con algunas reservas de su texto original.[52] Afortunadamente, no hubo que esperar hasta esa aprobación para comenzar a visualizar reformas en el Código Penal que den respuesta a esta nueva generación de delitos, aunque la evolución es lo suficientemente rápida como para poder afrontar legislativamente una persecución satisfactoria de la nueva cibercriminalidad.

A través de la Ley N° 25930[53] se incorporó al artículo 173 del Código Penal el inciso 15, cuya letra reprime al que

> … defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, o cuando la misma hubiera sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática.

51. Aboso, Gustavo E., *Código Penal de la República Argentina*, Buenos Aires, B de F, 6a ed. act., 2021, p. 1086. Véase también CFCrim.Correc., Sala IV, "M., H. J. R. s/ sobreseimiento", ca. 80/12, 13 de marzo de 2012.

52. Ley N°27411, BO del 15/12/17.

53. BO del 21/9/04.

Es curioso que haya sido recién 2004 el momento en el que se incluyó finalmente esta figura pese a que el uso de tarjetas y cajeros automáticos había proliferado desde hacía mucho tiempo atrás; de hecho, como vimos, en el año 2001 ya se había celebrado el convenio de Budapest, también se había adoptado al respecto la decisión marco del Consejo de la Unión Europea sobre a lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

La, por aquel entonces novedosa figura penal, persigue la defraudación a través de diferentes medios vinculados con las tarjetas de compra, débito o crédito. En la primera de las hipótesis se prevé el uso de una tarjeta falsificada o clonada bajo la modalidad de *skimming* en la que se replican tanto los números de la tarjeta en sí como también la información contenida en la banda magnética.[54] Por otro lado, cuando la previsión legal se refiere a la adulteración de la tarjeta lo hace en alusión a la modificación de alguno de los componentes de un plástico original. En tercer lugar, podemos advertir el empleo de una tarjeta sustraída, y no importa a los fines de la configuración de la defraudación cómo ha sido sustraída, ya que tal circunstancia incidirá en la significación jurídica que deba atribuírsele al apoderamiento (hurto, robo).

Por último, el inciso 15 se refiere al uso no autorizado de datos de las tarjetas allí mencionadas. En este último supuesto podríamos encuadrar el popularizado *phishing*, al que nos dedicaremos un poco más detenidamente en el apartado siguiente. No obstante, es necesario aclarar que coexisten autores que limitan la letra de la norma al uso de datos de las tarjetas y, otros que lo hacen extensivos a sistemas de procesamiento de datos, con lo cual podrían abarcarse las aplicaciones y plataformas de *homebanking*. Entre estos últimos es posible mencionar al ya citado Gustavo Aboso, quien explica que "Nuestra figura típica de uso fraudulento de datos abarca de manera amplia tanto su empleo para acceder a un sistema de procesamiento automatizado de datos [...] como su aplicación en una tarjeta duplicada con esos datos verdaderos".[55]

54. La reiteración de clonaciones mediante sistemas instalados en diferentes terminales de pago conllevó la implementación de otros mecanismos de uso de las tarjetas, tales como la inclusión del chip o la forma de pago *touchless*.

55. Aboso, Gustavo E., *Derecho Penal Cibernético*, Buenos Aires, B de F, 2023, p. 307.

Lo cierto es que el inciso pone el foco de la defraudación en las tarjetas, con lo cual sería lógico pensar que cuando se habla de datos cuyo uso no autorizado se reprime, nos estaríamos refiriendo a datos del elemento en sí y no de la persona, tales como nombres de usuario y contraseñas en los referidos sistemas virtuales de gestión bancaria. Pero también es verdad que, si optásemos por una lectura restringida del artículo y, echásemos mano a la figura básica de la estafa del artículo 172 del Código Penal para perseguir a quienes se hacen de información sensible, encontraríamos algunas dificultades para tener por configurado el delito ya que elementos tan característicos como el ardid o el engaño, y el consecuente error en el sujeto pasivo, no serían fáciles de hallar como disparadores de la disposición patrimonial. Esto último ocurre en razón de la particularidad de las ciberestafas: el perjuicio ocasionado por la disposición patrimonial se ocasiona a raíz de un proceso automatizado. El engaño podría hallarse, de algún modo, en esa primera etapa en la que se captan datos personales de su titular, pero tal conducta no está prevista como delito; solo hablaremos de una conducta de relevancia jurídico penal cuando, mediante el empleo de esa información, el sujeto activo ingrese a un sistema y realice una modificación que impacte en el patrimonio de la víctima.

Esa nota característica de la que hablamos en el párrafo anterior se ve con mayor claridad en el inciso 16 del artículo 173, el cual fue incorporado por Ley N° 26388.[56] Allí se prevé la defraudación "mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos", con total prescindencia de ese ardid o engaño que exige el delito básico de estafa. En este caso, el error humano que determina la disposición patrimonial es reemplazado por completo por la manipulación informática generadora de un funcionamiento anormal de un sistema y, con ello, de un perjuicio económico. Sin ánimo de resultar reiterativos con un tema que se abordará más adelante, algunos autores también intentan encuadrar el *phishing* en este inciso; pero lo cierto es que la obtención de datos personales mediante engaños para su posterior empleo en plataformas bancarias no ocasiona el funcionamiento anormal del sistema, todo lo contrario, la aplicación funciona de manera correc-

56. BO del 25/6/08.

ta, solo que en algunos casos carece de medios suficientes para verificar por sí la identidad de quién la está operando. De todos modos, cuando hablamos de *phishing* lo hacemos de manera genérica, puesto que la captación de información sensible puede estar materializada a través de diferentes formas no siempre sencillas como llamados telefónicos; también puede advertirse la suplantación de dominios y duplicación de sitios *web* que la jurisprudencia ha considerado manipulación a los fines de tener por configurado el tipo penal del inciso 16.[57]

Este delito, comúnmente denominado fraude informático, pone de resalto ciertos denominadores comunes entre las figuras penales que forman parte de este nuevo fenómeno de ciberdelincuencia. Entre ellos podemos mencionar como distintivos la impersonalidad de los damnificados, la inexistencia de una relación inmediata entre sujeto activo y pasivo, la trascendencia de fronteras políticas y geográficas, entre otros tantos. Lógicamente, esas particularidades son también las que dejan entrever las dificultades que acarrea la investigación, no solo por la suficiencia de los recursos destinados a tales fines, sino también por cuestiones de índole probatoria e incluso relativas a la competencia para su instrucción.

El *phishing*

Al momento de buscar una definición de este método podemos decir que se trata del "uso de técnicas de ingeniería social, donde se engaña y manipula psicológicamente a la víctima para que revele datos que no brindaría en circunstancias normales".[58] Al circunscribir el término a una serie de técnicas, fácil resulta advertir que el *phishing* no constituye por sí un delito con arreglo a los tipos penales mencionados en el apartado anterior; sino al medio para la obtención de información sensible que permita al sujeto activo la suplantación de la identidad digital de otra persona. La relevancia jurídico penal, insistimos, nacerá recién cuando

57. CNA Crim. y Correc, Sala IV, "Martinelli Stickar, M. A. s/ Falta de Mérito", P.-CCC 41.736/2020/CA2, 16/03/2021.

58. Borghello, Cristian; Temperini, Marcelo G.I., *La captación ilegítima de datos confidenciales como delito informático en Argentina*. Disponible en: http://www.elderechoinformatico.com/publicaciones/mtemperini/JAIIO_DI_Phishing_Camera_Ready.pdf [fecha de consulta 12/12/2023].

los datos obtenidos sean aplicados para generar un perjuicio patrimonial en la víctima, y ello es así por cuanto no se ha reprimido esa obtención de manera autónoma en nuestra legislación penal vigente.

El proyecto de reforma integral del Código Penal que ingresó a tratamiento en el año 2019 no solo prevé el reproche de la conducta de la que venimos hablando, sino también un capítulo entero dedicado a los delitos informáticos.[59] El artículo 491 de ese proyecto reprime "al que ilegítimamente con ánimo de lucro o la finalidad de cometer un delito, y valiéndose de alguna manipulación informática, ardid o engaño, obtuviere claves o datos personales, financieros o confidenciales de un tercero, siempre que el hecho no constituya un delito más severamente penado"; como así también "a quien compilare, vendiere, intercambiare u ofreciere, de cualquier manera, claves o datos de los mencionados en el primer párrafo", agravándose la sanción "cuando se tratare de un organismo público estatal".[60]

Al momento de efectuar una breve reseña de las formas que puede adquirir el *phishing* por sus diferentes vectores, es sumamente ilustrativa la guía realizada en octubre de 2021 por la Dirección Nacional de Ciberseguridad. La modalidad más difundida es la que se presenta través de correos electrónicos en las que, bajo un formato institucional de una entidad bancaria, el destinatario recibe una advertencia sobre el posible bloqueo de sus cuentas, anuncios de sorteos o premios junto a un enlace que dirige a sitios *webs* maliciosos o archivos adjuntos que incluyen un programa o código malicioso a través de los cuales se captarán los datos.

También puede emplearse un sitio web que simule ser el original, con lo cual la persona introducirá su nombre de usuario y contraseña; información que luego podrá ser utilizada por otra persona para ingresar a la cuenta de la que se trate.

Repárese que los casos antes mencionados entrañan cierta manipulación informática, sea a través de la introducción de *malwares* a las computadoras de los usuarios, o bien mediante la creación de páginas

59. Proyecto presentado por la Comisión para la Reforma del Código Penal de La Nación creada por Decreto N° 103/2017.

60. Es necesario aclarar que la transcripción del artículo fue parcial y no se consignaron las penas estipuladas porque entre ellas se alude a una modalidad (días-multa) que no se encuentra vigente en nuestro actual Código Penal y cuya explicación excede holgadamente el comentario del artículo.

espejo (así se denomina a las que simulan ser oficiales, pero no lo son). Es por ese motivo que, cuando la información obtenida a través de tales medios fue empleada para la generación de perjuicios patrimoniales, la jurisprudencia ha sabido encuadrar la conducta desplegada en la figura prevista en el artículo 173 inciso 16. Lo mismo ocurre con el *addline phishing*, en la cual el sujeto activo logra acceder al dispositivo del damnificado a raíz de una conexión a una red *WIFI* gratuita que, en rigor de verdad, es un anzuelo, un canal de comunicación e ingreso para la obtención de datos sensibles.

Pero también debemos visualizar otras modalidades que no requieren esa manipulación que vimos en el párrafo anterior Nos referimos concretamente al *vishing* o al *smishing* en la cual el sujeto, sea por un llamado telefónico o por mensajería de texto, intenta convencer a la potencial víctima para que revele sus datos personales; supuestos al que debe sumársele también el contacto a través de redes sociales por parte de personas que simulan ser parte de entidades financieras. A diferencia de los casos aludidos más arriba, existe un engaño que induce al error a la víctima para que brinde la información pertinente para luego, una vez obtenida, lograr la disposición patrimonial que la ley penal reprime mediante operaciones automatizadas cuya efectivización requiere de esos datos recabados.

Este tipo de fenómenos en lo que respecta al fraude informático, en sentido amplio de la expresión, no debe ser entendido de manera aislada. Si bien el avance de tecnologías en instituciones bancarias y el uso de aplicaciones de gestión comercial proliferó en los últimos años, no puede obviarse el impacto que generaron las medidas de aislamiento social adoptadas como respuesta a la pandemia que constituyó la propagación de COVID-19. La presencialidad en operaciones bancarias y comerciales dejó de ser la regla, para convertirse en la excepción; de allí que se creó de manera precipitada y apresurada un escenario digital en el cual se gestaron los más diversos ciberataques.

Frente a ese panorama, deviene imperioso que la legislación penal y procesal se adecúe con velocidad a los cambios que ocurren en la realidad cotidiana de los usuarios. Hemos visto brevemente las dificultades que se nos presentan al momento de encuadrar determinadas conductas en los tipos penales vigentes, lo cual no es más que una consecuencia de previsiones legales que, más allá de la correcta o incorrecta técnica

legislativa empleada, pierden alcance frente a la magnitud que adquiere constantemente la temática de la ciberdelincuencia.

Los entornos digitales constituyen valiosas herramientas para agilizar recursos, tiempos y gestiones bancarias y económicas; pero también demandan una importante y eficaz instrucción sobre cómo utilizarlas y las precauciones que deben de adoptarse para evitar cualquier tipo de manipulación.

El delito y la relación de consumo

Al iniciar este comentario explicamos que el artículo 51, al prever la remisión de las actuaciones hacia el juez competente en caso de verificarse la presunta comisión de un delito y no una comunicación de tal circunstancia; denotaría en principio que no podrían coexistir ambos objetos del sumario (un delito y un reclamo patrimonial enmarcado en una relación de consumo). Pero desde un comienzo advertimos que resultaba sensato usar la expresión "en principio" puesto que esa relación excluyente entre delito e incumplimiento contractual se complejizó no solo por la naturaleza que hoy revisten las relaciones entre usuarios y proveedores, sino también por las particularidades que revisten los entornos digitales como escenario de operaciones comerciales.

Los ejemplos son sumamente claros cuando hablamos de instituciones bancarias, las cuales disponen de bancas electrónicas que suplantaron progresivamente las gestiones presenciales por procesos remotos, más aún durante las medidas de aislamiento social. Esas plataformas digitales fueron entendidas como una cosa riesgosa por la doctrina y los riegos inherentes a ella "son impuestos de manera unilateral al consumir, quien no tiene otra opción que aceptarlo para operar con su cuenta, más allá de la comodidad y beneficios que posteriormente le pudiera haber representado los canales electrónicos"; por ello es que

> Cuando un delincuente informático, a través de engaño y manipulación psicológica, logra captar datos confidenciales del consumidor, presentándose como representante del banco ante una red social falsa, y logra

> acceder a la plataforma del banco y realizar operaciones de dinero [...] existe responsabilidad del banco ante el cliente.[61]

La responsabilidad de los bancos no se restringe a la seguridad y en la instrumentación de mecanismos que permitan alertar, aun en sistemas automatizados, la posible existencia de movimientos sospechosos. También se encuentran afectados otros derechos de las víctimas de este tipo de defraudaciones, tales como la protección de los intereses económicos, el acceso a la debida información el trato digno; todas ellas obligaciones propias de las instituciones bancarias.

La jurisprudencia comenzó a recoger el entendimiento del que venimos hablando a lo largo y a lo ancho de nuestro país. En el ámbito nacional se sostuvo la responsabilidad de la entidad bancaria tras indicar que

> Las entidades deben disponer de mecanismos de monitoreo transaccional en sus CE (Canales Electrónicos), que operen basados en características del perfil y patrón transaccional del cliente bancario, de forma que advierta y actúe oportunamente ante situaciones sospechosas en al menos uno de los siguientes modelos de acción:
>
> a. Preventivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente por otras vías antes de confirmar operaciones.
> b. Reactivo. Detectando y disparando acciones de comunicación con el cliente en forma posterior a la confirmación de operaciones sospechosas.
> c. Asumido. Detectando y asumiendo la devolución de las sumas involucradas ante los reclamos del cliente por desconocimiento de transacciones efectuadas".[62]

Al respecto, se ha sostenido:

> En lugar de la implementación y aplicación de estas medidas, lo que se probó en autos fue un obrar desaprensivo por parte de la entidad bancaria que no atendió el reclamo; sino que incluso continuó imponiendo una oferta no consentida de préstamo "preaprobado" en el entorno digital, aun cuando la consumidora expresamente solicitó no asumir ese riesgo; pese a que el Banco conocía el incremento de estafas como

61. Abad, Gabriela A., "PHISHING: su impacto en el derecho del consumidor y responsabilidad bancaria", en *elDial.com*, 18/03/22 (referencia: DC2F81).

62. Ver la Comunicación "A" 6017 del BCRA del 2016, RMC004.

> consecuencia de la utilización de estos canales electrónicos por parte de clientes que no se hallaban habituados a realizar consultas por esta vía.[63]

La justicia bonaerense también cuenta con precedentes en la misma inteligencia. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del departamento judicial La Plata tuvo la oportunidad de analizar, ante el fenómeno que constituye el *phishing* como medio para lograr estafas bancarias, si era adecuado endilgar la totalidad de la responsabilidad y culpa al usuario o si la entidad bancaria cuenta con un grado de responsabilidad. La alzada optó fundadamente por la segunda posibilidad puesto que

> … las normas específicas y el plexo consumeril que los bancos cargan con el indelegable deber de seguridad a los fines de evitar este tipo de delitos. No basta con ampararse en el cumplimiento de las normas bancarias predispuestas para librarse de su responsabilidad, sino que por el contrario, deben ultimar los recursos y técnicas suficientes para mantener al cliente a salvo de las maniobras ciberdelictuales pergeñadas por terceros.[64]

Sin ánimo de extendernos innecesariamente en este apartado, no debemos dejar de señalar que la Secretaría de Comercio, a través de la Dirección Nacional de Defensa de Consumidor y Arbitraje de Consumo también aplicó fuertes sanciones a los bancos en proceso a partir de consideraciones similares a las que venimos citando. El fundamento de tales decisiones giró en torno a los incumplimientos de las entidades por no brindar información cierta, clara y detallada sobre los riesgos que conlleva la operatoria comercial a través de las plataformas ofrecidas; también por no ofrecer una atención que materialice la obligación de seguridad que les compete ni el trato digno y equitativo que merecen los consumidores.[65]

63. Juz. Nac. Prim. Inst. Com. 10, Sec. 19, "Gabrielich Silvia Eliana c/ Banco Santander Río S.A. s/ ordinario",07/07/2022.

64. "Suárez, Daniel Ricardo c/ Banco de la provincia de Buenos Aires s/ nulidad de contrato (digital)", ca. 128864, 05/05/2022.

65. EX2021-03320336- - APN-DGD#MDP.

CAPÍTULO XIII
De las acciones

Artículo 52. Acciones judiciales*

Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de estas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.

(Artículo sustituido por art. 24 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Reglamentado por el Decreto N° 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 14, 313 a 319 del CCCN.*

En el texto original de 1993 del estatuto especial de consumo, Ley Nº 24240, ya vislumbramos dos grandes elementos: la acción preventiva (más de veinte años antes que su consagración en el art. 1710 y siguientes del CCyCN) y la legitimación amplia que al año siguiente se plasmaría constitucionalmente.

---

* Comentario sobre el artículo 52 por Carlos E. Tambussi.

Amenaza a derechos. La finalidad preventiva

La posibilidad de instar la intervención de la justicia frente a posibles lesiones a derechos, prevista en el primer párrafo del artículo en comentario, importa la posibilidad de existencia de acciones preventivas que no necesitan que el daño se haya consumado, resultando suficiente una amenaza de perjuicios, en aplicación del principio preventivo en materia de derecho de daños. Y, a la vez, implica incorporar al derecho del consumidor la denominada tutela sustancial inhibitoria, en línea con la tendencia actual a la valorización del deber genérico de no dañar y de evitar el daño (principio preventor), en una nueva dimensión del *neminem non laedere*, con eje al dañado (víctima) y no en la producción del daño esperando que se produzca, sin desmedro de la función reparatoria.

Se trata entonces, de una acción autónoma a fin de evitar que un daño se produzca, o si ya existe se haga más grave o continúe produciéndose.

Estas figuras preventivas exceden el acotado margen de las medidas cautelares, y se vinculan con otras herramientas autónomas, como el amparo y las medidas autosatisfactivas. Naturalmente que será requisito de procedencia de una acción preventiva la acreditación de la amenaza de daño, "que deberá estimarse conforme criterios de razonabilidad, pudiendo tomarse referencialmente el principio del curso natural y ordinario de las cosas".[1]

Aun desde el análisis económico del derecho, la prevención es más barata que la reparación, que además en algunos casos se aplica sobre daños que son irreversibles y de consecuencias irreparables. Con todo, la prevención beneficia a la sociedad, y de alguna manera cuida también al dañador, al ahorrarle consecuencias permitiendo evitar o minimizar daños, imponiendo temperamentos precavidos, actuaciones preventoras, y alejarse así de mantener un "derecho a perjudicar", que se encargue solo de actuar ante las consecuencias.

Sin embargo, cuando los costos de la prevención son grandes, muchas veces se prefiere correr el riesgo. Por eso hay prevenciones que vienen por imposición legal y regulan esa libertad de decidir (con-

1. Calderón, Maximiliano R.; Cornet, Manuel; Tinti, Guillermo y Márquez, José F., "Proceso judicial del Consumo. Análisis de los arts. 52 y 53 de La Ley 24.240", en *LLC*, junio de 2009, p. 459.

trol técnico de vehículos, por ejemplo), imponiéndose por encima de los criterios de mercado.

Por imperio del artículo 1710 del CCyCN, toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa (se encuentre en su esfera de control) de evitar causar un daño injustificado y adoptar de buena fe y según las circunstancias del caso medidas para que no se produzca el mismo, o cese si ya se ha producido o en su caso evitar su agravamiento.

Se trata de una acción preventiva, en términos del artículo 1711, que tiene exclusivamente ese objeto, sin perjuicio de que puede articularse con una pretensión reparatoria si el daño se ha consumado.[2]

Son sus requisitos de procedencia, que se trate de una acción u omisión:

- De quien tiene un deber de prevención.
- Con aptitud causal para dañar, mantener situación dañosa o agravar la producida.
- Tiene que ser voluntaria y antijurídica (en sentido de contraria al ordenamiento general).
- Sin necesidad de acreditar factor de atribución (excepto en términos reparatorios).
- Que haga previsible alguna de las aptitudes conforme las reglas de la causalidad adecuada.

La apreciación sobre estos presupuestos es más flexible si afecta a vulnerables o importa peligro a la vida, integridad psicofísica o espiritual, o si están involucrados bienes ambientales, y menos flexible si se trata de otros derechos (por ejemplo, la reputación de las personas).

En suma, requiere acreditar una vinculación razonable entre la actividad o inactividad ilegítima del dañador y el daño que conforme a la causalidad adecuada pueda producirse, sin precisar o asegurar la certeza de que se produzca, debiendo convencer en el caso concreto que corresponde actuar, dentro de perspectivas razonables y equilibrando intereses.

La legitimación activa es amplia y recae sobre todo en aquel que acredite interés razonable en la prevención del daño sobre derechos individuales patrimoniales o extrapatrimoniales,[3] o de incidencia

2. Castagno, Silvana A., "Tutela inhibitoria o mandato preventivo. Recepción de la función preventiva en el Código Civil y Comercial", en *LLC*, septiembre de 2017, p. 4 (referencia: AR/DOC/1891/2017).

3. Mpolás Andreadis, Alejandra, "Deber de prevención del daño y acción preventiva", *DJ*, Thomson Reuters, 30/12/2015, p. 1 (referencia: AR/DOC/3251/2015).

colectiva (individuales homogéneos) y, en los casos de acciones colectivas, rige el artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional. Se ejerce contra todo aquel que tenga deber de prevención por realizar actividades riesgosas.

La sentencia, en términos del CCyCN artículo 1713, puede disponer de oficio o a pedido de parte las medidas que estime corresponder, aun excediendo lo solicitado,[4] en una verdadera vigencia del principio de prudencia incluso sobre la congruencia con lo pedido. Las medidas que se ordenen pueden disponer medidas definitivas o provisorias, que consistan en dar, hacer o no hacer, sobre la base del principio de menor restricción posible y fundamentalmente el de eficacia en la finalidad.[5]

El Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA, en su artículo 254, determina en coincidencia que

> … quien tema que una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento puede solicitar al juez las medidas de seguridad adecuadas en los términos de los arts. 1710 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Como primera diligencia, recibida la demanda el juez llamará a audiencia a los interesados y podrá disponer las medidas encaminadas a hacer cesar el peligro, en términos de lo previsto en la norma de fondo que analizamos.

Afectación de derechos

Son múltiples las acciones que pueden surgir de la Ley Nº 24240. Al ser el eje de la norma el establecimiento de un conglomerado de deberes en cabeza del proveedor, de su incumplimiento o defecto puede surgir una acción para el consumidor.

Para describir cuál puede ser el objeto de las acciones individuales de consumidores y usuarios, dispersas dentro de todo el marco protectorio de la ley, tomaremos como base la enumeración de la obra de

4. Pahor, Daniela y Leguiza Casqueiro, Guillermo, "Alcances de la acción preventiva de daños", en *LLBA*, agosto de 2017, p. 3 (referencia: AR/DOC/2110/2017).

5. Gómez, Claudio D., "Acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial: aspectos sustanciales y procesales", en SJA, 29/03/2017, p.1 (referencia: AP/DOC/1122/2016).

Horacio Bersten,[6] agregando a la misma las novedades significativas de la Ley Nº 26361 y el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación:

- I.a. Deber de información
- I.a.1 Resarcimientos por violación al deber de información
- I.a.2 Información incompleta
- I.a.3 Gratuidad de la información
- I.a.4 Características de la información
- I.a.5 La información como deber
- I.b. DEBER DE SEGURIDAD
- I.c. DERECHO A LA SALUD
- I.d. TRATO DIGNO – PRÁCTICAS ABUSIVAS
- I.e. INCUMPLIMIENTO DE OFERTA
- I.f. ARTÍCULO 10 BIS LEY 24240
- I.g REPARACIÓN INSATISFACTORIA
- I.h. OBLIGACIÓN DE GARANTÍA DE SERVICIO TÉCNICO Y REPUESTOS
- I.i SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (sobrefacturación)
- I.j NULIDAD DE CLÁUSULAS ABUSIVAS
- I.k ACCIONES JUDICIALES RELACIONADAS CON LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS
- I.l. ACCIONES JUDICIALES RELACIONADAS CON EL ARBITRAJE

I. Aclaratoria y cuestionamiento judicial de Laudos Arbitrales mediante recurso de nulidad.

II. Acciones posibles que emergen del Código Civil y Comercial y de la Constitución Nacional

II.a ACCIÓN PREVENTIVA DE DAÑOS (Arts. 1710 y sgtes. CCyC)

IIb. ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS (Art. 40 ley 24240)

IIc. CUESTIONES DE CONEXIDAD CONTRACTUAL (arts. 1073 a 1075 CCyC)

IId. RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL arts. 8º, 10, 12, 955, 956, 961, 963, 964, 14, 249, 729, 960, 961, 964, 1082, 1710 a 1713 y 1032, 1730, 1732, 1733 y ccds.,

IIe. ACCIÓN DE CESACIÓN PUBLICITARIA (art. 1110 CCyC).

IIf. ACCIÓN DE AMPARO INDIVIDUAL Y COLECTIVO (ley 16986 y art. 43 CN)

IIg. ACCIONES COLECTIVAS

6. Bersten, Horacio L., *Derecho Procesal del Consumidor,* Buenos Aires, La Ley, 2003.

El proceso de consumo[7]

Ha sido definido como:

> … el proceso destinado a regular exclusivamente conflictos de consumo, que contiene una serie de elementos novedosos que aúnan soluciones procesales con previsiones de fondo, y cuyo conocimiento es de utilidad para el tratamiento de los derechos garantizados por la Constitución Nacional, la Ley de Defensa del Consumidor y las normas que regulan la prestación de servicios públicos.[8]

O también como:

> … la acción específica a través de la cual se permite el acceso a la justicia al consumidor afectado por el proveedor, de un modo expedito y sin que existan tantas rigurosidades como en el caso de las acciones ordinarias […] Un proceso judicial a través del cual se tramita el reclamo que inicia el consumidor por sí o por una asociación de consumidores a nivel colectivo, ello, a los fines de proteger los derechos constitucionales de los usuarios.[9]

En el marco de un procedimiento propio o específico, a las acciones judiciales en materia de consumo se le aplicará un "mix" entre las normas aplicables para las acciones comunes, conjuntamente con aspectos procesales y de fondo que surgen de la Ley Nº 24240, que son propios de la disciplina, y que tienden a facilitar el acceso a la justicia a consumidores, hacer posible el ejercicio de sus derechos, y que son también resultantes de la aplicación de los principios protectorios, a los fines de disminuir "el alea natural de debilidad en que se encuentra el usuario frente al proveedor".[10]

Todo ello en el marco de la consideración de un régimen jurídico que tiene directa raigambre constitucional conforme el artículo 42 de la Carta Magna. Al ser la Ley N° 24240 una norma que reglamenta un derecho constitucional es posible que por sus disposiciones se

7. Ver nuestra opinión en: Tambussi, Carlos E., *Juicios y procesos de consumidores y usuarios*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2014, vol. 7.

8. Bersten, Horacio L., *Derecho Procesal del Consumidor, op. cit.*, p. 424.

9. Lowenrosen, Flavio I., "Análisis sobre la denominada 'Acción del Consumidor'", en *El Dial.com* (referencia: DC146A).

10. Ídem.

establezcan los aspectos sustanciales de la protección judicial,[11] sobre la cual los ordenamientos adjetivos locales pueden innovar en términos más beneficiosos, en la idea que una protección común, mediante estándares básicos y suficientes, sea uniforme en todas las jurisdicciones.

Litigar dentro del derecho del consumidor. Significado

La norma nacional contiene *factores posibilitadores* de acceso a la justicia, que son el reflejo en el derecho adjetivo de los principios protectorios del derecho de fondo, cuyas pautas orientan y se aplican en las regulaciones del procedimiento que también tiene *principios* e institutos propios de un derecho protectorio.

Esos *factores y principios* son:

1. Procesales:
- Aplicación a las causas de consumo del procedimiento más abreviado existente en la jurisdicción.
- El beneficio de justicia gratuita.
- La adopción de las teorías de la colaboración procesal y la búsqueda de la verdad objetiva.

2. Relacionados con el derecho de fondo y con influencia procesal:
- Aplicación de los principios protectorios de la ley.
- Operatividad de las normas de la ley.
- Integración normativa con preeminencia del orden de consumo y bajo el imperio de la norma o de la interpretación más favorable.

3. Reparatorios:
- Posibilidad de solicitar la aplicación de multa civil (daño punitivo).
- Responsabilidad objetiva y solidaria.
- Vigencia del principio de reparación integral.

11. Díaz Villasuso, Mariano A., "Hacia una norma adjetiva uniforme que logre la realización efectiva de la sustantiva", en *Reforma al Estatuto del Consumidor. Impacto en los ordenamientos adjetivos provinciales*, SJA, 10/03/2010.

Legitimados activos[12]

El consumidor

Tanto el hablarse de consumidor como de usuario, se trata en ambos casos del titular del derecho subjetivo, conforme la doctrina procesal.

Conceptualizar quién es consumidor es definir al protagonista del vínculo que la ley denomina relación de consumo,[13] y por ende al destinatario de la protección de todo el régimen de la ley. En otras palabras, saber si estamos o no frente a un consumidor determina la aplicación de la norma o su exclusión.

Conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley N° 24240 y el artículo 1092 del CCyCN, la definición de consumidor es objetiva, y se basa en el consumo final para beneficio propio del consumidor o de su grupo familiar o social, no volviendo a ser utilizados los bienes o servicios como factores de cambio o incorporados a un proceso productivo.

Se extiende la protección cuando el acto de consumo sea realizado por el grupo familiar o social del consumidor. Familia no importa parentesco en algún grado, sino que puede definirse también por amistad o solidaridad, relaciones vecinales y hasta condóminos[14] o acompañantes circunstanciales en el momento en que la relación de consumo se concreta,[15] todos vínculos que deben interpretarse en el sentido más favorable a la aplicación de la protección, sin estricteces y que importen algún grado de características comunes que mantengan las características de debilidad, vulnerabilidad y ameriten ser sujetos protegidos.

Quedan comprendidas las personas jurídicas que realizan todo tipo de contratos en condición de consumidores finales. La inclusión, entendemos, se da tengan o no fines de lucro y serán alcanzadas por la protección de la ley en la medida que no integren los bienes y servicios

12. Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de defensa del consumidor. Comentada. Anotada. Concordada,* Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2ª edición, 2018.

13. Ídem.

14. Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia (dirs.), *Defensa del Consumidor. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario,* Buenos Aires, La Ley, 2011, T. I, p. 32.

15. Rinessi, Juan A., *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor,* Buenos Aires, Astrea, 2006, p. 4.

objeto de la relación como insumos directos a otros bienes y servicios a ser comercializados,[16] o sea, que se hagan para un destino distinto a su actividad profesional (es el caso de compras de útiles para la empresa, mobiliario, publicidad, sistemas de seguridad, alimentos de bares para empleados, entre otros).[17] La interpretación de estos supuestos, sobre todo cuando la relación entre contratos realizados y finalidad empresarial no aparece tan clara, dependerá de la casuística y determinar si lo que la persona jurídica ha contratado o utilizado lo ha sido como destinatario final, lo cual no se verifica cuando resulta significativo para su actividad o contribuye al valor de su producto o servicio, o al incremento de los beneficios, en lugar de centrarse en el tipo o naturaleza de bien o servicio del caso. Entendemos que en caso de duda la cuestión debe resolverse favorablemente a consideración de la persona jurídica consumidora, sobre todo en el caso de las entidades sin fines de lucro y, por el contrario, interpretarse restrictivamente en el caso de las empresas comerciales.

El otro presupuesto que puede analizarse, aunque no aisladamente, es la verificación de la debilidad del comerciante frente al experto que proporciona los productos que el primero necesita, que por primacía de la realidad puede ser equiparable a la del consumidor persona física frente al proveedor. El presupuesto de la debilidad en el caso concreto debe ser determinante para la consideración de las personas jurídicas como sujetos protegidos en la relación de consumo, debiendo verificarse una situación verdadera de inferioridad, que justifique la aplicación del régimen tuitivo, siempre conjugada con la condición de destinatario final.

No obstante, se trata de un supuesto discutido en doctrina, que no ofrece mayores reparos al tratarse de entidades sin fines de lucro, pero que acentúa el rigor interpretativo en las que persiguen esa finalidad, sobre la base de la inexistencia de debilidad, en la presunción de que

16. CACAyT, Sala II, "Establecimiento Yanovsky Hnos. SRL c/ GCBA s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", 04/05/2010.

17. N. del A.: esta posición había sido receptada por la jurisprudencia en el precedente "Artemis Construcciones S.A. c. Dijon S.A y otro" (*LL* 2001-B-839), donde se consideró consumidora una persona jurídica que adquirió un automóvil para satisfacer necesidades de la empresa relativas al traslado de su personal, considerándola destinataria final del bien.

todas sus actividades se enderezan con una finalidad económica, y en que generalmente cuentan con una organización o estructura empresarial que la cubre de contingencias. No obstante, ni la ley ni el CCyCN hacen esta distinción.

Se contempla dentro de la relación de consumo la gratuidad del vínculo. Quedan entonces comprendidos los contratos gratuitos,[18] en la inteligencia que los regalos,[19] productos adicionales o muestras gratis no son tales, sino formas de atraer clientela e inducir al contrato, es decir, elementos que se ofrecen teniendo en miras (directa o indirectamente) una contratación a título oneroso,[20] y en la certeza de que no existen las liberalidades puras en el mundo del consumo. Con esto, se entiende que la protección ha superado el concepto mismo del contrato, extendiéndose a situaciones extracontractuales, ya que la protección apunta al hecho mismo de consumir, y no al de contratar.[21]

Con respecto a la inclusión de otros legitimados, cabe señalar que por la Ley N° 26994 que aprueba el Código Civil y Comercial con la simultánea reforma de la Ley N° 24240 en su anexo, se eliminó del concepto de consumidor al "expuesto". El artículo 1, tal cual su texto después de la reforma de 2008, contemplaba entre los sujetos protegidos "a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo", personaje conocido en doctrina por la locución anglosajona de *"bystander"*,[22] entendido como la persona que, a pesar de tener relación con un evento, no toma parte del mismo siendo un observador, pero en el que pueden influir las consecuencias de este.

18. N. del A.: la reglamentación de la ley original de 1993 (Dec. Nº 1789/93) ya había extendido la protección a las muestras gratis, los regalos de fábricas o por comercialización de bienes y servicios.

19. Córdoba, Lucrecia y Tambussi, Carlos E., "Y los libres mercados responden (A propósito de los sitios de compraventa en Internet)", *Microjuris* (referencia: MJ-DOC-6121-AR | MJD6121).

20. Molina Sandoval, Carlos, "Reformas Sustanciales", en Suplemento *La Ley, Reforma de La Ley de Defensa del Consumidor*, 2008, p. 83.

21. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 85.

22. N. del A.: "Bystander: A person present but not envolved, onlooker, spectator", *Collins English Dictionary*, Harper Collins Publishers, 2003.

El *"bystander"*[23] es, en suma, un tercero, un expectante en relación al bien o al servicio y que se encuentra próximo al mismo, pero no protagoniza la relación,[24] o sea el que está junto al producto o servicio, el que está ubicado cerca, el "circunstante" (quien está alrededor); puede ser totalmente ajeno respecto de quien ha adquirido el objeto de la relación de consumo, pero sufre un daño causado por esta.[25]

Esta figura, aunque sin utilizar esa denominación, había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia Nacional con anterioridad a su incorporación por la Ley N° 26361, cuando dictó sentencia haciendo lugar a la demanda que el actor promoviera contra el Club Atlético Lanús y la Asociación del Fútbol Argentino, rechazándola en contra de la Provincia de Buenos Aires, donde se señaló que

> … el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, referido a la relación de consumo, abarca no solo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados –en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol–, por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en

23. N. del A.: en el derecho comparado podemos encontrar sus antecedentes en el derecho brasileño (arts. 2, 17 y 29, Código de Defensa del Consumidor del Brasil). Este último, en relación a las prácticas comerciales, considera consumidores a "todas las personas, determinables o no", expuestas a ellas), el derecho comunitario europeo (Directiva Nº 85/374/CEE, relativa a la materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, modificada por la Directiva Nº 1999/34/CE), el derecho comunitario del Mercosur (Res. Nº 123/GMC/96 sobre conceptos fundamentales del derecho del consumidor y Declaración Nº 10/96 denominada Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo) y en la figura del *bystander* del derecho estadounidense. (Barocelli, Sergio, "Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo", *Microjuris* [referencia: MJD6087]; Alterini, Atilio A., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después", en *La Ley*, 09/04/2008, p. 1).

24. N. del A.: según Alterini, se trata del denominado *bystander*, que es aquel espectador o tercero próximo al producto o servicio cuya figura está contemplada, aunque no con esa denominación, por la Resolución Nº 123/96 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR, el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor Brasileño y por la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/374/CEE del 25 de julio de 1985. (Alterini, Atilio A., "Las reformas a la ley…", *op. cit.*, p. 1).

25. Cámara Federal de Córdoba, Sala A, "Aguirre, Daniela del Valle c/ Banco Cetelem Argentina S.A. s/ Ley de defensa del consumidor", 23/06/2015 (Expte. Nº FCB 66004958/2012/CA1). Disponible en *El Dial.com* (referencia: AA9014).

> las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes.[26]

El CCyCN se refiere en su artículo 1096 (prácticas abusivas) a que

> … las normas de esta Sección y de la Sección 2ª del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el Art. 1092.

El expuesto a prácticas comerciales no es el *bystander* del artículo 1 de la Ley de Defensa del Consumidor, texto según Ley N° 26361, que es el que está a merced de las relaciones de consumo –como dañado–. El que aquí se contempla es el que lo está respecto a las prácticas comerciales, entendidas como usos, modos de atención o políticas de marketing, lo que implica un caso de distinta situación jurídica y un supuesto mucho más restringido que el del *bystander*. De ahí que alguna doctrina haya entendido que el expuesto ha sido reubicado en el ordenamiento, aunque no con el mismo alcance que el de la norma derogada.

De conformidad con los reseñados artículos 1096 y 1102, podemos agregar con Barocelli[27] como sujetos protegidos a los consumidores potenciales (oferta a persona indeterminada, ilicitudes publicitarias, prácticas comerciales abusivas). El consumidor potencial, siempre será un individuo o un grupo que ha accedido a una "relación de consumo" a partir de una situación de expectativa colectiva, motivado generalmente por alguna iniciativa del productor-comercializador del "bien de consumo", quien si no la tiene, por lo menos fija la economía del "acto de consumo".[28]

Las asociaciones de consumidores

Contempladas expresamente como legitimadas en el artículo 52, el panorama se completa con la previsión del artículo 55 de la Ley N° 24240:

26. CSJN, Fallos: 330: 563, "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros", 06/03/2007.

27. Barocelli, Sergio S., "Los sujetos expuestos a una relación de consumo", en *DJ*, 11/05/2011, p. 1.

28. CACAyT, "Sprayette S.A. c/ G.C.B.A. s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", Sala I, Causa Nº RDC 740-0, 02/12/2005, voto del Dr. Esteban Centanaro.

> Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de estos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

El movimiento de consumidores se fortalece en la Argentina con su reconocimiento legislativo a través de la Ley N° 24240 de Defensa del Consumidor y principalmente con la reforma constitucional de 1994, donde expresamente se reconoce su legitimación activa en el artículo 43 párrafo segundo, además de su figuración destacable en el artículo 42, que también consagra la necesaria participación de los usuarios en los entes reguladores.

Son un instrumento de concreción de las garantías constitucionales y de la Ley de Defensa del Consumidor, al crear lazos asociativos entre los consumidores y al considerarlas actores procesales defensores de estos derechos, que de forma individual tendrían difícil defensa, o se consideraría antieconómico el reclamo, siendo solo factibles de ejercer en una petición colectiva. Constituyen grupos organizados que actúan con criterio independiente, apolítico y sin fines de lucro. Su actividad está reconocida por ley y encaminada a educar, informar y orientar, proteger y defender los intereses del consumidor o usuario.

Su función se resume en velar por el cumplimiento de las disposiciones legales, normas y reglamentos que protegen al consumidor, y colaborar en la formulación de propuestas técnicas, legislativas y de organización, tanto del servicio en sí mismo como de la actividad de control. Su consideración legal y constitucional importa una política de Estado para su fortalecimiento como formas de democracia social, y de alguna manera su sostenimiento, por cuanto estas pueden constituir una alternativa de poder en cuanto a los fines que les conciernen, como contrapeso al desamparo de la relación individual del consumidor frente al poderoso productor, a veces único proveedor del bien que el más débil forzosamente debe adquirir para la satisfacción de sus necesidades de todo tipo, desde las más elementales hasta las suntuarias.

El rol asignado a estas entidades es coincidente con el espíritu de la Reforma Constitucional de 1994 que reconoce el significado de las Organizaciones No Gubernamentales (ONG) en las estructuras

sociales modernas, reconociéndoles legitimación activa en los mecanismos de defensa de los derechos de consumidores y usuarios.

Las Asociaciones pueden representar a consumidores individuales mediante el uso de la carta poder que acredite el mandato, prevista en la ley, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Reglamentario Nº 1798/1994, cuyo articulado reconoce que una ONG de Consumidores puede actuar en representación de un consumidor que ha sufrido un daño individual, al disponer que "se requerirá a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas carta poder para reclamar y accionar judicialmente, exceptuándolas de tal requisito en aquellos casos en que actuaren en defensa de un interés general de los consumidores...".

La intervención procesal se encuentra delimitada por su competencia material conforme a los fines estatutarios, y al ámbito geográfico en que se encuentran inscriptas.

Previo a la reforma constitucional, la ley de defensa del consumidor, en sus artículos 52 y 55, ya refería a las acciones judiciales legitimando a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación para accionar cuando los intereses de los consumidores resultaren afectados o amenazados. La legitimación para accionar no es solo para la defensa de sus asociados afectados, sino para todo el universo de consumidores y usuarios vulnerados por prácticas de los proveedores de bienes y servicios en el ámbito local o nacional, según su reconocimiento y consecuente localización de su autorización para funcionar.

A tales fines, necesitan lo que Farina[29] denomina una doble autorización: 1) la común, para actuar como asociación con personería jurídica, que otorga el pertinente órgano local de fiscalización y contralor estatal, y 2) la específica, que otorga la autoridad de aplicación de la Ley N° 24240 (arts. 41, 42 y 56) para poder actuar conforme las atribuciones que se le confieren. Para ello, deben inscribirse en el Registro de Asociaciones de Consumidores que funciona en el ámbito de la autoridad de aplicación de la CABA. Este registro y la correspondencia estatutaria de la entidad con fines relacionados con el derecho de usuarios y consumidores configuran acabadamente la idoneidad

29. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y usuario*, Buenos Aires, Astrea, 2004, p. 573.

del representante del grupo afectado, conforme lo viene delineando la CSJN a partir del caso "Halabi".

En el ámbito nacional, el artículo 55 del Decreto Reglamentario Nº 1798/94 de la Ley N° 24240 prevé que para funcionar como tales las Asociaciones de Consumidores deben estar inscriptas en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores que lleva adelante la Autoridad Nacional de Aplicación.[30] El ordenamiento de ese registro es un imperativo constitucional, y su mantenimiento importa el seguimiento conforme a los fines de las entidades de consumidores que allí se anoten, el cual debe estar lejos de las arbitrariedades y exclusiones cometidas en tiempos anteriores, felizmente reparadas por la justicia, cuando se suspendía la inscripción en el registro de aquellas ONG que publicaban asuntos que no eran del agrado del gobierno de turno.

Es necesario indagar en la constitucionalidad de la exigencia del registro como presupuesto de la legitimación, con fundamento en el necesario control del Estado en vigilar que las ONG cumplan con ciertas pautas razonables tendientes a garantizar su independencia y correcto funcionamiento.

En esa línea, entendemos que de no ser esencial el registro, el constituyente no hubiera establecido la obligación de su creación. Es decir, la reforma de 1994 otorgó la legitimación, expresamente sujeta a la obligación de inscribirse, y a la ley la potestad de reglamentar las exigencias para esa inscripción y su mantenimiento. El fundamento es el interés público que existe sobre la actividad de estas entidades y la verificación que –a través de requisitos razonables reglamentarios de la registración– los consumidores se encuentren adecuadamente representados y la normativa reglamentaria del registro tenga como objetivo el buen funcionamiento de las entidades, la promoción de la participación ciudadana y la conformación de relaciones de consumo más equilibradas y justas.

El Estado así actúa de garante y protector de dicho interés.[31] Tal previsión va en consonancia con lo establecido en los artículos 55, 56 y 57 de la Ley N° 24240.

30. Tambussi, Carlos E., "Comentario a la disposición 19/2016 (D.N.d.D.C.)", en *ADLA* 2016-21, p. 76 (referencia: AR/DOC/2451/2016).

31. Dictamen del Procurador en "Asoc. Civil Defender y otros c/ Telefónica de Argentina SA s/ Proceso de conocimiento", SCA 803, L. XLVI, 17/05/2013.

Gozaíni[32] entiende que la legitimación de las asociaciones es "una creación constitucional de enorme trascendencia, porque abre por vez primera la legitimación para obrar en el proceso ofreciendo distintas alternativas para la defensa de los derechos afectados". Por ende, a su criterio "la única restricción puede estar en que los organismos intermedios deben estar inscriptos, debido a que solo aquellos legalmente constituidos serán reconocidos para la defensa de los derechos de incidencia colectiva". Y agrega: "esa misma admisión genérica obliga a establecer algunos recaudos de certeza. Quizá, pensando en ello, la Constitución Nacional ha establecido el requisito del registro previo para darles representación".

La inscripción en el registro es, sin duda, un presupuesto de la legitimación. Hemos citado a Farina y su descripción de la doble autorización, que entiende que la específica dada por la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores se otorga para poder actuar conforme a las atribuciones que le confiere la ley,[33] aclarando que para ser legitimadas activas judicialmente refiere a las asociaciones constituidas como personas jurídicas pero esto no es suficiente, pues para estar legitimadas a este fin deben contar con la pertinente autorización otorgada por la autoridad de aplicación de la Ley N° 24240 con jurisdicción en el ámbito donde habrá de promoverse la acción.

Al comentar el artículo 55 del estatuto del consumidor, Mosset Iturraspe y Lorenzetti señalaron respecto al problema de la representatividad que las asociaciones se deben constituir como personas jurídicas y obtener autorización de la autoridad de aplicación, para funcionar como tales.[34] Son contestes Junyent Bas y Garzino, al indicar que tienen legitimación activa las asociaciones que estén constituidas de conformidad con la normativa general de los artículos 141 y 168 a 186 del CCyC en cuanto a la personalidad jurídica, y específicamente artículos 56 y 57 de la LDC que les imponen la autorización para funcio-

32. Gozaíni, Osvaldo A., "Legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores", en *La Ley*, 01/12/2005, p. 1.

33. Farina, Juan M., *Defensa del consumidor y usuario*, *op. cit.*, pp. 543 y 574.

34. Mosset Iturraspe, Jorge y Lorenzetti, Ricardo L., *Defensa del Consumidor. Ley 24240*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 400.

nar.[35] Wajntraub, por su parte,[36] señala que en el Registro deben estar inscriptas "todas aquellas entidades que pretendan representar legítimamente a los consumidores, para lo que será imperativo cumplir con los requisitos de la normativa".

Finalmente, el artículo 56 de la Ley de Defensa del Consumidor enumera los objetivos que deben enmarcarse como finalidades posibles a los efectos de lograr la autorización requerida: velar por la normativa dictada en materia de consumidores y usuarios, proponer a los organismos competentes el dictado de normas tendientes al perfeccionamiento de la protección y la educación, colaborar con los organismos a los efectos de lograr el perfeccionamiento de la normativa, recibir reclamos por parte de consumidores o usuarios y promover en la misma medida soluciones amigables, defender y representar los intereses de los consumidores y usuarios ante la justicia, autoridad de aplicación u otros organismos oficiales y privados, asesorar a los consumidores y usuarios sobre las condiciones de compra, forma de consumo, organizar y realizar estudios de mercado, controles de calidad, entre otras actividades.

La ley de fondo determina como condiciones especiales que las asociaciones no podrán participar en actividades políticas partidarias; deberán ser independientes de toda forma, actividad profesional, comercial y productiva; no pueden percibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras y sus publicaciones no pueden contener avisos publicitarios.

La Ley N° 26361, en el año 2008, incorporó la posibilidad de intervención como litisconsortes de las asociaciones de consumidores, que estaba planteada en el texto original (y que había sido vetada por el Poder Ejecutivo en su oportunidad), limitando la posibilidad de intervención en este carácter a los juicios o acciones colectivas, y condicionándola a una evaluación previa del juez competente de acuerdo a las circunstancias de cada caso.

35. Junyent Bas, Francisco y Garzino, Constanza, "Proceso judicial de consumo", en Álvarez Larrondo, Federico (dir.), *Manual de Derecho del Consumo*, Buenos Aires, Erreius, cap. VII, 2017.

36. Wajntraub, Javier H., *Régimen Jurídico del Consumidor comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, p. 356.

El Ministerio Público Fiscal

La ley le otorga legitimación para iniciar las acciones judiciales en defensa de los consumidores y usuarios, como representante institucional del interés social.[37] Y vuelve a distinguir entre las acciones judiciales y las acciones de incidencia colectiva. En ambos casos le otorga la legitimación activa de parte.[38]

A su vez, debe recordarse que en los procesos de consumo la intervención del Ministerio Público es presupuesto ineludible de legalidad, por lo que es necesario solicitar su intervención en caso de que el magistrado lo omita, consignando en el escrito de demanda que previo a ordenar el traslado de la acción se confiera vista al fiscal. Y tener presente de solicitar su dictamen tras nueva vista, con anterioridad al pedido de autos para sentencia.

Ello así por cuanto el Ministerio Público obra como fiscal de la ley, dada su función procesal especifica que es la custodia y tutela del plexo jurídico consumidor y el orden público característico de este ordenamiento, la regularidad del proceso y el respeto a los derechos constitucionales y sociales involucrados que hacen obligatoria su intervención.

Es muy importante tener presente que se haya cumplido con esta intervención, ya que omitirla hace incurrir en nulidad de las resoluciones judiciales dictadas sin este previo requisito, incluso de la sentencia que se hubiese dictado.

Como bien han apuntado los comentaristas,[39] el futuro de una acción abandonada o cuando la ONG que la lleva adelante pierde legitimación por caducidad de su registro, podría resolverse en términos del artículo 52 de la Ley N° 24240, el cual prevé que en caso de abandono o desistimiento de la acción la titularidad activa será asumida por el Ministerio Publico Fiscal, cuya misión en términos del artículo 120 de la CN es la de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad".

37. N. del A.: En el caso del Ministerio Público de la Nación está regulado por La Ley N° 24946, debiendo analizarse en particular su art. 41, inc. a.

38. Véase Correa, José Luis, "Acciones de incidencia colectiva. Modificación de La Ley de Defensa del Consumidor", en La Ley 2008-F-1106.

39. Véase Verbic, Francisco, "Falta de representación colectiva sobreviniente. Efectos de la baja del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores", en *La Ley* 13/02/19, p. 7 (referencia: AR/DOC/113/2019).

El rol del Ministerio Público es entonces una garantía para el consumidor, y su intervención haría útil el trámite transcurrido del litigio, y mantendría la vigencia del reclamo, llevándolo a su resolución, asimilando este supuesto al de desistimiento o abandono, que son casos contemplados legislativamente para motivar su intervención. El Ministerio Fiscal se encuentra legalmente dotado de plena capacidad para asumir la representación y defensa de los usuarios y consumidores. Sin embargo, no se ha verificado acción alguna iniciada por el Ministerio Público, lo cual abre la discusión respecto a la posición a tomar por este órgano extra poder, en caso de una decisión judicial que le impusiera la prosecución de causas judiciales como la presente, que dependerá de sus criterios de actuación.[40]

En el Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA, Ley local N° 6407, está también reconocido como legitimado activo. La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establece en su artículo 124 que "el Ministerio Público tiene autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial", determinándose en el artículo 125 que entre sus funciones está la de velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social (inc. b).

Conforme el artículo 1 de la Ley N° 1903, el Ministerio Público integra el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dotado de autonomía funcional y autarquía, cuya función esencial consiste en promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social.

Por el artículo 255 del mismo ordenamiento tiene legitimación en los procesos de consumo con sustento en derechos de incidencia colectiva y difusos, y es obligatoriamente fiscal de la ley en términos del artículo 256. La preceptiva del artículo 261 prevé además que, en caso de desistimiento o abandono de la acción la titularidad activa podrá ser asumida por el Ministerio Público Fiscal.

40. Tambussi, Carlos E., "Pérdida de legitimación activa por baja del registro en causas iniciadas por asociaciones de consumidores", en *La Ley*, 26/03/2019 B. (referencia: AR/DOC/576/2019).

Finalmente, por el artículo 266 *in fine* debe corrérsele vista en el caso de acuerdos transaccionales en acciones colectivas.

Cuando reviste carácter de parte, puede ejercer todos los derechos y actos procesales correspondientes a las mismas.

De no serlo, debe ser llamado a intervenir:[41]

- En los planteos de competencia y prescripción.
- Cuando se haya planteado la declinatoria.
- Cuando se haya controvertido la constitucionalidad de una norma.
- Para notificarlo de la audiencia de apertura a prueba y de vista de causa (concordante con los arts. 217 y 221).
- En los recursos de inconstitucionalidad.
- Cuando las partes hayan arribado a un acuerdo y previo a su homologación (concordante con art. 163 para la transacción como modo anormal y los arts. 222 si el acuerdo es en audiencia de vista de causa y art. 239 en el proceso ampliado), a los efectos de que verifique el cumplimiento de las normas de orden público y la justa composición de intereses.

La autoridad de aplicación

También la Autoridad de Aplicación se encuentra legitimada para ejercer acciones judiciales, en la inteligencia de que exista un actuar institucional del estado proactivo, dentro de su jurisdicción territorial, en defensa de los derechos de consumidores, a más de los propios interesados, y el sector social a través de las ONG. Esta contemplación de la autoridad de aplicación como legitimada activa es el reflejo de lo dispuesto en el artículo 52 de la ley de fondo que se la otorga, en coherencia con las atribuciones, funciones y competencias que les son conferidas. Con lo que los instrumentos garantistas pueden ser tomados tanto por la sociedad civil como por las autoridades, estas últimas en consonancia con sus deberes de educación, promoción de los derechos, sanción de infracciones y demás competencias administrativas.

No es un fenómeno común que el Estado haga uso de esta herramienta jurídico/social, pero sería útil que lo hiciera con mayor fre-

41. CPJRC, art. 84.

cuencia, en la medida en que constituye un factor determinante a la hora de tramitar los reclamos administrativos de los consumidores, que constituyen prueba, que determinan el nivel de reiteración de las prácticas denunciadas, pudiendo también lograr mediante su intervención preventiva medidas de impacto mediante la solicitud de medidas cautelares innovativas.

Por el artículo 41 de la Ley N° 24240 en el ámbito nacional se designa a la Secretaría de Comercio Interior como autoridad de aplicación de la norma. Asimismo, se determina que las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires serán autoridades de aplicación locales, quienes tendrán a su cargo el control, vigilancia y juzgamiento de los hechos que ocurran en sus jurisdicciones.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme el artículo 2 de la Ley N° 757:

> … la máxima autoridad del Gobierno de la Ciudad en materia de defensa de los consumidores y usuarios, será la autoridad de aplicación a los efectos de esta ley y de las leyes nacionales de defensa del consumidor (24240) y de lealtad comercial.

La función recae sobre la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor**,** conforme el artículo 1 del Decreto Nº 17/03, en la actual estructura orgánica del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, dependiente de la Secretaría de Cultura Ciudadana y Función Pública, Subsecretaría de Demanda Ciudadana, Calidad y Cercanía, en la órbita de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

El elemento que toma en cuenta la ley para atribuir la competencia de la autoridad de aplicación es la jurisdicción donde haya ocurrido la presunta infracción.

El Defensor del Pueblo

Conforme el artículo 86 de la Constitución Nacional:

> … su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

Su legitimación tiene origen constitucional en términos del artículo 43 párrafo segundo de la Constitución Nacional, referida a la acción de amparo, pero dado el carácter especial y extraordinario de esta acción, para la cual se le acuerda expresamente capacidad procesal, nada impide que el Defensor pueda llevar adelante la acción de inconstitucionalidad, las medidas autosatisfactivas, el amparo por mora, el amparo electoral, el hábeas data o la denuncia a los órganos de control de los servicios públicos o al Ministerio Público.

Esta posición es coherente con las previsiones de la Ley N° 24284, de creación de la institución, anterior a la reforma de 1994, que determina la razón de la existencia y las funciones del Defensor del Pueblo de la Nación. Su artículo 1 establece que

> El objetivo fundamental de esta institución es el de proteger los derechos e intereses de los individuos y la comunidad frente a los actos, hechos y omisiones de la Administración Pública Nacional, que se mencionan en el artículo 14.

El artículo 14 aludido, a su vez, faculta al Defensor del Pueblo a:

> … iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos hechos u omisiones de la Administración Pública Nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos.

Desde el punto de vista de la Ley de Defensa del Consumidor, este funcionario fue incorporado como legitimado activo a partir de la reforma de la Ley N° 26361, en consonancia con la potestad que ya le había atribuido la Constitución Nacional en el artículo 86 y en el 43 párrafo segundo para la protección de derechos de incidencia colectiva. El anterior artículo 52 de la Ley N° 24240 (con anterioridad a la reforma constitucional de 1994) no le reconocía legitimación, por lo que la Ley N° 26361 tuvo nada más y nada menos que el sentido de colocar a la normativa en consonancia con la Carta Magna.

No obstante ello, no tiene conferida expresamente la legitimación para actuar en las acciones individuales de consumo ya que en los casos donde existen afectados determinados se ha sostenido que no es

función del Defensor sustituir el interés ajeno, por más repercusión social que esto importe, quedando siempre y exclusivamente en manos del afectado en el caso concreto la reclamación del daño por lo que le sea propio (acreditación del daño e indemnización).

Sostiene Gozaíni[42] que la legitimación de la que goza el Defensor es "representativa", y al analizar sus facultades procesales debe hacerse énfasis en la importancia de los valores que se defienden, o en la esencia fundamental de la tutela que se solicita.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentra previsto en el artículo 137 de su Constitución, como organismo extrapoder e independiente, y su misión es la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos fundamentales frente a los actos, hechos u omisiones que ejecuten, principalmente, la Administración y los prestadores de servicios públicos, aunque en ocasiones por su accionar también alcanza a los sectores privados. También tiene facultades para desarrollar investigaciones (por denuncia o de oficio) "ya sea para detectar y, en su caso, subsanar disfuncionalidades administrativas, o bien para cooperar con la Autoridad de Aplicación en la plena y efectiva vigencia de estos derechos".[43] A su vez, ha tomado intervención directa en conflictos de consumo, mediante métodos alternativos. La Defensoría del Pueblo es un órgano unipersonal e independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Es su misión la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución, frente a los actos, hechos u omisiones de la administración o de prestadores de servicios públicos. Tiene iniciativa legislativa y legitimación procesal.

En términos generales, el campo competencial de las defensorías del pueblo suele quedar, normativamente, circunscripto a la órbita de la administración pública y de los prestadores de servicios públicos. No olvidemos que, ante todo, las defensorías son órganos que despliegan

42. Gozaíni, Osvaldo, *Protección procesal del usuario y del consumidor*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 156.

43. Darcy, Norberto C., "Defensa del consumidor en la Defensoría del Pueblo". Disponible en *LL online*, sin referencia de cita.

su actividad protectora frente a los actos, hechos u omisiones de la Administración Pública, pues:

> … el objeto natural de control de las Defensorías es la Administración: contra ella reclaman los ciudadanos y a ella se dirige ante todo la institución controladora, realizando el seguimiento de cada caso concreto y proponiendo, si resulta necesario, las medidas a adoptar por el órgano controlado.[44]

Sin embargo, ello no constituye un impedimento, absoluto e infranqueable, para que las defensorías del pueblo puedan, en ciertas situaciones, tomar intervención en asuntos o conflictos donde la amenaza, afectación o violación a los derechos proviene de agentes particulares o entidades del sector privado.

La legitimación procesal –es decir, la posibilidad de ejercer en juicio la tutela del derecho–[45] les permite a las defensorías del pueblo titularizar acciones judiciales en defensa de los derechos de incidencia colectiva y convertirse en un vehículo de acceso a la jurisdicción para representar a un colectivo de personas afectadas en sus derechos (por ejemplo, y entre ellos, a los consumidores y usuarios).

Señala Bidart Campos que

> … por su legitimación procesal el Defensor del Pueblo está en condiciones de facilitar el acceso a la justicia de muchas personas que por diversidad de causas (falta de recursos, desinterés, ignorancia, apatía, etc.) nunca promoverían un proceso judicial.[46]

El fuero en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la CABA no ha tenido reparos en reconocer ampliamente la legitimación de la Defensoría porteña, tanto para la interposición de amparos (individuales o colectivos), como en otro tipo de procesos (ordinarios, contra autoridad administrativa, acciones declarativas de certeza, interven-

44. Escobar Roca, Guillermo, "Del derecho débil a la fuerza de los derechos", en Escobar Roca, Guillermo (coord.), *El Ombudsman en el Sistema Internacional de Derechos Humanos*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 26.

45. Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, 1951, T. III, p. 208.

46. Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1995, T. III, p. 328.

ciones como tercero interesado, e incluso en el tipo especial de amparo por acceso a la información, contemplado en la Ley N° 104 CABA).

La jurisprudencia de la Ciudad ha señalado además que

> Las funciones de control que el constituyente ha conferido a la Defensoría del Pueblo –de las cuales resultan manifestación las facultades de acceso a la información–, y la legitimación procesal que, sin límites, le otorga el Estatuto de la Ciudad (artículo 137) y la Ley Nro. 3, deciden sin duda afirmativamente el interrogante destinado a establecer si aquella se encuentra legitimada para promover la acción de amparo prevista por el artículo 8 de la Ley Nro. 104. Si el convencional constituyente y el legislador no han limitado la legitimación de la Defensoría, no ha de hacerlo el intérprete. La consideración de la naturaleza y entidad de los derechos que constituyen el objeto último de la protección aporta una perspectiva axiológica que abona igual solución. (Del voto de los Dres. Carlos F. Balbín e Inés M. Weinberg de Roca).[47]

Otros legitimados

- El Código de Procedimientos de la Ciudad, Ley N° 6407, reconoce además de los antes reseñados en consonancia con la ley nacional, legitimación activa a la Defensa Publica (art. 35 inc. I), a la Asesoría Tutelar (art. 35 inc. h CPJRC), al Ente Único Regulador de Servicios Públicos (incs. k) g), y al proveedor actor (inc. b).
- Como casos especiales, también están legitimados en la misma norma: a) el consumidor solicitante de daño directo en términos del artículo 40 bis de la Ley Nº 24240 a los efectos del recurso directo contra la resolución de la autoridad de aplicación que lo deniegue u otorgue en menor medida que la solicitada (art. 35 inc. c CPJRC), y b) el adquirente o fiduciante-beneficiario que adquiera, en términos del artículo 1666 del Código Civil y Comercial de la Nación, mediante un contrato de fideicomiso inmobiliario inscripto en el Registro Público de Contratos de Fideicomiso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bienes inmuebles como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (art. 35 inc. d CPJRC).

47. CACAyT, Sala 1, "Defensoría del Pueblo de la CABA c/ GCBA s/ Amparo", 29/11/2000.

Artículo 52 bis. Daño punitivo*

Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

(Artículo incorporado por art. 25 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Si bien algunos autores rastrean antecedentes del instituto en el Código de Hammurabi Babilónico, en el Código de Manu Indio, en el derecho romano desde las XII Tablas, en el derecho griego antiguo, las leyes hititas o el Libro del Éxodo en la Biblia,[48] lo cierto es que el origen del instituto de los daños punitivos tal como lo conocemos hoy está en la tradición del *Common Law*.

Los daños punitivos son una institución con más de doscientos años de historia, presente en países como Inglaterra, EE. UU., Australia, Canadá, Nueva Zelanda, Irlanda del Norte y la República de Irlanda.[49]

En el derecho anglosajón se caracterizan a los *punitive damages* como "indemnizaciones otorgadas judicialmente complementarias a los daños sufridos, en aquellos casos en los cuales la demandada haya

* Comentario sobre el artículo 52 bis por Sebastián Barocelli.

48. Artizábal Velásquez, David, "Apuntes sobre el daño punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, Nº 112, Medellín, enero-junio de 2010, pp.175-201; Owen, David G., "A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform". Disponible en: http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol39/iss2/3 [Fecha de consulta: 21/11/2023]; De Gravelles, John W. y De Gravelles, J. Neale, "Louisiana Punitive Damages - A Conflict of Traditions". Disponible en: http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol70/iss2/9 [Fecha de consulta: 21/11/2023]; Blakey, G. Robert, "Of Characterization and Other Matters: Thoughts about Multiple Damages". Disponible en: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=lcp [Fecha de consulta: 21/11/2023].

49. Gotanda, John, "Punitive damages: a comparative analysis". Disponible en: https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/wps/article/1008/&path_info [Fecha de consulta: 21/11/2023].

actuado con temeridad, malicia o engaño".[50] También como "sumas otorgadas al actor además y por encima de las pérdidas reales con el propósito de castigar una conducta fuertemente reprochable y para disuadir al demandado y a otros de imitar esa conducta en el futuro".[51] En el Reino Unido, los *exemplary damages* son definidos como una indemnización concedida a los fines de castigar al demandado buscando, a su vez, disuadirlo de que repita la grave inconducta llevada a cabo.[52]

La Corte Suprema de los EE. UU., en el caso "Gertz v. Robert Welch" de 1974, ha definido a los daños punitivos como "multas privadas impuestas por jurados civiles para castigar conductas reprochables y disuadir su futura ocurrencia".[53]

Ya había algún germen en normas medievales inglesas que castigaban con doble indemnización la intrusión de propiedades religiosas. Sin embargo, con los *leading cases* "Wilkes v. Wood" y "Huckle v. Money" se marcó el inicio de la doctrina de daños punitivos como se conocen hoy en día, mediante la cual no solo se pretende desincentivar y castigar conductas con un grado alto de reproche, sino equilibrar relaciones en las que una parte se aprovecha de algún tipo de ventaja o poder.[54] En efecto, se estimó en dichos casos que los *damages* no solamente cumplían una función resarcitoria, sino que también servían para castigar al culpable y disuadirlo de que repitiese dicha conducta en el futuro.

En el caso "Rookes v. Barnard" de 1964[55] se estableció la regla *"if, but only if"*. Los daños punitivos se impondrán si, pero solo si, la suma otorgada en concepto de indemnización no resultara suficiente para castigar al infractor y para disuadirlo de repetir la conducta sancionada.

50. Garner Bryan A. (editor), *Black's Law Dictionary*, Minnesota, West Group; 9ª edición, 2009.

51. American Law Institute, *Restatement of the Law (2d) of Torts*, Washington D.C., American Law Institute, 1981.

52. *Law Reform Commission* del Parlamento británico de 1997.

53. "Elmer Gertz v. Robert Welch, Incorporated", 418 U.S. 323.

54. Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", en Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) y Parellada, Carlos A. (coord.), *Derecho de Daños, Segunda Parte (Homenaje a Félix Trigo Represas)*, Buenos Aires, La Rocca, 1993.

55. [1964] AC 1129, [1964] 1 All ER 367, [1964] UKHL 1.

En los Estados Unidas pueden señalarse como antecedentes de imposición de *punitive damages* los casos "Genay v. Norris" de 1784 y "Coryell v. Colbaugh" de 1791.[56] La Corte Suprema de ese país, si bien los había justificado en el caso de 1853 "Seymour vs. Mc Cormick",[57] no fue hasta la década de 1990 que se expidió, como se verá, en varios casos sobre la constitucionalidad en cuanto a montos extraordinarios.

En los Estados Unidos, los daños punitivos suelen cumplir dos propósitos: (1) castigar a una parte por participar en actos ilícitos, maliciosos o conducta escandalosa, y (2) para disuadir a esa parte y a otros de participar en el comportamiento prohibido en el futuro. Su regulación es estadual. Algunos Estados permiten lo que llaman reparación ejemplar solo para compensar al demandante cuando los daños son difícil de determinar y no castigar al acusado. Los daños punitivos están permitidos en la gran mayoría de los Estados, aunque las circunstancias que permiten dicha imposición varían mucho. Se han permitido en acciones que involucran daños, contratos, derecho de propiedad, navegación, trabajo y familia. Cinco Estados prohíben por completo la concesión de daños punitivos o restringir severamente su uso. También la prohíben algunas leyes a nivel federal.[58]

La mayoría de los Estados permite daños punitivos cuando el acusado ya haya sido objeto de proceso penal por la misma conducta que dio lugar a la demanda de daños o cuando la conducta ilícita del acusado lo expondría a él a sanciones penales. Hay dos justificaciones para esta regla. La primera es que la prohibición de la doble incriminación se aplica solo a múltiples procesos penales y, por lo tanto, tales acciones no excluyen sanciones punitivas o daños y perjuicios. La segunda es que las sanciones civiles y penales sirven propósitos diferentes: las sanciones penales reparan un daño causado al público, mientras que los daños punitivos en una acción civil para reparar un daño causado a un privado.[59]

Con respecto a la determinación del monto de los daños punitivos, la práctica ha sido otorgar al jurado una amplia discreción. Específicamente, bajo el enfoque tradicional, una vez que se determina que

56. "Coryell v. Colbaugh", 1 N.J.L. 77 (1791); "Genay v. Norris", 1 S.C. L. 6, 7 (1784).
57. "Seymour v. McCormick", 57 U.S. 480 (1853).
58. Gotanda, John, "Punitive damages: a comparative analysis", *op. cit.*
59. Ídem.

la conducta justifica otorgar daños punitivos, el jurado determina el monto, "considerando la gravedad del mal y la necesidad de disuadir conductas similares. Varios Estados limitan la cantidad de daños punitivos que pueden ser otorgados. Durante más de 200 años, la Corte Suprema se negó a colocar límites constitucionales a las concesiones por jurado de daños punitivos. La Corte basó esta política de no intervención en el reconocimiento histórico de daños punitivos en Estados Unidos e Inglaterra. Luego, a partir de mediados de los años 1990, emitió una serie de decisiones que limitan las indemnizaciones por daños punitivos y estableciendo procedimientos que los tribunales deben seguir al revisar dichas sentencias. Dichos pronunciamientos manifiestan que el debido proceso exige que se establezcan salvaguardias para garantizar equidad en la concesión de daños punitivos y prohíbe la concesión de sanciones punitivas manifiestamente excesivas, razonables y proporcionadas a los males acaecidos".[60]

Fuera del *Common Law*, los daños punitivos están presentes en legislaciones mixtas –como Quebec (Canadá),[61] Filipinas o India– en la República Popular China,[62] en Chile[63] y en Argentina.

60. Ídem.

61. Código Civil de Quebec, art. 1621: "Cuando la ley prevea la imposición de daños e intereses punitivos el monto no puede exceder en su valor lo suficiente para asegurar su función preventiva. Los daños punitivos se aprecian tomando en cuenta las circunstancias apropiadas, en particular la gravedad de la falta cometida por el deudor, su situación patrimonial, la dimensión de la reparación que debe afrontar ante el acreedor y, cuando tal sea el caso, total o parcialmente, asumido por un tercero".

62. Ley de protección al consumidor China 1993, art. 49: "Los operadores de negocios que realizan actividades fraudulentas en el suministro de productos o los servicios deberán, a petición de los consumidores, aumentar las compensaciones por las pérdidas de las víctimas. El monto incrementado de las compensaciones será dos veces el costo que los consumidores hayan pagado por los productos comprados o servicios recibidos".

63. En virtud de la reforma introducida a la LPDC por la Ley Nº 21081, los daños punitivos se consagran en la letra c) del artículo 53 C 10, ubicado en el título dedicado al procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso. La señalada letra faculta al juez para incrementar en un 25% la indemnización de perjuicios otorgada a los afectados, cuando se verifique alguna de las circunstancias agravantes de la responsabilidad administrativa del inciso quinto del artículo 24 de la LPDC (Hernandez-Paulsen, Gabriel y Ponce-Marquez, Matías, "Daños punitivos, especialmente para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores". Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722022000100063&lng=es&nrm=iso [Fecha de consulta: 06/9/2023]

Antecedentes en el derecho argentino

Hacia la década de 1990 en la doctrina argentina comenzaba a analizarse el instituto de los daños punitivos y promoverse la necesidad de su regulación.[64]

Otras voces, sin embargo, manifestaban su oposición[65] bajo los siguientes argumentos:

1. La incompatibilidad de las multas civiles con nuestro sistema de responsabilidad civil.
2. La no existencia de penas privadas dentro del ordenamiento civil.
3. La violación a garantías constitucionales que implica la admisión de la figura.
4. La grave afectación de la economía de una comunidad que la aplicación de estas penas puede producir.
5. La inutilidad de los daños punitivos para cumplir con la finalidad preventiva del actual derecho de daños.
6. Las grandes dificultades prácticas que conlleva la aplicación de estas multas en la realidad.[66]

Las discusiones se manifestaron también en los eventos científicos. En 1993, en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en Tucumán, se recomendó profundizar el análisis sobre la conveniencia

64. Kraut, Alfredo J., "Faceta preventiva y sancionatoria del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva", *JA* 1989-III-909; Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", *op. cit.*; Kemelmajer de Carlucci, Aída, "¿Conviene la introducción de los llamados 'Daños Punitivos' en el derecho argentino?", en *Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Época, Año XXXVIII, N° 31, 1993, p. 71.

65. Bustamante Alsina, Jorge, "Los llamados 'daños punitivos' son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", en *LL* 1994-B-860; "Algo más sobre los llamados 'daños punitivos'", *LL* 1994-D-863; Camps, Carlos E., "De los daños punitivos al enriquecimiento sin causa en el derecho civil ambiental", *JA* 2001-I-1105; Martinotti, Diego F., "Los daños punitivos en el Proyecto de Código Civil de 1998", *LL* 2001-F-1317; Mayo, Jorge, "La inconsistencia de los daños punitivos", *LL* 2009-B-1269; Picasso, Sebastián, "Sobre los denominados daños punitivos", *LL* 2007-F-1154; "Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor", Suplemento Especial "Reforma de la Ley de defensa del consumidor", abril de 2008, p. 123; y Rovira, Alfredo L., "El proyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor: un obstáculo al desarrollo económico", *JA* 2007-I-1172.

66. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los Daños Punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009.

cia de acoger un sistema de penas privadas, a semejanza de los daños punitivos o ejemplares del *Common Law*, de manera unánime; mientras que en 1995, en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Mar del Plata, se concluyó que era conveniente que se incluya una regulación acerca de la indemnización punitiva en supuestos especiales.

La primera iniciativa legislativa en la materia fue el Proyecto de Código Civil de 1998, que establecía en su artículo 1587:

> Multa civil. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada.

Sobre dicho proyecto se pronunciaron en 1999 las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en la Universidad Nacional del Litoral, que concluyeron lo siguiente:

> De *lege lata*.
> 1. La sanción o punición de ciertos ilícitos contractuales o extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro derecho vigente, y se manifiesta en institutos como la cláusula penal, los intereses punitorios, sancionatorios, astreintes, entre otros (unanimidad).
> 2. Sin embargo, el actual sistema normativo en materia de penas privadas es insuficiente y requiere de una pronta reforma legislativa que las recepte con mayor amplitud (unanimidad).
> 3. No estando prevista la regulación de condenaciones punitivas o daños punitivos o multas civiles dentro de la sistemática legal del Código Civil, su admisión por vía jurisprudencial pone en riesgo garantías y derechos constitucionales (unanimidad).
>
> De *lege ferenda*
> 1. Es aconsejable la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas legales, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero (unanimidad).
> 2. Las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (*vgr.*, *non bis in idem*, prohibición de autoincriminación, personalidad de la pena, etc.). Es preciso, en cambio, que ellas no sean excesivas y que resulten respetadas las

garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa (unanimidad).

3. Las penas privadas tienen por finalidad prevenir graves inconductas futuras ante el temor que provoca la sanción; reflejar la desaprobación social frente a estas; en su ámbito específico, proteger el equilibrio de mercado; y desmantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente los de carácter lucrativo (unanimidad).
4. Posición a) Conviene limitar la aplicación de penas privadas a casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos (mayoría).
   Posición b) Solo procede la aplicación de penas privadas en los casos de ilícitos lucrativos (minoría).
5. Posición a) Es necesario que medie reproche subjetivo en la conducta del sancionado (mayoría).
   Posición b) Cuando la finalidad de la pena apunte exclusivamente a desmantelar los beneficios obtenidos por el dañador será suficiente la culpa. Cuando la finalidad sea prevenir graves inconductas y reflejar su desaprobación será necesaria una culpa calificada (minoría).
6. Es prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible individual o colectivo causado por el sancionado (unanimidad).
7. Posición a) El destino de la pena debe ser librado por la Ley a la prudente determinación judicial por resolución fundada (mayoría).
   Posición b) En caso de un particular damnificado el importe debe ser atribuido a la víctima. En caso de daños a intereses difusos debe ser destinado al Estado o a organismos que propendan a aquellos fines (liga de consumidores, asociaciones ambientalistas, etc.) (segunda minoría).
   Posición c) En principio, si media petición de parte, una porción de la condenación punitiva deberá adjudicarse a la víctima, y la otra (mayor) a entidades de bien público (primera minoría).
8. Las penas privadas solo pueden ser aplicadas a petición de parte (unanimidad).
9. Pueden ser sujetos pasivos de las penas privadas tanto las personas físicas como jurídicas, públicas o privadas (unanimidad).
10. Como regla las penas privadas no son asegurables (unanimidad).
11. Deben considerarse como pautas orientadoras para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, entre otras, los siguientes: a) la índole de la inconducta del dañador; b) el beneficio obtenido por este;

c) su caudal económico; d) la repercusión social de su inconducta o del daño ocasionado; e) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f) la naturaleza de la relación entre el dañador y el dañado; g) la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas, en cuanto ellas puedan conducir a una sanción excesiva o irrazonable; h) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i) la actitud de dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena (unanimidad).

12. Es plausible la regulación específica de las multas civiles que efectúa el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1587 (unanimidad).

Agregado suscripto solo por el Dr. Tale: "Sin embargo el enunciado propuesto debe corregirse de modo tal que: a) exprese la aplicación judicial en términos imperativos cuando medie pedido de parte; b) se elimine la ambigüedad que puede suscitarse respecto de su aplicabilidad a las personas jurídicas por culpa de sus dependientes; c) exprese la no asegurabilidad de la sanción; d) se elimine la vaguedad del destino del importe de la multa".

Agregado de los Dres. Galdós, Piaggio y Vetrano al art. 1587 proyectado: "Si la aplicación simultánea de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un mismo hecho provocara un exceso irrazonable de punición, el juez civil podrá dejar sin efecto la multa administrativa, incluirla o computarla a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez civil podrá decretar la inaplicabilidad al caso de la multa civil".[67]

En su trámite por la Cámara de Diputados, el texto sufrió modificaciones, siendo el artículo reemplazado por el siguiente:

> El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos cuando afecte o pudiere afectar intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta.
>
> La multa se destinará al "Fondo de garantía para víctimas" con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas por sentencias contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El tribunal podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento.

67. XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo en la Universidad Nacional del Litoral, 1999. Disponible en: https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/89-1999-xvii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-del-litoral [Fecha de consulta: 15/02/2024]

> La multa solo podrá imponerse una vez por los mismos hechos. A tal fin, el Ministerio de Justicia centralizará en un registro especial la información sobre las multas que se impongan por los distintos tribunales del país, informe que deberán pedir los tribunales antes de resolver sobre su imposición.

El proyecto, finalmente, no fue aprobado.

Posteriormente, en 2005, en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en la Universidad de Buenos Aires se concluyó: "La estimativa jurídica actual de los derechos personalísimos emplazados constitucionalmente, ha potenciado las vías de tutela preventivas, resarcitorias y punitivas frente a atentados contra la dignidad humana y los derechos personalísimos que la misma conlleva".[68]

Asimismo, en 2007, en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora, se concluyó:

> Posición A: Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos y con reflexión del destino que debe darse a las indemnizaciones (En Minoría: Bueres, Pizarro, Saux, Loustanau, Rinessi, Fumarola, Parellada, Rugna).
> Posición B: Resulta conveniente legislar un sistema de indemnizaciones punitivas para ciertos casos con destino a la víctima, en los cuales la cuantificación tenga en miras el patrimonio del agente dañador (Mayoría: Wayar, Lopez Herrera, Alejandro Taraborreli, Cornet, Castro, Magri, Berton, Sagarna, Moeremans, Urrutia, Abdala, Flass, Jalil, Hersalis, Leiva, Ambos).[69]

La mayoría de la doctrina promovía, por lo tanto, su incorporación al Derecho argentino.[70]

---

68. Disponible en: https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/92-2005-xx-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-de-buenos-aires [Fecha de consulta: 16/02/2024]

69. Disponible en: https://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/93-2007-xxi-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-de-lomas-de-zamora [Fecha de consulta: 16/02/2024]

70. Trigo Represas, F., "Los daños punitivos", en Alterini, Atilio A., López Cabana, Roberto M. (dirs.), *La Responsabilidad. Libro en Homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 283; Mosset Iturraspe, J., "La 'multa civil' o daño punitivo. Comentario al Proyecto de Código Civil de 1998", *LL* 2000-B-1277; Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en Bueres, Alberto y Kemelmajer de Carlucci, Aída (dirs.), *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Buenos Aires, Abeledo Perrot,

Su incorporación por la Ley Nº 26361

El escenario cambió significativamente con la sanción de la Ley N° 26361. Dicha ley produjo importantes transformaciones en el derecho del consumidor argentino; entre ellas, el ingreso de los daños punitivos al derecho positivo argentino.[71]

En los fundamentos del proyecto de ley y en Dictamen de la Cámara de Diputados se sostenía que "con el daño punitivo se trata de desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio pues, en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad".

Su incorporación fue celebrada por la mayoría de la doctrina.[72] La incorporación del instituto se inscribía en las transformaciones operadas en el derecho privado argentino, que produjo un tránsito de la responsabilidad civil clásica, centrada en el reproche de conducta a un derecho de daños moderno, constitucionalizado y convencionalizado, que posa su mirada especialmente en la víctima que ha sufrido injustamente un daño, y que dimensiona como sus funciones no solamente la reparación de los daños, sino también su prevención, sanción y disuación, especialmente en el caso de los consumidores, bajo la perspectiva del principio protectorio, de rango iusfundamental.

También fue alertada la deficiente técnica legislativa de la redacción de la norma.[73] Sin embargo, como se verá, eso no imposibilitó su aplicación ni tachó a la norma de inconstitucional.

1997, p. 188; Galdós, Jorge M., "Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: Primeras aproximaciones", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 5, 1999; Padilla, René, *Sistema de la Responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, pp. 39-40; Lorenzetti, Ricardo A., *Las normas fundamentales del derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 391; Alterini, Atilio A., *Contratos civiles-comerciales-de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 604.

71. Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", *LL* 2009-B-949.

72. Lopez Herrera, E., *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 317.

73. Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", *op. cit.*

Aspectos terminológicos

En el *Common Law*, donde surgió el instituto, se los denomina *punitive damages* en los Estados Unidos y *exemplary damages* en el Reino Unido. Otras denominaciones usadas en inglés son *compesatory damages, multiple damages, presumptive damages, vindictive damages o treble damages* y de manera coloquial *smart money*.[74]

El artículo 52 bis utiliza los términos "daño punitivo" y "multa civil".

Otras fórmulas que propone la doctrina son "daños punitivos", "indemnización punitiva", "sanción punitiva", "condenaciones punitivas" o "sanción pecuniaria disuasiva"

Creemos que las más adecuadas son "daños punitivos" (en plural) y "multa civil".[75]

La voz "daños" en la frase "daños punitivos" parece tener un significado distinto del utilizado cuando va acompañado con bienes e intereses jurídicos. Por ejemplo, cuando se expresa "daño moral" o "daño estético" se hace referencia a la esfera de una persona que ha sufrido un detrimento y que debe ser resarcida. Sin embargo, la gran diferencia de los daños punitivos con el resto es su finalidad. El concepto que se ha construido alrededor de la expresión no sugiere reparación o indemnización alguna por un daño o detrimento a una persona en cualquiera de sus facetas o esferas, sino que refiere a una pena que se le impone a quien haya causado dolosamente un daño, con la finalidad de castigarlo y de disuadir conductas iguales o similares de él o de un tercero.[76]

Conceptualización

Diversas han sido las definiciones relativas a los daños punitivos en la doctrina y jurisprudencia.

74. Kemelmajer de Carlucci, Aída R., "¿Conviene la introducción de los llamados 'Daños Punitivos' en el derecho argentino?", *Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Segunda Época, Año XXXVIII, N° 31, 1993, p. 71.

75. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los Daños Punitivos en la Argentina*, *op. cit.*

76. Volio González, Marcelo y Volio González, Sebastián, *Daños punitivos en sistemas civilistas: el caso de Costa Rica*. Disponible en: http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/2917/1/38700.pdf [Fecha de consulta: 21/09/2023]

En el ya referido trabajo pionero, Pizarro los caracterizaba como:

> … sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.[77]

Desde su visión crítica del instituto, Bustamante Alsina los definía como:

> … una indemnización incrementada, reconocida al actor por encima de lo que simplemente le compensaría el daño patrimonial, cuando ese daño ha sido agravado por circunstancias de violencia, opresión, malicia, fraude, engaño o conducta dolosa por parte del demandado. Su objeto es compensar al actor por la angustia sufrida, herida en sus sentimientos, vergüenza, degradación u otras consecuencias de la conducta ilícita, o también para castigar al demandado por su mala conducta y lograr que se haga un ejemplo del caso, previniendo futuras inconductas semejantes ante el temor de la punición.[78]

Chamatropulos, por su parte, los caracteriza como:

> … sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no solo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero) sino también de otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria, de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad.[79]

Irigoyen Testa, por su parte, desde una visión del análisis económico del derecho, los perfila como:

> … condenas judiciales de dinero que, sumadas a las indemnizaciones compensatorias, deberá afrontar aquel que –mediante una grave

77. Pizarro, Ramón D., "Daños punitivos", *op. cit.*

78. Bustamante Alsina, J., "Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil", *LL* 1994-B-863.

79. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los Daños Punitivos en la Argentina*, *op. cit.*, p. 21.

violación a la ley– no cumplió con el nivel de precaución socialmente deseable, dado que especuló con una baja probabilidad (menor que el 100%) de ser condenado por el valor total del daño causado y/o esperado y que conducen al punto de equilibrio óptimo del mercado, internalizándose los costos sociales en la producción de bienes.[80]

Constitucionalidad

Alguna doctrina ha afirmado que la regulación de los daños punitivos sería inconstitucional por ser una sanción penal extraña a nuestro sistema de responsabilidad civil. Señalan que la gran mayoría de las conductas de proveedores por las cuales se podrían aplicar daños punitivos son encuadrables en distintas figuras que componen el Código Penal.[81]

Sin embargo, a la fecha no hay pronunciamiento jurisprudencial firme que haya tachado el instituto de inconstitucional. Por el contrario, varios casos han reafirmado su constitucionalidad y fundamento en el artículo 42 CN.[82]

Se ha sostenido que, pese a la imprecisa formulación legal, el instituto no se presenta incompatible con la Constitución Nacional, ni tampoco con el sistema represivo, sino que, por el contrario, resulta una herramienta complementaria y hasta superadora en algunos aspectos, alcanzando (con la aplicación prudente y responsable de los magistrados) el castigo y la previsión de conductas dañosas que generalmente escapan a la Justicia Penal.[83]

80. Irigoyen Testa, Matías, "Daños punitivos. Análisis económico del Derecho y teoría de juegos", *JA* 2006-II-1024.

81. Picasso, Sebastián, "Comentario al art. 52 bis LDC", en Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto A. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. I, p. 593 y ss.

82. CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala I, "A., L. A. c. Amx Argentina S.A. s/ rescisión de contratos civiles/comerciales", 11/06/2014, La Ley online, AR/JUR/29911/2014; CCiv. y Com. Jujuy, sala II, "De Los Ríos, Marta Susana c/ Autotransporte Andesmar S.A. s/ acción emergente de la ley del consumidor", 10/02/2014, LLNOA 2014 (abril), 333 ; ST Jujuy, "Montaldi, Juan José c/ Telecom Argentina S.A. s/violación a la ley 24.240", 30/10/2013, DJ 07/05/2014, 70; CS Tucumán, "Alu, Patricio Alejandro c/ Banco Columbia S.A. s/ sumarísimo (residual)", 22/04/2013, LA LEY 26/06/2013.

83. TSJ Córdoba, 10/5/2016, "Defilippo, Darío Eduardo y otro v. Parra Automotores SA", 27/07/2016.

Naturaleza jurídica

Los daños punitivos se inscriben, como hemos sostenido en otra oportunidad, dentro del poder punitivo estatal, como las sanciones administrativas y el derecho penal.[84]

Los daños punitivos tienen, por lo tanto, carácter sancionatorio.

Debemos recordar que la Corte estadounidense, en 1974, ha caracterizado a los daños punitivos como una sanción, más específicamente, como una multa privada.[85]

Las sanciones no son algo ajeno al derecho privado. Ejemplo de ello son institutos como la cláusula penal, los intereses sancionatorios, los intereses punitorios o la doble indemnización laboral.

Finalidad

Los daños punitivos juegan un rol preventivo, disuasivo, ejemplificador y sancionatorio, diferente en cuanto a sus reglas de determinación y finalidad de otras herramientas o esferas de responsabilidad del ordenamiento jurídico, como la responsabilidad penal, administrativa sancionadora o de las facultades sancionatorias del juez en el proceso ante supuestos de temeridad y malicia, como en el caso. Nada obsta a que, en un supuesto particular, coexistan responsabilidad penal, administrativas, civil y sanciones en el marco del proceso, toda vez que estas constituyen esferas de responsabilidad autónomas, regidas por diferentes normas, principios y bienes jurídicos tutelados.[86]

Por consiguiente, los daños punitivos constituyen una herramienta eficaz en manos de la autoridad jurisdiccional a efectos, además de sancionar una conducta reprochable, de disuadir la conducta del sujeto dañador y de otros competidores en el mercado, ejemplificar

84. Barocelli, Sergio Sebastián, "Impactos en el derecho del consumidor ante el nuevo Código Civil y Comercial y sus incidencias en el derecho penal", en Zaffaroni, Eugenio Raúl y Herrera, Marisa (dirs.), *El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho Penal*", Buenos Aires, Hammurabi, 2016, p. 431 y ss.

85. Caso "Gertz v. Robert Welch, Inc.", 418 US, 323, 350 (1974), cit.

86. Barocelli, Sergio Sebastián, "Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos", en *DCCyE*, febrero de 2014, 03/02/2014, p. 80.

escenarios de particular gravedad y prevenir eventuales situaciones análogas en el futuro.

Requisitos para su admisibilidad

Se ha sostenido que de acuerdo con la norma que comentamos, la concesión de daños punitivos presupone: i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; ii) la petición del damnificado; iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; iv) la concesión en beneficio del consumidor; y v) el límite cuantitativo determinado por el artículo 47 de la Ley Nº 24240. Asimismo, sin perjuicio de que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva –ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva–.[87]

Analizamos estos puntos a continuación.

Grave desprecio de los derechos de los consumidores

De una lectura literal del artículo 52 bis LDC uno podría inferir que bastaría como requisito de su imposición un mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales con el consumidor. De esta manera lo ha entendido alguna doctrina considerando así un elemento objetivo.[88]

En una posición intermedia, algunos autores plantean como requisito una conducta descalificable desde un punto de vista objetivo. Sostienen que se cumpliría la condición en cuestión con la indiferen-

87. CNCom, Sala F, "Iglesias, Lucas Daniel c/ Aseguradora Federal Argentina S.A. sobre sumarísimo", 02/07/2013, en *DCCyE*, febrero de 2014, 03/02/2014, p. 80.

88. Vergara, Leandro, "Reglas, funciones y objetivos de la responsabilidad civil: especial referencia al límite cuantitativo de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil para el año 2000", *LL* 1999-E-1135 y "La multa civil. Finalidad de prevención. Condiciones de aplicación en la legislación argentina", en *Revista de Derecho de Daños*, 2011, N° 2 (Daño punitivo), p. 329; Lovece, Graciela, "De los daños punitivos a la sanción pecuniaria disuasiva en el Proyecto de Código", *LL* 2012-D-1187.

cia hacia el prójimo o el abuso de una posición de privilegio.[89] Afirman en este sentido que exigir dolo o culpa grave constituye en muchos casos una prueba diabólica, por lo que bastaría una conducta grave, alevosa o reincidente.

Por nuestra parte, adherimos a la posición mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia que entiende como requisito un elemento subjetivo.

Entendemos que estar a la literalidad de la norma constituye una desnaturalización del instituto, conforme se ha analizado su finalidad y su desarrollo en el derecho comparado.

Para ello, para poder aplicar los daños punitivos no bastará un mero incumplimiento del proveedor, que encuentra en la dimensión resarcitoria una respuesta adecuada y plena, sino algo más. Ese algo más son graves inconductas con una intención subjetiva especial del dañador: temeridad, malicia, grave menosprecio o indiferencia hacia el otro, abuso de poder, entre otras situaciones; es decir, acreditar dolo o culpa grave del proveedor.

El incumplimiento es la *condictio sine qua non* para que proceda la condena por daños punitivos, pero no resulta suficiente por sí sola. En consecuencia, se considera necesario que el autor actúe con dolo o culpa grave.[90]

Por su parte, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se concluyó que para que proceda la aplicación de la multa civil regulada en el artículo 52 bis de la LDC tenía que tratarse de "… casos de particular gravedad, que trasunten menosprecio por derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los supuestos de ilícitos lucrativos, con la finalidad de desmantelar plenamente sus efectos".[91]

Por lo tanto, ese menosprecio hacia los derechos de los consumidores debe materializarse en un perjuicio que por su gravedad y

89. Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización punitiva", en *Lexis*, N° 1010/002933.

90. Rigoyen Testa, Martín, "¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por Daños punitivos?", en *RCyS* 2009–IX, p. 16.

91. XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión Nº 9: "Derecho Interdisciplinario: Derechos del consumidor: incidencias de la reforma introducidas por la ley 26.361", celebradas en la Universidad Nacional de Córdoba en 2009. Disponible en: http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/01/Ed-anteriores-26-XXII-Jornadas-2009.pdf [Fecha de consulta: 11/09/2023]

trascendencia social exija una sanción ejemplar a fin de evitar una reiteración de la conducta dañosa. Ello marca, por lo tanto, su carácter excepcional en su aplicación.

Así, ha sostenido la jurisprudencia que su imposición requiriere un plus consistente en una conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo,[92] o una actitud groseramente negligente o indiferente,[93] o el enriquecimiento indebido derivado de un ilícito.[94] Debe tratarse de un perjuicio que por su gravedad y trascendencia social exija una sanción ejemplar a fin de evitar una reiteración de la conducta dañosa. No basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor, sino que hace falta algo más: el elemento subjetivo que consistiría en un menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa; aquella que se presente objetivamente descalificable desde el punto de vista social, disvaliosa por inercia, indiferente hacia el prójimo, con desidia, con abuso de una posición de privilegio, es decir, "graves inconductas".[95]

Una excepción a este requisito parecería ser en aquellos casos en que existiese una práctica comercial vulneradora del trato digno y equitativo o una vulneración del artículo 8 bis LDC, toda vez que la redacción de dicho artículo señala que

> Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

Así lo ha interpretado cierta jurisprudencia.[96]

92. TSJ Córdoba, "Teijeiro (o) Teijeiro, Luis Mariano c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. s/ abreviado - otros - recurso de casación", 15/04/2014, publicado en *LL* 2014-C-50.

93. CCiv. y Com. Salta, Sala I, "P., D. H. c/ Telecom Personal S.A.", 13/04/2011, publicado en *LL* 2011-C-123.

94. CSJ Tucumán, Sala civil y penal, "Borquez, Juana Francisca c/ Cía. de Teléfonos del Interior S.A. CTI Móvil s/ daños y perjuicios", 06/12/2011, publicado en *LL* 2012-C-469.

95. TSJ Córdoba, "Defilippo, Darío Eduardo y otro c/ Parra Automotores S.A. y otro", 05/10/16, publicado en *JA* 2016-07-27.

96. CCiv., Com. y Min. General Roca, "Ríos, Juan Carlos c/ Lemano S.R.L. Altas Cumbres", 26/03/2010, publicado en *RCyS* 2010-XII-225; JCiv. y Com. N° 5 San Nicolás,

Otra situación particular parecería ser cuando las víctimas resultan ser consumidores hipervulnerables. No resultó casual que el primer caso en el cual se aplicó en la jurisprudencia argentina[97] la multa civil contemplada en el artículo 52 bis de la LDC se trató de una vulneración a los derechos de un consumidor hipervulnerable.[98]

En ese sentido, resulta interesante lo resuelto en el caso "G. I. T. c/ Swiss Medical SA s/ordinario",[99] en el cual se trató la imposición de los daños punitivos ante la falta de cobertura médica a una persona menor de edad con discapacidad. El fallo estableció un estándar que merece ser puesto de resalto: "tolerancia cero" en casos de hipervulnerabilidad. Es decir, frente a situaciones dañosas en las que se ponen en juego derechos de consumidores hipervulnerables, no deben caber dudas respecto a la existencia de responsabilidad en relación a las empresas de medicina prepaga, en la materia del caso, fundamentalmente cuando lo que está en juego es el derecho a la salud, de forma tal que la aplicación de daños punitivos es una consecuencia necesaria.[100]

Por lo tanto, entendemos que las conductas indiferentes a los derechos de los consumidores hipervulnerables por parte de los proveedores constituyen *per se* una conducta gravemente reprochable a los fines de establecer la procedencia de los daños punitivos.[101]

"Taborda, Pablo Alcides c/ AMX Argentina S.A. s/ daños y perjuicios", 10/04/2012, publicado en *DJ* 2012-09-19, p. 12.

97. C. 1a de Apel. en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, "Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina", del 25/05/2009, publicado en *LL* 2009-C-647.

98. Mendieta, Ezequiel, "Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables." Ponencia al XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. Disponible en: https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Mendieta-Da%C3%B1os-punitivos-y-su-relaci%C3%B3n-con-consumidore-shipervulnerables.pdf [Fecha de consulta: 12/09/2023]

99. CNCom., Sala B, "G. I. T. c/ Swiss Medical SA s/ ordinario", en *RCyS* 2016-IX, p. 89.

100. Mendieta, Ezequiel, "Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables", *op.cit.*

101. Barocelli, Sergio Sebastián, *La problemática de los consumidores hipervulnerables en el derecho del consumidor argentino,* Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho. Secretaría de Investigación. Departamento de Publicaciones, 2020.

A instancia del damnificado

El artículo 52 bis establece que los daños punitivos solo proceden a petición de parte. Es decir, deben ser peticionados de manera expresa por los consumidores damnificados. Por consiguiente, los jueces no podrían aplicarlos de oficio.

Se considera que permitir la aplicación de oficio de la multa civil implicaría la imposición de una sanción sin garantizársele al destinatario de la misma el ejercicio de su derecho de defensa.[102] Agrega la jurisprudencia que se vulneraría, en última instancia, el principio de congruencia.[103]

Respecto al momento procesal de peticionarlo, se entiende que debería ser en el escrito de demanda o al momento de plantear la reconvención. Así, por ejemplo, se ha rechazado su petición en la etapa recursiva.[104]

No obstante, entendemos que podría peticionarse durante el proceso si se toma conocimiento del accionar malicioso del proveedor cuando promedie la etapa probatoria, configurándose como un hecho nuevo que invocar.

Carácter accesorio

La petición de daños punitivos resulta accesoria a la faz resarcitoria de la responsabilidad por daños.

El artículo en análisis establece que la imposición de multa civil es "independientemente de otras indemnizaciones que correspondan". Esto es, los daños punitivos son subsidiarios a que el consumidor acredite daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la acción u omisión del proveedor.

Este criterio es el que prima en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE. UU., conforme el caso "Carey v. Piphus" de 1978, donde se sostuvo que, sin prueba de perjuicios sufridos, no hay daños punitivos. [105]

102. Molina Sandoval, Carlos A., *Derecho del Consumo*, Córdoba, Advovatus, 2008, p. 87.

103. CSJ Tucumán, Sala civil y penal, "Borquez, Juana Francisca c/ Cía. de Teléfonos del Interior S.A. CTI Móvil s/ daños y perjuicios", 06/12/2011, publicado en *LL* 2012-C-469, cit.

104. CNCiv., Sala A, "R., F. E. c/ Bayer S. A. y otros s/ daños y perjuicios", 22/08/2012, publicado en *LL* 2012-F-411; CCiv. y Com. 1ª San Nicolás, "Ruiz, Lucas Román c/ BBVA Banco Francés S.A. s/ daños y perjuicios", 24/05/2012, publicado en *RCyS* 2012-IX, p. 75.

105. 435 U.S. 247, 259 (1978).

La multa civil es accesoria a la reparación. No hay multa civil sin sujeto condenado a reparar, pero puede existir reparación sin multa. En la reparación se desvaloriza la producción del daño en la esfera de la víctima. En cambio, la aplicación de la multa supone la desvalorización del actuar gravemente reprochable del autor del daño, siendo este el segundo presupuesto de aplicación de multas civiles.[106]

Desde el punto de vista procesal, los daños punitivos carecen de acción autónoma para su promoción, pues necesitan en todos los casos contar con una causa principal. No existe posibilidad alguna, desde el punto de vista del procedimiento, de solicitar en forma autónoma daños punitivos.[107]

Alguna posición plantea la posibilidad de su reclamo de manera autónoma,[108] por ejemplo, en el marco de una acción preventiva. Así lo ha reconocido algún fallo.[109]

Creemos, por nuestra parte, en el carácter accesorio, esto es, que siempre debe existir un daño, material o extrapatrimonial para poder solicitar daños punitivos, por más pequeños que sean.

Carácter excepcional

La aplicación de los daños punitivos requiere del juzgador su aplicación excepcional y selectiva.

No basta un simple daño, sino que debe tratarse de un perjuicio que por su gravedad y trascendencia social exija una sanción ejemplar a fin de evitar una reiteración de la conducta dañosa.[110]

Al concebirse a los daños punitivos como una herramienta de uso excepcional y su carácter disuasivo, debe evitarse su aplicación masiva,

106. Díaz Fernández, Hugo, *Aplicación de multas civiles al medioambiente en el Derecho Uruguayo*. Montevideo, La Ley. 2007, p. 5.

107. Expósito, Juan C., *Los daños punitivos y su encuadre frente a la responsabilidad civil en Argentina*, Buenos Aires, UCES, 2018. Disponible en: http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/4907 [Fecha de consulta: 04/09/2023]

108. Álvarez Larrondo, Federico M., "La incorporación de los daños punitivos al Derecho de Consumo argentino", en *JA* 2008-II-1246.

109. Corte Suprema de Justicia de Tucumán, "Asociación de Consumidores del NOA y otro c/ Sparapani, Guillermo s/ Especiales", IJ-CMXIV-912, 25/07/2019.

110. Barocelli, Sergio Sebastián y Pacevicius, Iván V., "Sobre los daños punitivos, su naturaleza y constitucionalidad", en *SJA*, 27/07/2016, p. 30.

dado que perdería el efecto preventivo que busca tener el instituto para convertirse en una simple multa más en el mejor de los casos.[111]

Pautas de graduación y cuantificación

La norma bajo análisis dispone que los daños punitivos se graduarán en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. La norma es, en sí, abierta y flexible.

Aquí encuentra especial atención merituar la relevancia de las actividades o servicios especialmente sensibles, por sus implicancias en la salud, seguridad o el ambiente, servicios públicos, por implicar prácticas comerciales generalizadas abusivas, engañosas o desleales, o por implicar bienes o servicios destinados a consumidores hipervulnerables, conforme las Resoluciones SCI N° 139/2020 y 11/GMC/2021 del MERCOSUR.

En cuanto a las demás circunstancias, podemos mencionar aquí, por ejemplo, tomando pautas del derecho comparado, el grado de asimetría informativa existente entre proveedor y consumidor,[112] los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado o la probabilidad de detección de la infracción.[113] Resultan aquí también de interés la aplicación de las herramientas del análisis económico del derecho.[114]

Al tratarse de una sanción civil, es que parte de la doctrina concuerda en aplicar también los criterios que establece el artículo 49 LDC, es decir, tener en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los

111. Mendieta, Ezequiel, "Los daños punitivos y su relación con los consumidores hipervulnerables." Ponencia al XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. Disponible en: https://www.derechouns.com.ar/wp-content/uploads/2018/05/01-Mendieta-Da%C3%B1os-punitivos-y-su-relaci%C3%B3n-con-consumidore-shipervulnerables.pdf [Fecha de consulta: 12/09/2023].

112. Ley N° 19496, art. 24, de Chile.

113. *Código de Protección y Defensa del Consumidor del Consumidor del Perú*, art. 112, inc. 2.

114. Ossa Bocanegra, Camilo E., "Análisis económico de las sanciones administrativas en el derecho de la competencia y el consumo", en *Revista Derecho del Estado*, N° 35, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2015, pp. 151-179. Disponible en: http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n35.06

riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción, su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

Respecto a su cuantificación, el artículo 52 bis establece un tope para su cuantificación. Se establece que la multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

Dicho tope era originalmente de cinco millones de pesos. El artículo 119 de la Ley N° 27701 actualizó el monto de las multas, estableciendo que serán el monto equivalente a cero coma cinco (0,5) a dos mil cien (2.100) canastas básicas total para el hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).[115]

La actualización de los montos de las multas administrativas y los daños punitivos era algo largamente reclamado por la doctrina, las autoridades administrativas y las organizaciones de consumidores, máxime en el contexto de economía inflacionaria en la que está Argentina.[116] Sin embargo, hubiese sido más adecuado, a nuestro entender, establecerlo en equivalencia en salarios mínimos vitales y móviles, como lo hace la Ley N° 26993 y los proyectos de Código de Defensa de las y los Consumidores.

Una cuestión importante es que la cuantificación de los daños punitivos no requiere tener correlato con la faz resarcitoria de la responsabilidad por daños.

Así, es necesario distinguir entre el daño causado al consumidor en particular y el daño que el proveedor causa a la sociedad en su conjunto con su conducta desaprensiva. De este modo, es posible deslindar conceptualmente y cuantificar de modo diferenciado el daño que se inflige al consumidor que tiene naturaleza compensatoria, y los daños punitivos que se configuran por el daño causado a la sociedad toda; se erige de este modo el consumidor que reclama en una suerte

115. Según el informe de abril de 2023 del INDEC, la canasta básica total para el hogar 3 es de $ 213.890,69. Disponible en https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/canasta_05_236234E702E6.pdf [Fecha de consulta: 30/05/2023]

116. Barocelli, Sergio Sebastián, "Balance y desafíos en materia de política y derecho en el ámbito del consumo", publicado en *La Ley*, 24/01/2023, p. 1, *La Ley*, 25/01/2023, p. 1, *La Ley*, 26/01/2023, p. 1, *La Ley*, 27/01/2023, p. 1 (referencia: TR LALEY AR/DOC/3295/2022).

de fiscal privado, ya que de otro modo muchas conductas especulativas de los proveedores quedarían impunes.[117]

Si bien la sentencia en daños punitivos será generalmente la de una obligación de dar una suma de dinero, se sostiene en doctrina que la condena por daños punitivos podría consistir en algo diferente al dinero, como obligaciones de dar, hacer o no hacer, en tanto la cuantificación de dichas obligaciones no excedan el tope legal.[118]

En las conclusiones del XI Congreso Internacional de Derecho de Daños (2011), al abordarse el tópico para los daños punitivos, por unanimidad, se dijo: "Para que la cuantía de los daños punitivos no sea inferior ni exceda el monto necesario para cumplir con la función de disuasión, sería valioso acudir a fórmulas matemáticas, entre otras herramientas, que permitan cumplir con aquella función".[119]

Uno de los mayores impulsores de la utilización de fórmulas matemáticas para cuantificar daños punitivos es, sin duda, Matías Irigoyen Testa,[120] quién ha propuesto la fórmula siguiente: D = C x [(1 - Pc) / (Pc x Pd)].[121]

Dicha fórmula ha sido utilizada por la jurisprudencia, señalando que es útil recurrir a fórmulas de matemática financiera o actuarial. Ello ofrece, como ventajas, algún criterio rector más o menos confiable, cier-

117. Otaola, M. Agustina, "La justificación de los daños punitivos en el derecho argentino", *Revista de la Facultad UNC*, vol. 1, 2014. Disponible en: https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/11532 [Fecha de consulta: 02/09/2023]

118. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Los Daños Punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009. p. 35, 74, 233 y ccs.

119. AABA, "XI Congreso Internacional de Derecho de Daños", celebrado en la Universidad de Buenos Aires los días 2 y 3 de junio de 2011.

120. Irigoyen Testa, Matías, "Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino", en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan (coord.), *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*, Bogotá, coedición Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Javeriana, 2012, pp. 27-61. Este trabajo resultó acreedor del prestigioso premio internacional "Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía", año 2011, quien mejoró la fórmula tradicional propuesta en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular daños punitivos (Cooter, Robert D., "Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?", 40 Ala. L. Rev. 1143 1988-1989, p. 28.

121. Las variables son: "D" = daño punitivo a determinar. "C" = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados. "Pc" = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados. Pd = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio, en virtud de su carácter accesorio o no autónomo.

to piso de marcha al formular o contestar reclamos, o el aventamiento de la inequidad, la inseguridad o la incerteza. Pero esas ventajas no deben llevarnos a olvidar que tales fórmulas juegan, por un lado, como un elemento más a considerar –cuando de mensurar un daño y su reparación se trata– junto a un az de pautas fundamentales ajenas al mundo de las matemáticas y con todas las cuales el juzgador ha de trabajar para aquella determinación. Y, por otro lado, que su aplicación desprovista de prudencia puede llevar a verdaderos despropósitos.[122]

Otros autores han propuesto otras.[123]

Destinatario

En relación al destino, el artículo 52 bis es bien claro. Los destinatarios de los daños punitivos serán los consumidores que lo peticionen en el marco de la acción judicial.

Así es también, como se ha visto en todo el derecho comparado, la regla del instituto.

Se ha sostenido como fundamento "... que se le concede al consumidor-víctima-actor un premio a su lucha, a su compromiso, a su paciencia [...] y a arriesgar –no obstante ya haber sido dañado– su capital con miras a perseguir al culpable".[124]

Se señala como otro fundamento el incentivo a reclamar. Un juicio por daños punitivos implica no solo una gran inversión de tiempo y dinero, sino el granjeo de odios, rencores y ánimos de venganza. Significa la exposición a riesgos por parte de sus iniciadores. Riesgos no solo económicos, sino profesionales, por la reputación que se pone en juego al iniciar este tipo de juicios y quién sabe si no personales por los intereses que se tocan.[125]

122. SCBA, "Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A", 17/10/2018, JUBA 119.562.

123. Arias Cáu, Esteban Javier y Nasif, Sofía, "La cuantificación del daño punitivo mediante fórmulas como herramienta técnica para incrementar su aplicación", SAIJ: DACF190203.

124. Colombres, Fernando M., "Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor", en *LL* 2008-E-1159.

125. López Herrera, Edgardo, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, p. 319.

Las acciones de los consumidores, en donde se reclaman daños punitivos, son en muchos casos solo la "punta del iceberg" de exponenciales, notorios y generalizados incumplimientos de muchos proveedores de bienes y servicios. Por tal motivo, resulta importante gratificar ese coraje cívico de embarcarse en un pleito en donde todos los consumidores y la comunidad salen gratificados.[126]

Algunos autores han planteado la necesidad de modificar la norma e ir a destino mixto: un porcentaje al consumidor y otra parte a destinos de interés colectivo vinculados con la controversia (asociaciones de consumidores, fondos de garantía, autoridad de aplicación, programas de educación para el consumo, etc.).[127]

Otros, por el contrario, plantean que quede a total criterio de la autoridad jurisdiccional.[128]

Creemos, no obstante, que los consumidores, en la demanda o reconvención, podrán sugerir otros destinos a los daños punitivos a título de cesión, designando las instituciones públicas, asociaciones de consumidores u otro destino de interés público, colectivo o social a las cuales se destinará todo o parte del monto fijado en concepto de daños punitivos. Dicha opción constituye otra forma de fomentar una democracia y una justicia más participativa.[129]

Solidaridad

Señala el artículo bajo análisis que cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidaria-

126. Barocelli, Sergio Sebastián y Pacevicius, Iván V., "Sobre los daños punitivos...", *op. cit.*

127. Sobrino, Augusto R., "Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad", en *JA* 1996-III-976; Zavala de González, Matilde y González Zavala, Rodolfo M., "Indemnización Punitiva", *op. cit.*

128. Mosset Iturraspe, Jorge, "La 'multa civil' o daño punitivo. Comentario al proyecto de reforma al Código Civil de 1998", *LL* 2000-B-1277; Ghersi, Carlos A. y Weingarten, Celia (dirs.), *Defensa del Consumidor. Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 638.

129. Barocelli, Sergio Sebastián, "Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia", en *DJ*, 29/05/2013, p. 3.

mente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan.

Si bien una lectura literal permitiría sostener que ante los supuestos que plantee la responsabilidad solidaria (por ej., art. 13 o 40 LDC) de todos los sujetos miembros de la cadena de producción o comercialización de un bien o servicio, todos podrían ser condenados a pagar daños punitivos, lo cierto es que el instituto requiere de un ánimo subjetivo reprochable, por lo que se necesitará probar la coautoría o participación en el hecho doloso, culposo o negligente objeto de censura.

Asegurabilidad

Existen diferentes visiones respecto de la asegurabilidad de los daños punitivos.

En los EE. UU., el tema de la asegurabilidad de daños punitivos varía de Estado en Estado. En determinados Estados se permite la celebración de contratos de seguro que incluyen todo tipo de daños punitivos. Otros, solamente permiten el aseguramiento contra la aplicación de daños punitivos que surjan de una conducta que involucre una negligencia grosera. A su vez, algunos Estados prohíben cualquier tipo de aseguramiento contra la figura de daños punitivos, y otros, si bien prohíben este tipo de contratos, permiten que las empresas se aseguren contra daños punitivos en casos donde haya una responsabilidad indirecta.[130]

En Argentina, la mayoría de la doctrina entiende que para que los daños punitivos respondan a su finalidad deviene necesario prohibir su asegurabilidad.[131] De no ser así, el proveedor podría realizar un prolijo cálculo de costos y beneficios y efectuar sin ninguna clase de problemas las conductas antisociales que se desean desterrar del seno de la comunidad.[132]

130. Gouguenheim, Helena, *Daños punitivos: funciones y asegurabilidad*, Victoria, Universidad de San Andrés. 2017. Disponible en: https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/15609/1/%5BP%5D%5BW%5D%20T.%20Ab.%20Gouguenheim%2C%20Helena.pdf [Fecha de consulta: 03/09/2023]

131. Así lo entendió el despacho de mayoría de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Córdoba en 2009.

132. Tale, Camilo, "¿Son asegurables las condenas a pagar las 'multas civiles' de la ley de defensa del consumidor?", en *LL* 2010-F-946.

Se argumenta también que estaría claramente prohibida por la Ley de Seguros argentina, que excluye expresamente la posibilidad de cubrir aquellas situaciones en las cuales el asegurado haya actuado con dolo o culpa grave (art. 114, Ley Nº 17418).[133]

Otras posturas entienden que ante el silencio de la ley cabe la asegurabilidad, más allá de que ello conspira contra la finalidad preventiva y sancionatoria de la figura.[134]

Aplicación a acciones colectivas

La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que en el marco de acciones colectivas se peticionen daños punitivos.[135] Así, se ha sostenido que el reclamo de daños punitivos por esa vía es procedente puesto que difícilmente los consumidores hubieran reclamado por tal concepto individualmente, debido a los reducidos montos usualmente involucrados y las dificultades prácticas de distinta índole que existen para efectuar reclamos en materia de evidente exigüidad económica.[136] Pinese y Corbalán[137] se preguntan si solo el damnificado puede pedir el daño punitivo o si, por el contrario, también lo pueden hacer el resto de los legitimados activos que prevé el artículo 52 LDC. Si bien se pronuncian por la legitimación amplia, entienden que esta duda es una consecuencia de la deficiente técnica legislativa utilizada.[138]

133. Chamatropulos, Demetrio Alejandro, *Estatuto del consumidor comentado*, Buenos Aires, Thomson Reuter, 2016, comentario al art. 52 bis.

134. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2a ed., 2009; Sobrino, Augusto R., "Los daños punitivos: Una necesidad de la postmodernidad", en *JA* 1996-III-976.

135. CCiv., Com., Min., de Paz y Trib. 3ª Mendoza, "Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y ots. c/ Instituto Provincial de Juegos y Casinos p/ amparo", 06/06/2012, La Ley on line, AR/JUR/41938/2012.

136. CNCom., Sala D, "Asociación Protección Mercado del Sur –Proconsumer– c/ Garbarino S.A.I.C. s/ ordinario", 08/11/2013, publicado en *RCyS* 2014-V-155.

137. Pinese, Graciela G. y Corbalán, Pablo S., *Ley de Defensa del Consumidor,* Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2009, p. 329.

138. Se ha dicho que el peticionante no puede ser un "legitimado anómalo" (por ejemplo una asociación de consumidores) sino solamente el consumidor afectado pues "la ley desea alentar a que cada consumidor se proteja a sí mismo y reclame judicialmente

Por consiguiente, podría ser peticionado no solo por el consumidor sino también por los legitimados extraordinarios del artículo 52 LDC.[139] Sin embargo, los destinatarios deberán ser el conjunto de consumidores damnificados.

Supuestos especiales que requieren de un análisis específico

Transporte aéreo

En materia de transporte aéreo internacional, el artículo 29 del Convenio de Montreal de 1999 establece que en el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio, sin que ello afecte la cuestión de las personas que puedan iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de esas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria.

Sin embargo, existen precedentes donde lo han aplicado en materia de transporte aéreo de cabotaje.[140]

Responsabilidad del Estado

La Ley N° 26944 de Responsabilidad del Estado en el ámbito nacional establece en su artículo 1 que dicha ley rige la responsabilidad del

---

las veces que sea necesario, ya que nadie mejor que el propio interesado en defender sus derechos". A ello se ha agregado que "el daño punitivo no ha sido regulado con miras a su otorgamiento en el marco de una acción colectiva, por lo cual no es claro cómo debería, por ejemplo, fijarse el monto de la condena. O cómo se debería repartir el monto de la eventual condena por daño punitivo entre todos los consumidores beneficiados por la sentencia". De Estrada, Mariano, "El daño punitivo en las acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores", en *ED* 236-874.

139. Pinese, Graciela G. y Corbalán, Pablo S., *Ley de Defensa del Consumidor, op. cit.*, p. 329.

140. Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "Di Tella, Belén María y Otro C/ Latam Airlines Group S.A. y/o Lan Airlines S.A. – Abreviado – Expte 6231615", 22/04/2019.

Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas, que la responsabilidad del Estado es objetiva y directa y que las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria. Agrega también que la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

Cabe recordar que "sanción pecuniaria disuasiva" era la terminología que utilizaba el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación para el instituto de los daños punitivos. Análoga previsión tiene la Ley N° 6325 de Responsabilidad del Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuando dispone en su artículo 1 que la sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sus agentes y funcionarios.

Sin perjuicio de lo antes señalado, existen antecedentes jurisprudenciales que han aplicado daños punitivos a entes públicos enmarcándolos como proveedores de bienes y servicios.[141] También se han pronunciado en 2013 las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Buenos Aires, señalando que

> El Estado y los funcionarios públicos son responsables por el control y la omisión del control de los productos y prestación de servicios concesionados –autopistas, ferrocarriles, etc.– y por los que prestan las empresas privadas –medicinas prepagas, seguros, etc.– (art. 42 y 43 CN y Ley Nª 24240), y podrán resultar pasibles de la aplicación de una multa civil, (conf. artículo 52 bis y 8 bis de la citada norma). Las indemnizaciones punitivas que se impongan a los funcionarios públicos, deberían cuantificarse en el máximo de la escala prevista en el art. 52 bis, cuando las faltas de control se encuentren directa o indirectamente vinculadas, con situaciones de corrupción, o infracciones a la ética pública o moral administrativa.

141. CCiv., Com., Min., de Paz y Trib. 3ª Mendoza, "Protectora Asociación de Defensa al Consumidor y ots. c/ Instituto Provincial de Juegos y Casinos p/ amparo", 06/06/2012, La Ley on line, AR/JUR/41938/2012; SCJ Mendoza, "G., C. A. y ot. c. O.S.M. S.A. s/ inc. cas.", 04/07/2014, en *RCyS*, 2014 XI, p. 139, cit.

Aplicación más allá del Derecho de las y los Consumidores

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 1714 rezaba:

> Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada.

La norma proyectada habilitaba, por lo tanto, su aplicación a la afectación de derechos de incidencia colectiva en general, más allá de las relaciones de consumo. No obstante, la sanción definitiva del texto del Código excluyó dicha posibilidad.

Algún caso pretendió su aplicación de manera analógica a otros supuestos. Sin embargo, la ausencia de una norma que permita imponer en el ámbito de la tutela al medioambiente este tipo de institutos impide su aplicación, aun por analogía: no hay pena sin ley que la imponga.[142] Este criterio adoptó la jurisprudencia.[143]

Con posterioridad, la Ley N° 27442 de Defensa de la Competencia ha admitido expresamente el instituto. En su artículo 4° dicha ley establece como ámbito de aplicación todas las personas humanas o jurídicas de carácter público o privado, con o sin fines de lucro que realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos puedan producir efectos en el mercado nacional.

142. Quaglia, Marcelo C., "El daño punitivo: la posibilidad de extender su aplicación más allá de la ley de defensa al consumidor", en *LL* 2016-A-141; Martinotti, Diego F., "La aplicación analógica de los daños punitivos", en *LL* 2016-A-135.

143. SCBA, "Décima, Julia Graciela y otros c/ Productos de Maíz S.A. (Ingredión Argentina S.A.) s/ Daños y perjuicios", 31/3/2021, JUBA 179848.

El artículo 64 de la referida ley, por su parte, prescribe que las personas que incumplan las normas de la ley, a instancia del damnificado, serán pasibles de una multa civil a favor del damnificado que será determinada por el juez competente y que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Como puede observarse, dicha norma es casi idéntica al artículo 52 bis, por lo que los daños punitivos pueden aplicarse también frente a graves inconductas en relaciones interempresarias.

Finalmente, creemos que los daños punitivos deben aplicarse también, previa reforma legislativa, a otras esferas del derecho, como los derechos de incidencia colectiva en general (prácticas discriminatorias, daños al ambiente, al patrimonio histórico o cultural, cuestiones sanitarias, responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos, etc.).

Artículo 53. Normas del proceso*

En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

(Artículo sustituido por art. 26 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Reglamentado por el Decreto N° 1798/94.

Concordancias: *artículos 42 CN, 46 de la CCABA y 14, 289 a 319 del CCCN.*

* Comentario sobre el artículo 53 por Darío E. Reynoso y Anabel Papa.

En primer término, cabe señalar que este artículo fue uno de los reformados por la Ley Nº 26361 de 2008. El texto de la redacción original era el siguiente:

> Normas del Proceso. Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.
> Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.
> Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozarán del beneficio de justicia gratuita.

El contenido del artículo en su versión actual aborda el tipo de proceso por el que deben tramitar las acciones individuales de consumo previstas en el artículo 52 LDC y ciertas reglas procesales en materia de representación, prueba y beneficio de justicia gratuita aplicables a ellos. Estos cuatro temas serán analizados en este capítulo.

A lo largo del presente comentario se podrá observar cómo el legislador ha otorgado, también a través de normas procesales, una tutela especial diferenciada en favor del consumidor para garantizar la defensa eficaz de sus derechos. Lo que se procura por medio de ellas es que el reclamo del consumidor o usuario no se vea obstaculizado –menos aún impedido– ante formas procesales rituales. Es que, en virtud de dicha protección preferencial que deriva del artículo 42 de la Constitución Nacional, se procura que los reclamos en materia de consumo se resuelvan de forma rápida y sencilla, lo que impone, como se verá, la aplicación del trámite más abreviado, cargas probatorias diferentes, justicia gratuita y facilidades al momento de acreditar la representación procesal.

El artículo determina un aspecto de sustancial relevancia en materia procesal, indicando que son competentes para entender en materia de consumos los tribunales ordinarios. Sin embargo, en la práctica existen excepciones a este principio. Es el caso, por ejemplo, de los reclamos fundados en temas de consumo que se inician contra empresas prestadoras de servicios públicos, como el de telefonía, gas, luz o transportes públicos, respecto de los cuales en diversas oportunidades

la justicia federal se declaró competente. Sin embargo, no deja de ser una cuestión ajena a conflictos de competencia.[144]

De acuerdo con lo prescripto en el artículo que aquí comentamos, a las acciones judiciales reguladas en su artículo 52 se le deben aplicar las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente. Como se adelantó, esta parte del artículo fue reformada por la Ley Nº 26361 y, en su actual redacción, prevé que el juez, a pedido de parte, por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere más adecuado que el proceso se encause en un trámite de conocimiento que no sea el más abreviado que rija en la jurisdicción. Se trata de una facultad que se le reconoce al juez en su carácter de director del proceso, quien puede resolver –a costa de la celeridad y sencillez– que al proceso se le apliquen normas que impliquen un mayor ámbito de debate y de deliberación cuando ello resulte más adecuado atento la complejidad del asunto y más beneficioso para el consumidor. Pero para que ello sea procedente, debe mediar el pedido de parte, es decir que el juez, de oficio, no está habilitado a ordinarizar el proceso. Dicha petición puede ser formulada por cualquiera de las partes del proceso. En el caso de la parte actora, deberá hacerlo en su escrito de demanda. A su turno, la parte demandada podrá oponerse al trámite sumarísimo dentro de los plazos legales que establece la norma procesal aplicable a la jurisdicción correspondiente.[145]

Al establecer la norma que en este tipo de causas "regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente" obliga a acudir –en virtud de dicha remisión– a los códigos procesales provinciales o de la CABA, según el caso. Existe consenso en doctrina en que el trámite de conocimiento más abreviado al que refiere la primera parte del artículo 53 es el proceso sumarísimo.[146] Ahora bien, cabe tener presente que si bien la norma dis-

144. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. I, pp. 641-657.

145. Ibídem, pp. 658-659.

146. Mosset Iturraspe, Jorge y Wajntraub, Javier H., *Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240: modif. por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 283; Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada... op. cit.*, p. 658; Shina, Fernando, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2023, p. 500; Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 347.

pone que se debe tratar del proceso más abreviado que rija en la correspondiente jurisdicción, este debe ser de conocimiento, lo que excluye que acciones en materia de consumo tramiten por vía ejecutiva.[147]

La finalidad de la norma es que –como se adelantó– los procesos judiciales de consumo sean rápidos, simples y breves, pero también eficaces. Esta prescripción normativa se adecúa a lo previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional cuando establece en materia de consumidores y usuarios, que "[l]a legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos". De acuerdo con la CSJN, dicho artículo 42 de la Constitución Nacional otorga una tutela preferencial a los consumidores, y la efectiva vigencia de ese mandato constitucional:

> … requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías, sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales.[148]

Sin perjuicio de lo expuesto, las acciones judiciales previstas en el artículo 52 LDC pueden además tramitar por otras vías procesales distintas a las reguladas por el artículo 53. Por ejemplo, es admisible que tramiten por vías de amparo–individuales o colectivos–, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo. También se ha permitido el uso de medidas autosatisfactivas.[149] Estos tipos de acciones o medidas son utilizadas con frecuencia para reclamos originados en relaciones de consumo que versan sobre derecho a la salud.

El segundo párrafo del artículo 53 regula lo relativo a la representación. A diferencia del primer párrafo, el segundo conserva la redacción original de la Ley Nº 24240 de 1993 y no ha sido objeto de reforma alguna.

De acuerdo a las normas procesales, la regla imperante en este tema es que la persona que se presente en un juicio por un derecho que no es propio debe acompañar en su primer escrito los documentos pertinentes que acrediten el carácter que inviste a fin de justificar dicha

147. Shina, Fernando, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada… op. cit.*, p. 500.

148. CSJN, Fallos: 338:1344.

149. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada… op. cit.*, pp. 660-662.

representación. Por ejemplo, encontramos esta regla en el artículo 46 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Ahora bien, el artículo 53 establece que, quien ejerza alguna de las acciones previstas en ella en representación de derechos o intereses individuales de consumidores o usuarios afectados, no requiere contar con un poder especial emitido por un escribano público, sino que es suficiente acreditar "simple carta poder en los términos que establezca la reglamentación". Por su parte, dicha reglamentación admite tres alternativas diferentes mediante las cuales puede acreditarse ese mandato, a saber: instrumento público con firma del otorgante certificada por autoridad policial, judicial o por escribano público; carta poder con firma del otorgante certificada por autoridad policial o judicial o por escribano público; o bien acta poder certificada por la autoridad de aplicación en la que debe constar la identidad y el domicilio del mandante y la designación, identidad, domicilio y firma del mandatario (Decreto Reglamentario Nº 1789/1994, art. 53). Cabe señalar que, en el caso de las asociaciones de consumidores legalmente constituidas reconocidas y autorizadas para funcionar por la autoridad de aplicación, la reglamentación dispone que para reclamar y accionar judicialmente en representación de los derechos de un consumidor o usuario y en defensa de un interés individual, deben acreditar su representación por medio de una carta poder extendida a su favor. No obstante, la norma la exime de cumplir ese requisito cuando la asociación actúa en defensa de un interés general de los consumidores (Decreto Reglamentario Nº 1789/1994, art. 52).

A partir de la lectura tanto del artículo 53 LDC como de su reglamentación permite dar cuenta que nos encontramos ante normas que buscan facilitar la tramitación de los reclamos judiciales en defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. Es por ello que se admite acreditar la representación procesal mediante un acta poder que se otorga de forma simple y gratuita. Ello resulta concordante con la noción de procedimientos eficaces para la solución de conflictos que debe establecer la legislación de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional como con el beneficio de justicia gratuita que prevé la norma bajo análisis en su último párrafo y que se abordará más adelante.

Si bien nada dice, puede interpretarse de su texto que la posibilidad de acreditar la representación judicial de un derecho o interés

individual con una simple carta poder constituye un beneficio que rige solo para consumidores y usuarios. Es decir que no se extiende a los proveedores, quienes deberán acreditar su personería de acuerdo a lo regulado por las normas procesales aplicables.[150] Esto resulta también concordante con el principio protectorio de la Constitución Nacional y de la LDC que –como se verá más adelante– ha sido instaurado en beneficio de los consumidores y usuarios con la finalidad de nivelar su situación ante el proveedor atento la situación de desventaja que presentan frente a estos últimos.

Cabe señalar que, en general, la parte actora acredita la representación al momento de presentar el escrito de inicio o demanda, mientras que la parte demandada lo hace al contestar la demanda. Sin perjuicio de ello, las normas procesales que correspondan de acuerdo al ámbito de aplicación, regulan con mayor detalle lo relativo a la representación, como es el caso de la figura del gestor procesal, las obligaciones de los representantes, el alcance de la representación, las causales de cesación de esta, entre otras. En el ámbito de la CABA dicha regulación puede encontrarse en los artículos 43 a 50 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo. Es importante destacar que, en consonancia con el artículo 53 LDC y su reglamentación, el mencionado Código establece que, en caso de que una persona se presente en juicio por un derecho que no sea propio, puede acreditar su representación por medio de acta labrada ante cualquier tribunal o ante la autoridad de aplicación, de conformidad con los requisitos que establezca el reglamento del fuero, y sin perjuicio del patrocinio por el Ministerio Público de la Defensa.[151]

El artículo 53 LDC en su tercer párrafo aborda el tema probatorio. De esta forma, les impone a los proveedores la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Este se trata de un párrafo que fue incorporado en su totalidad con la reforma de la Ley Nº 26361 ya que su versión original nada decía sobre la prueba y los procesos de consumo.

150. Ibídem, pp. 663-664.

151. CPJRCCABA, art. 43.

Algunos autores sostienen que este párrafo recepta la teoría de las cargas probatorias dinámicas.[152] Dicha teoría impone la aportación de pruebas a aquella parte del proceso que se encuentre en mejores condiciones de producirla. Ahora bien, otros han interpretado que lo previsto por este artículo no se trata de un supuesto de carga dinámica de la prueba ni de inversión de la carga de la prueba. Consiste, según esta postura, en un deber agravado en cabeza del proveedor a presentar las constancias probatorias que están en su poder y que resulten relevantes para que el juez o tribunal arriben al conocimiento de la verdad material de los hechos debatidos en el marco del proceso, a la vez que representa un atenuante de la carga de la prueba en favor del consumidor o usuario.[153]

En uno y otro caso es importante destacar que nos encontramos ante una regla que encuentra su fundamento en el principio de colaboración o cooperación procesal. Dicho principio exige a las partes del juicio una colaboración activa a fin de obtener una solución justa dentro de un plazo razonable.[154] Además, y como ocurre con otros puntos regulados por el artículo 53 LDC, es posible ubicar la fuente de esta regla en el principio protectorio que emerge del artículo 42 de la Constitución Nacional, así como de los artículos 3 y 65 de la LDC que imponen una protección jurídica diferenciada en favor del consumidor y usuario por ser el sujeto débil y en situación de vulnerabilidad de la relación de consumo. Sobre el principio protectorio, la CSJN ha señalado que el artículo 42 de la Constitución Nacional "revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables" y que "juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde [...] el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural".[155]

Lo dispuesto por el artículo 53 LDC en su tercer párrafo constituye una excepción al principio general de acuerdo al cual incumbe la carga

152. Shina, Fernando, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada... op. cit.*, pp. 504-505; Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor... op. cit.*, pp. 350-353.

153. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada..., op. cit.*, p. 670.

154. Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada. Anotada. Concordada, op. cit.*, p. 350.

155. CSJN, Fallos: 340:172.

de la prueba a la parte que alegue la existencia de un hecho controvertido. La razón de esta excepción radica en las grandes dificultades que muchas veces afrontan los consumidores o usuarios para probar los hechos involucrados en su demanda, los daños y perjuicios derivados de la relación de consumo o bien el nexo de causalidad entre el accionar u omisión del proveedor y la vulneración de sus derechos. Dada la aludida desigualdad o asimetría existente entre las partes del proceso de consumo, esta norma le impone a la empresa proveedora la carga de aportar las pruebas al juicio por encontrarse generalmente en una posición privilegiada frente a los elementos prueba que, en muchos supuestos, resultan determinantes para resolver los hechos controvertidos del juicio.

En razón de ello, se ha indicado que la aplicación de esta regla:

> … es uno de los factores niveladores que el derecho de consumidores y usuarios introduce en el sistema de garantías, donde al igual que en el derecho de fondo, concebido como derecho protectorio, se contemplan en los juicios aspectos que facilitan el acceso a la justicia (beneficio de gratuidad), como criterios procesales que una vez iniciada la acción tienen vigencia en el procedimiento y finalidad directa para compensar la situación desventajosa a la que el consumidor litigante se enfrenta en algunos casos, a fin de que el ritual no sea un obstáculo para la aplicación y plena vigencia del régimen tuitivo, haciendo efectiva la protección tanto en el acceso como en la realización de la justicia.[156]

Ahora bien, aun cuando nada diga la norma, hay que tener presente que el incumplimiento del deber de colaboración que le incumbe al proveedor tiene consecuencias jurídicas para este. De este modo, la omisión o reticencia a presentar aquellas pruebas que verosímilmente estén en su poder o su disposición debe ser valorada como una presunción en su contra y, por lo tanto, hacer presumir la veracidad de los hechos alegados por el consumidor o usuario.[157]

En el marco de esta temática, juega un rol importante el artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación. Esta norma faculta a los jueces a distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida "ponderando cuál de las partes se halla en me-

156. Tambussi, Carlos E. (dir.), *Ley de Defensa del Consumidor…, op. cit.*, p. 350.

157. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada…, op. cit.*, p. 666 y ss.

jor situación para aportarla". A continuación establece que, si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que va a aplicar este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Por su parte, siguiendo esta línea, el CPJRC de la CABA establece que los proveedores deben aportar al proceso todos los elementos de prueba que estén en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Cabe indicar que, a nivel internacional, en la Observación General N° 24 de 2017 el Comité DESC destacó el creciente efecto de las actividades empresariales en el ejercicio efectivo y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales como es el derecho a la salud, vivienda, alimentación, agua, entre otros, que están previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En particular, de acuerdo con dicho Comité, entre los factores que obstaculizan el acceso efectivo a recursos judiciales para víctimas de violaciones de los derechos humanos por entidades empresariales se encuentra "la dificultad para acceder a información y pruebas con que fundamentar las reclamaciones, que en gran medida suelen estar en manos de las empresas demandadas".[158] En este orden de ideas, el Comité destacó:

> Los Estados partes deben facilitar el acceso a la información pertinente mediante legislación de divulgación obligatoria y normas de procedimiento que permitan a las víctimas obtener la divulgación de pruebas en poder del acusado. La inversión de la carga de la prueba puede estar justificada cuando la empresa demandada tenga conocimiento exclusivo de la totalidad o de parte de los hechos y datos pertinentes para resolver una reclamación. Las condiciones en que se puedan invocar la protección de los secretos comerciales y otros motivos para denegar la divulgación deben definirse de manera restrictiva, sin poner en peligro el derecho de todas las partes a un juicio imparcial. Además, los Estados partes y sus

158. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 24 sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, U.N. Doc. E/C.12/GC/24, aprobada el 10/08/2017, párr. 42.

> organismos judiciales y del orden público deben cooperar para promover el intercambio y la transparencia y evitar la denegación de justicia.[159]

Los párrafos antes citados de dicha Observación General fueron utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia dictada recientemente. Se trata de un caso de discriminación basada en la orientación sexual ocurrido en un supermercado. Sin perjuicio de que allí se abordó específicamente el principio de igualdad y no discriminación, es importante señalar que, por tratarse de un caso de responsabilidad del Estado por actos de una empresa, la Corte IDH destacó allí que "las víctimas de violaciones relacionadas con actividades empresariales enfrentan barreras asociadas a las asimetrías de información y de poder entre las víctimas y las empresas", y que dichas barreras dificultan acreditar tales vulneraciones porque es usual que los medios de prueba necesarios estén en poder de las propias empresas.[160]

Resta abordar el cuarto y último párrafo del artículo 53 LDC. Este párrafo dispone, en su versión actual, que las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la LDC en razón de un derecho o interés individual gozan del beneficio de justicia gratuita. Sin embargo, establece a continuación que dicho beneficio cesa si la parte demandada acredita la solvencia del consumidor mediante vía incidental.

En su redacción original, el artículo 53 de la Ley Nº 24240 preveía también el beneficio de justicia gratuita. Sin embargo, ello finalmente no entró en vigor puesto que fue vetado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el artículo 8 del Decreto Nº 2089/1993 en oportunidad de promulgarse la ley. Entre los fundamentos de la decisión se indicó que "el beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, se encuentra regulado en forma específica por las leyes locales, conforme a los requisitos establecidos en ellas, y torna innecesaria la previsión del artículo 53". Pero además se agregó como otra motivación al veto que el beneficio de justicia gratuita podría "alentar la proliferación de acciones judiciales injustificadas".

Ahora bien, en oportunidad de reformar la Ley Nº 24240, el tema del beneficio de gratuidad nuevamente cobró impulso y finalmente se

159. Ibídem, párr. 45.

160. Corte IDH, "Olivera Fuentes vs. Perú" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 04/02/2023, Serie C, Nº 484, párrs. 106 y 109.

logró su incorporación en la versión definitiva de la Ley Nº 26361. No debe perderse de vista que esta ley fue aprobada y promulgada en el año 2008, es decir, cuando ya se encontraba vigente el artículo 42 de la Constitución Nacional que, como se indicó, otorga una tutela especial diferenciada a los consumidores y usuarios. En el informe que se acompañó al proyecto de reforma a la Ley Nº 24240 presentado por las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia a la Cámara de Diputados de la Nación se justifica el reemplazo del artículo 53 de la siguiente forma:

> ... se reinstala en la ley que nos ocupa el beneficio de justicia gratuita para todos los procesos iniciados en su mérito, que había sido oportunamente vetado al promulgarse la ley en 1993, estableciéndose empero la posibilidad de que la demanda alegue y demuestre la solvencia de la parte actora, haciendo cesar el beneficio. Todo ello en el entendimiento de que se coadyuva a garantizar así el acceso de los consumidores a la justicia, sin que su situación patrimonial desfavorable sea un obstáculo. En este orden, y con el mismo objetivo, se obliga a los jueces a ponderar la proporcionalidad entre monto y costo del juicio y situación patrimonial de las partes, al imponer las costas, una manera de remover una de las causas que a veces desalientan a los consumidores a litigar no obstante saberse con derecho a hacerlo.[161]

Cabe señalar que el beneficio de justicia gratuita del artículo 53 LDC alcanza a las acciones judiciales iniciadas en defensa de un derecho o interés individual. Razonablemente el artículo 55 de esta ley, también luego de la reforma de la Ley Nº 26361, garantiza y otorga este beneficio a las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva.[162] En el informe que se acompañó al proyecto de reforma a la Ley Nº 24240 se indica en punto a esta incorporación al artículo 55 que se propicia el beneficio de justicia gratuita en este tipo de causas por similares razones a las expuestas en oportunidad de fundar la reforma al artículo 53 y aún más si se tiene en consideración que se trata de acciones iniciadas en defensa de los intereses colectivos.[163] Se ha afirmado que la incorporación del beneficio de justicia gratuita "es

161. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 25ª reunión, 18ª sesión ordinaria, 09/08/2006, período 124º, pp. 102-103.

162. Sobre este tema, véase el art. 55 de esta Ley y su respectivo comentario en esta obra.

163. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación..., *op. cit.*, pp. 102-103.

tal vez la [reforma] de mayor trascendencia", ya que "los daños en las relaciones de consumo en su inmensa mayoría son de pequeños montos, y ello, en alguna medida, desalentaba el accionar de los damnificados con motivo del alto costo que implicaba un proceso judicial".[164]

El beneficio de justicia gratuita es sin dudas otro aspecto procesal que se deriva del principio protectorio y constituye una regla que, al igual que otras ya analizadas, procuran nivelar la situación de desigualdad que existe entre los consumidores y usuarios y los proveedores en las relaciones de consumo. Por medio de este beneficio se busca facilitar el acceso a la justicia de los consumidores y usuarios, de modo tal que este no quede bloqueado por cuestiones de índole económicas. No es un dato menor si se tiene presente que muchos reclamos que involucran derechos de consumidores y usuarios –sea individuales o colectivos– suelen ser montos de escasa cuantía. En la citada Observación General Nº 24 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace expresa alusión al factor económico como posible impedimento al acceso a la justicia. En particular, se identifica como factores que obstaculizan el acceso efectivo a recursos judiciales para víctimas de violaciones de los derechos humanos por empresas, además de los aspectos probatorios, la "falta de asistencia letrada y otros arreglos de financiación para que las reclamaciones sean económicamente viables".[165]

El alcance del beneficio de justicia gratuita ha sido objeto de polémica dando lugar a diversas interpretaciones jurisprudenciales. Suele hablarse de una tesis restringida y una amplia.[166] De acuerdo con la tesis primera, el beneficio de justicia gratuita incluye solo la eximición de la tasa de justicia, de modo tal que el litigante queda sometido al resultado del proceso, de lo cual dependerá una posible condena en costas.[167] Ahora bien, quienes adhieren a la tesis amplia

164. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada…*, *op. cit.*, p. 673.

165. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Nº 24…, *op. cit.*, párr. 42.

166. Verbic, Francisco, "La Corte Suprema confirmó el alcance amplio del beneficio de justicia gratuita en procesos colectivos de consumo (y en los individuales también)", en *Rubinzal Culzoni, Doctrina Digital, RC D*, 119/2022.

167. CNACom., Sala A, "Geddes, Enrique c/ General Motors de Argentina SRL s/ ordinario", 31/03/2009, LALEY AR/JUR/9190/2009; Sala A, "Adecua c/ Banco Columbia

entienden que el término justicia gratuita debe equipararse al concepto de beneficio de litigar sin gastos, por lo que se encuentran comprendidos por este la tasa de justicia, sellados y los demás gastos de la causa, incluyendo las costas del proceso.[168] De acuerdo con esta segunda postura, este beneficio abarca todas las etapas del proceso, desde su comienzo y hasta su finalización, y no solo el acceso a la justicia[169] como sería si se lo limitase únicamente a la tasa de justicia. En otras palabras, para la tesis amplia, el término beneficio de justicia gratuita se equipara al beneficio de litigar sin gastos.

Al adherir a la postura amplia antes mencionada, se ha indicado que la única explicación coherente con el texto legal del artículo 53 "es que el beneficio de justicia gratuita incluye a la tasa de justicia, pero no se agota en ella y comprende a las costas, con alcance similar al beneficio de litigar sin gastos". De esta manera, fundándose en la facultad que reconoce el artículo 53 a la demandada de iniciar un incidente de solvencia, se indicó que

> Si bien es cierto que, en algún caso concreto la presión que puede ejercer la demandada para que alguien abone la tasa de justicia puede ser funcional a su posición en el pleito, bajo ningún punto de vista puede sostenerse que esa puede ser una razón para que el legislador haya previsto el incidente de solvencia. En cambio, existe un interés relevante en el proveedor en cuanto a las costas del proceso y es por esa razón que se ha previsto en el art. 53 que puede articular un incidente de solvencia, con el objeto que un consumidor con recursos suficientes deba hacerse cargo de las eventuales condenaciones del juicio –que tienen un valor significativo y que si no fuera así estarían exclusivamente a cargo del proveedor–, aunque ganare

SA", 07/05/2009, LALEY AR/JUR/18311/2009; Sala B "Damnificados Financieros Asoc. Civil p/su defensa c/ Banco Patagonia Sudameris SA", 21/05/2009, LALEY AR/JUR/18750/2009; Sala B, "Asociación Civil Def. Cons. de Ser. Fin y Pla. de Ah. Pre. c/ Fiat Auto de Ahorro P/f determinados y otros s/ ordinarios s/ incidente de apelación art. 250 CPROC", 03/04/2014, AR/JUR/11074/2014; Sala D, "Adecua c/ Banco BNP Paribas SA y otro", 04/12/2008, AR/JUR/21755/2008; Sala D, "Danzinger, Néstor Mario y otro c/ Zurich International Life Ltda. –Sucursal Argentina– s/ordinario", 07/05/2009, LALEY 70055118; entre otros.

168. CNACom, Sala C, "Adecua c/ Hexagon Bank Arg. SA s/beneficio de litigar sin gastos", 09/09/2008, AR/JUR/14304/2008; Sala F, "San Miguel, Martín Héctor y otros c/ Caja de Seguros SA", 29/06/2010, AR/JUR/39056/2010.

169. Picasso, Sebastián y Vázquez Ferreyra, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada…*, *op. cit.*, p. 673.

> el pleito. Tampoco puede sostenerse válidamente que el resguardo de la recaudación fiscal esté en manos privadas. También, desde un punto de vista de racionalidad y funcionalidad de la administración de justicia, no se advierte cuál sería la utilidad de la promoción de un incidente, por parte del proveedor para que el consumidor pague solo la tasa judicial. A contrario sensu, si eventualmente el incidente de solvencia del consumidor prospera, no hay dudas que el consumidor deberá abonar la tasa judicial y será muy sencillo que el Tribunal lo intime a su pago, ya sea por iniciativa del mismo o mediando intervención del representante de los intereses fiscales.[170]

Es importante señalar que en oportunidad de incorporarse este beneficio al artículo 53 LDC no se hizo alusión expresamente a que se trataba de un beneficio de litigar sin gastos por razones meramente de distribución de competencias del Estado Nacional y las Provincias. En los debates parlamentarios se indicó que, al tratarse de una ley de fondo dictada por el Congreso de la Nación, era pertinente establecer solo el principio de gratuidad ya que la percepción de la tasa de justicia –alcanzada por el beneficio de litigar sin gastos– le corresponde a los gobiernos provinciales.[171]

No obstante, en un pronunciamiento reciente la CSJN delimitó el alcance del término justicia gratuita que prevé el artículo 53 de la Ley. Nos referimos a la sentencia "ADDUC y otros c/ AYSA SA y otros s/ proceso de conocimiento".[172] Se trató de un proceso que llegó a la CSJN en virtud de un recurso de queja interpuesto por denegación del recurso extraordinario federal. La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por las asociaciones de consumidores actoras contra la resolución que declaró la caducidad de instancia y les impuso costas. Sin embargo, el máximo tribunal revocó dicha decisión sobre la base del beneficio de justicia gratuita que establece la LDC. Al respecto, señaló que una razonable interpretación armónica de los artículos 53 y 55:

> … permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 –que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240–, el Congreso Nacional ha tenido la

170. CNACom., Sala F, "San Miguel, Martín Héctor y otros c/ Caja de Seguros SA", 29/06/2010, AR/JUR/39056/2010.

171. Antecedentes Parlamentarios Ley Nº 26361. Defensa del Consumidor, *La Ley*, mayo de 2008, p. 438.

172. CSJN, Fallos: 344:2835.

> voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso. En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada –en ciertos casos– la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de la contraparte.[173]

Si bien el caso versa específicamente sobre el beneficio de gratuidad del artículo 55 LDC, al hacer referencia la sentencia al artículo 53 LDC que garantiza también ese beneficio de la justicia gratuita, se ha indicado que dicha sentencia puso fin a la discusión sobre los alcances del artículo 53 LDC que regula la misma cuestión, pero en el caso de los procesos individuales de consumo.[174]

Es importante mencionar que en oportunidades previas la CSJN había interpretado el beneficio de justicia gratuita a la luz del depósito que exige el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando se recurre en queja a la CSJN por denegación del recurso extraordinario federal. A fin de eximir la exigencia de dicho depósito, el máximo tribunal señaló que las modificaciones que la Ley Nº 26361 introdujo a la LDC en materia de acciones judiciales deben interpretarse a la luz de la tutela preferencial a los consumidores que otorga el artículo 42 de la Constitución Nacional. A partir de ello, señaló que los artículos 53 y 55 LDC:

> … permiten concluir que, al prever el beneficio de justicia gratuita, el legislador pretendió establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores, evitando que obstáculos de índole económica pudieran comprometer su acceso a la justicia y, en consecuencia, privarlos de

173. CSJN, Fallos: 344:2835, consid. 8.

174. Verbic, Francisco, "La Corte Suprema confirmó el alcance amplio del beneficio de justicia gratuita en procesos colectivos de consumo…", *op. cit.*; Manterola, Nicolás, "Estudio del beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55, Ley 24240)", *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Nº 310, septiembre-octubre de 2021, pp. 273-285.

> la efectiva tutela de los derechos consagrados en el texto constitucional. No es posible soslayar que, en el marco de las relaciones de consumo, el consumidor se encuentra en una situación de debilidad estructural, por ello, y en orden a preservar la equidad y el equilibrio, resulta admisible que la legislación contemple previsiones tuitivas en su favor. En este sentido, la gratuidad del proceso judicial configura prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo.[175]

A continuación, destacó que

> … el otorgamiento del beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma prevé "para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses colectivos". Una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue […] sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores –y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses– a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos.[176]

La sentencia del caso "ADDUC y otros c/ AYSA SA" se enrola en una tendencia que la CSJN había iniciado en pronunciamientos anteriores en los que se había inclinado en favor de la llamada tesis amplia al interpretar los artículos 53 y 55 LDC.[177]

Cabe señalar que dos meses después del citado pronunciamiento de la CSJN, se expresó en el mismo sentido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. De esta forma, poniendo fin a años de discrepancias entre las diferentes salas que la integran, estableció como doctrina plenaria que el beneficio de justicia gratuita del artículo 53 de la LDC

175. CSJN, Fallos: 338:1344, consid. 6.

176. CSJN, Fallos: 338:1344, consid. 7.

177. CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", 11/10/2011, U. 66. XLVI. REX; 335:1080; "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ordinario s/sumarísimo", 30/12/2014, U. 10. XLIX. REX; 338:40; "Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco Patagonia Sudameris SA y otros y s/sumarísimo", 07/04/2015, D. 27. XLIX. REX; "Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Cablevisión SA s/ cumplimiento de contrato", 22/12/2015, P. 443. XLVII. REX; "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Seguros Bernardino Rivadavia Coop. Ltda.", 10/05/2016, COM 039068/2011/1/RH001; "Usuarios y Consumidores Unidos c/ AMX Argentina SA", 26/12/2018, CAF 065152/2014/1/RH001; entre otros.

"además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente".[178] Los principales argumentos de la mayoría de los integrantes de la Cámara de Apelaciones para fundamentar dicha decisión consistieron en la situación de vulnerabilidad del consumidor y la desigualdad sustantiva y estructural que existe en las relaciones de consumo; el acceso a la justicia, en el sentido de que, una eventual condena en costas no sea un elemento disuasivo para la promoción de la pertinente demanda; el principio protectorio y la sentencia de la CSJN del caso "ADDUC c/ AYSA" así como otras sentencias de los tribunales superiores locales. A dichos argumentos se agregaron otros, como el debate legislativo de la Ley Nº 26361 al que nos hemos referido previamente; anteproyectos de reforma de la LDC y el Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA; la interpretación literal del artículo 53 LDC y, en especial, la figura del incidente de solvencia; y los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la sentencia de la Corte IDH en el caso "Cantos vs. Argentina";[179] expusieron que el fundamento de la posible multiplicación de litigios en virtud del beneficio de la gratuidad no había sucedido, lo cual era fácilmente contrastable en la realidad.

La interpretación dada por la CSJN, así como la dispuesta por medio de su plenario por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, es la que más se adecúa a los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino en materia de respeto y garantía de los derechos humanos. En efecto, el Estado Argentino, por haber ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tiene la obligación de remover obstáculos de índole económicos para garantizar los derechos humanos en general y los derechos sociales en particular. En virtud de ello, el Estado debe, entre otros aspectos, proveer

178. CNACom. en pleno, "Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella SA s/ sumarísimo", 21/12/2021, La Ley AR/JUR/199174/2021.

179. Corte IDH, "Cantos vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 28/11/2002, Serie C, Nº 97. Se trató de un caso en el que el Estado Argentino fue hallado responsable internacionalmente por denegación de justicia al condenar a José María Cantos al pago de sumas consideradas desproporcionadas o excesivas en concepto de costas, tasa de justicia, honorarios e intereses.

servicios de asistencia jurídica gratuita y garantizar que los costos de los procesos no impidan o imposibiliten el acceso a la justicia.[180] En este mismo orden de ideas, en la sentencia del caso "Cantos vs. Argentina" antes mencionada, la Corte IDH destacó que el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de acceso a la justicia y que de dicho artículo:

> … se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.[181]

De esta forma, la Corte IDH concluyó que

> … si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que estas deben guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho. En consecuencia, el monto por cobrar en el caso en estudio no guarda relación entre el medio empleado y el fin perseguido por la legislación argentina, con lo cual obstruye, evidentemente, el acceso a la justicia del señor Cantos, y en conclusión viola los artículos 8 y 25 de la Convención.[182]

Por otra parte, se ha interpretado que el beneficio de gratuidad del artículo 53 es automático ya que la ley presume la insuficiencia financiera del consumidor. Se trata de una presunción *juris tantum* pues admite prueba en contrario. De esta forma, de acuerdo con lo

180. CIDH, "El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", OEA/Ser.L/V/II.129 Doc. 4, 07/09/2007. El tema de los costos y el acceso a la justicia es tratado también en Corte IDH, Opinión Consultiva Nº 11/1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)", 10/08/1990, Serie C, Nº 11. Allí la Corte IDH reconoció expresamente que la ausencia de asistencia jurídica gratuita puede no ser el único obstáculo de tipo económico para acceder a la justicia, ya que también resulta un factor a considerar las costas del proceso.

181. Corte IDH, "Cantos vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), *op. cit.*, párr. 50.

182. Ibídem, párr. 54.

que establece el artículo, dicha presunción puede ser desvirtuada si la contraparte del proceso (el proveedor) acredita la solvencia del consumidor o usuario por vía incidental.[183] De esta forma, el proveedor puede oponerse o hacer cesar el beneficio de gratuidad en favor del consumidor o usuario. A tal fin, debe iniciar un incidente en el que debe acreditar que el accionante es solvente y que posee recursos suficientes para afrontar los costos del proceso.

Diferente es el caso de lo que establece el artículo 55 LDC ya que allí la insolvencia de las asociaciones que representan consumidores en las acciones colectivas es una presunción *iure et de iure*. Ello así, toda vez que la ley no prevé la formación de un incidente de solvencia como sucede en el artículo 53, lo que permite interpretar que no admite prueba.[184]

En concordancia con lo dispuesto por la LDC, el Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA recepta también el beneficio de justicia gratuita. De esta forma, el artículo 1 establece que el proceso ante la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la CABA se rige por los principios que emergen de las normas constitucionales y legales de protección del consumidor, y en particular, por una serie de principios que se enuncian allí. Entre dichos principios se encuentra el de informalidad procesal a favor del consumidor, celeridad, inmediatez, concentración, economía procesal, oralidad y gratuidad. Además, el artículo 66 establece la gratuidad en favor del consumidor o usuario, lo cual se corresponde con lo dispuesto por el artículo 35 inciso b), esto es, que la gratuidad es un beneficio del que no gozan los proveedores. La gratuidad también se garantiza en los procesos colectivos de consumo en defensa de los derechos de incidencia colectiva (art. 256).

No es un dato menor que el beneficio de gratuidad en favor de los consumidores o usuarios del artículo 66 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la CABA se ubique en el capítulo décimo de la primera parte del Código que aborda lo relativo a las costas. En particular, este artículo establece que las actuaciones

183. Shina, Fernando, *Ley de Defensa del Consumidor...*, *op. cit.*, p. 503.

184. Ibídem, p. 504. Sobre este tema, véase el art. 55 de esta Ley y de su respectivo comentario en esta obra.

judiciales promovidas por consumidores o usuarios individuales o colectivas se rigen por el principio de gratuidad establecido en los artículos 53 último párrafo y 55 último párrafo de la Ley Nº 24240 y sus modificatorias, "lo que importa que se encuentran exentas del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, contribuciones, costas y de todo gasto que pueda irrogar el juicio". Ahora bien, en caso de consumidores o usuarios que actúen en interés propio, en reclamos superiores a un monto que exceda las 100 (cien) unidades de medida arancelaria (UMA), el demandado puede promover un incidente de solvencia –sin suspensión del trámite principal– a fin de acreditar que el o los actores disponen de recursos económicos suficientes para soportar los gastos del juicio. En caso de que se declare la solvencia del consumidor para afrontar los gastos del juicio, cesa respecto de este el principio de gratuidad del artículo 66 (art. 73). Sin embargo, en ningún caso el incidente de solvencia que prospere importa la obligación del consumidor actor de abonar la tasa de justicia.[185]

Artículo 54. Acciones de incidencia colectiva*

Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

185. Muiños, María Rosa, "Comentario al artículo 66", en AA. VV., *Código procesal de la justicia en las relaciones de consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: comentado y concordado*, CABA, Editorial Jusbaires, 2023, pp. 297-312.

* Comentario sobre los artículos 54 y 54 bis por Pedro Galmarini.

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

(Artículo incorporado por art. 27 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).
Reglamentado por el Decreto N° 1798/94.
Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 14 del CCCN.*

La Ley N° 24240 concentra en su artículo 54 los aspectos que atañen al modo de finalización del proceso colectivo de consumo y a su ejecución.

Entre los modos de finalización del proceso que suelen contemplar los códigos procesales que rigen en cada jurisdicción, refiere a la sentencia definitiva (modo normal), pero incorpora y hace hincapié en el acuerdo conciliatorio y transacción (modos anormales).[186]

Habida cuenta de la técnica legislativa empleada por el legislador en la preceptiva en comentario, asumimos que el orden sistémico prevalente que la regulación procesal tiene en el ámbito del trámite de los procesos individuales no resulta aplicable al *proceso colectivo de consumo*.

Notamos en la norma un orden de prelación que sitúa a los modos anormales de terminación del proceso colectivo de consumo elegidos por el legislador (acuerdo conciliatorio y transacción) por encima del acto jurisdiccional típico en procesos individuales: la sentencia de mérito.

Por cierto, encuentra sentido a que así sea. Responde, al cabo, a la necesidad de tender a soluciones rápidas, eficientes y eficaces propias del trámite de los procesos colectivos. Máxime si se tiene en

186. CPCCN, arts. 308 y 309.

cuenta que los sujetos involucrados en estos asuntos son considerados vulnerables,[187] siendo que, frente a los proveedores de bienes y servicios, resultan ser la parte más débil de la relación de consumo.

Ministerio Público Fiscal

Intervención

La ley dispone como estándar de actuación para un trámite de incidencia colectiva que involucra intereses individuales homogéneos en el marco de relaciones de consumo que, "para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción", el Ministerio Público Fiscal debe pronunciarse sobre "… la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados".

La excepción a esa regla es que dicha rama del Ministerio Público "sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva".

De modo que se prevé la intervención autónoma y supletoria del Ministerio Público Fiscal que depende de si la acción colectiva fue promovida por dicho organismo o por otro de los sujetos habilitados al efecto.

Cabe recordar que el artículo 43 de la Constitución Nacional dispone que el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a resguardar los intereses de incidencia colectiva en general están legitimados para promover acciones de este tipo.

Ya en lo que refiere al Ministerio Público, la norma en comentario se traduce en la reglamentación general del artículo 120 de la Constitución Nacional, en cuanto prevé como función de aquel órgano extrapoder la de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad".

En el mismo sentido se prevé la actuación del Ministerio Público Fiscal en el artículo 1 de la Ley N° 27148, y con mayor precisión en su artículo 2, inciso c, en tanto dispone su intervención en conflictos en

187. CSJN, Fallos: 340:172. La norma contenida en el artículo 42 de la Constitución Nacional revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables y este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural.

los que se encuentren afectados intereses colectivos o difusos, constituyendo y complementando la reglamentación general de la norma constitucional señalada, con esta particular.

En suma, la conjunción de las pautas legales indicadas nos lleva a considerar que la intervención del Ministerio Público Fiscal es necesaria en todo supuesto en el que se encuentre en discusión la procedencia de una pretensión que involucra intereses colectivos de consumidores o usuarios. Es decir, no queda circunscripta a los casos en que se arriba a un acuerdo conciliatorio o transacción.[188]

Acuerdo o transacción

La norma establece que la actuación del Ministerio Público Fiscal es a efectos de que se expida acerca de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados.

El objeto de una previsión legal de estas características es suplir, dentro del marco de actuación que habilita el ordenamiento jurídico, la ausencia de todos los individuos que no participan activamente del proceso colectivo, en tanto el acuerdo conciliatorio o transacción importa un doble efecto jurídico con carácter de definitivo. Esto es: a) la transacción es un modo de extinción de las obligaciones artículo 1641, CCCN); y, como mencionamos, b) un modo de finalización del proceso (Artículo 308, CPCCN).

Como correlato, implica una doble consecuencia jurídica: a) que lo que se define en el proceso pasa en autoridad de cosa juzgada (salvo que los miembros del grupo o clase se presenten a ejercer el derecho de exclusión); y, consecuentemente, b) que se agota toda posibilidad de ver satisfecha la reparación de la afectación de los derechos de los consumidores y usuarios por otra vía de las que ofrece el derecho común (artículo 75 inciso 12, CN).

Si bien habría que asumir que los derechos de quienes no están presentes en el trámite del proceso colectivo de consumo están prote-

188. El art. 11 del Código Contencioso Administrativo y Tributario CABA, por caso, prevé expresamente la intervención del Ministerio Público Fiscal en el trámite de procesos colectivos en general. En el mismo sentido que entendemos ha de operar el sistema previsto en la Ley N° 24240, el mismo Código de rito, en su art. 12, dispone una vista "[p]revio a dictar sentencia de fondo, para que brinde su opinión fundada".

gidos, lo cierto es que, salvo aquellos que hubieran conferido un mandato representativo determinado, se trata de derechos personales y patrimoniales, por vía de principio, el sujeto que asume el rol de parte y representante idóneo de la clase[189] no cuenta con las facultades que la ley confiere para arribar a un acuerdo que dirima el conflicto que entraña la relación de consumo de que se trate.

Es por eso que la intervención del Ministerio Público Fiscal es inexorable. De no ocurrir, el acuerdo será nulo.

Ahora bien, para fortalecer los mecanismos de control y eficiencia del sistema es necesario que, además, se cumpla con ciertas condiciones de suma transcendencia para la validez de este tipo de hechos y actos jurídicos.

Entre ellas: (i) que el contenido del acuerdo conciliatorio o transacción se dé a publicidad por un medio adecuado; (ii) que se celebren las audiencias públicas que hicieran falta con antelación a la concreción del acuerdo o transacción; (iii) que se otorgue un plazo razonable para que los sujetos que tuvieran un interés comprometido en el asunto tengan la oportunidad efectiva de solicitar quedar afuera del alcance y efectos del acuerdo; (iv) que el instrumento a través del que se arribe al acuerdo o transacción esté homologado[190] y suficientemente fundado.

Publicidad

Por lo pronto, la Acordada N° 12/2016 de la CSJN (que vino a cubrir el bache que genera el hecho de que el legislador nacional

189. El representante de la clase debe contar con las aptitudes para representar los intereses de sus miembros de manera ecuánime, sin posibilidad de generar conflictos de interés en la clase y con máxima diligencia utilizando todos los recursos a su alcance. Los antecedentes y la experiencia en el tipo de trámite y asunto litigioso de los representantes de las clases y de los abogados que asumen la dirección técnica en el proceso deben ser acreditadas ante el juez del caso y los magistrados deben ser rigurosos con su examinación habida cuenta de la relevancia que tiene la tarea que aquellos asumen y, sobre todo, la trascendencia de su labor.

190. La necesidad de su homologación no es un dato menor. Se entiende que la transacción como modo de extinción de las obligaciones a través de las concesiones recíprocas que consensuan las partes en el marco de una relación contractual no requiere de homologación para adquirir el estatus jurídico de cosa juzgada (cfr. art. 1642 CCCN). De forma que tal exigencia se torna en un elemento constitutivo y de vital importancia para la regularidad del acto con el que se pone fin a la controversia colectiva de consumo.

continúe en mora respecto de la regulación de una norma sobre procesos colectivos) fija pautas claras y concretas en torno a la publicidad de este tipo de procesos.

Las previsiones de dicha reglamentación implican un doble control; es decir: hacia adentro del Poder Judicial (si bien rige exclusivamente para los tribunales federales y nacionales) y hacia el público en general.

Ellas son:

a. Hacia el seno del Poder Judicial (art. IX del Anexo de la Acordada N° 12/2016), sobre:
   i. La promoción de un proceso colectivo;
   ii. La registración de las decisiones judiciales en materia de certificación de la clase y la eventual modificación del colectivo involucrado;
   iii. La registración de la homologación de acuerdos.
b. Hacia el público en general (art. VIII inc. 2 de la Acordada N° 2/2016), sobre:

   La determinación de "los medios mis idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses".

En lo que respecta a esto último, es de suma importancia que la información que se dé a publicidad por parte de los tribunales en los que tramitan los procesos colectivos sea precisa y clara para que cualquier persona pueda conocer y entender de qué se trata el sustrato del conflicto con trámite judicial.

También es sustancial esclarecer la finalidad que lleva consigo la comunicación y, sobre todo, que los sujetos que pretendan quedar afuera del alcance de los efectos del acto jurisdiccional que pone fin al proceso pueden ejercer su derecho a hacerlo en el plazo que se fije a tal fin.

Audiencias públicas

En línea con lo anterior, y puntualmente en lo que concierne a los acuerdos o transacciones, el instituto de la audiencia pública se ha tornado ineludible para la validez del procedimiento tendiente a la celebración y ejecución de aquellos.

La audiencia pública, más allá de las distintas opiniones que pueden considerarse a partir de las perspectivas desde las que se justifica su concurrencia, puede definirse como

> ... el procedimiento que permite exponer, intercambiar y refutar opiniones técnicas y, como consecuencia, ratificar las percepciones iniciales de sus partícipes o bien modificarlas como consecuencia del debate. Es el mecanismo apto no solo para salir de la ignorancia sino también para construir alternativas que permitan formular una síntesis que dé cabida a la mayor cantidad posible de opiniones diferentes, pero no contradictorias.[191]

Es una figura que –por su naturaleza, concepción y repercusión– contiene múltiples facetas, impone condiciones y ofrece una rica variedad de matices.

El debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia.[192]

Como lo expusimos en otro trabajo,[193] la figura cuenta con distintos componentes que la hacen vital para la satisfacción de su objeto. Las funciones que pueden vislumbrarse durante el iter de la audiencia pública son: cumplir con el fomento de la democracia participativa, la formación de la voluntad estatal, informativa, preventiva y colectiva.

Estos elementos característicos de la figura, al propio tiempo, han recalado en el proceso judicial; ahora, y cada vez con mayor asiduidad, forman parte de las etapas del proceso previas a la sentencia.

El objeto radica en generar las condiciones adecuadas para que pueda asumirse una decisión consensuada luego de transcurridas esas fases del procedimiento de formación de voluntad de las partes, a las que debemos añadir las fases reparatorias y las condiciones para la ejecución del acto que, entre otros, es consecuencia de la audiencia pública judicial.

191 CSJN, Fallos: 339:1077, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo" del 18/08/2016, del voto del ministro Rosatti.

192. CSJN, Fallos: 343:637, del voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti.

193. Galmarini, Pedro, "Audiencias públicas: legitimación, representación adecuada y caso" en *Procesos Colectivos*, CABA, Jusbaires, 2021, pp. 103 a 140.

Sin ir más lejos, la CSJN ha dictado la Acordada N° 30/2007 en la que estableció el régimen para las audiencias públicas que se celebran en el ámbito del tribunal.[194] Luego, en tiempos recientes, las ha fijado y convocado a quienes pueden ser partícipes de esos actos en distintos casos para los que lleva una agenda determinada en la que dispone las fechas en las que se celebran.

Beneficio de exclusión[195]

La posibilidad de que las personas queden afuera de los alcances del acto jurisdiccional que ponga fin al proceso colectivo está expresamente dispuesta en la Ley N° 24240, siendo su regulación expresa una excepción en el ordenamiento normativo argentino.

Así, la parte final del primer párrafo del artículo 54 dispone que "el acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores

194. Acordada N° 30/2007, art. 5 "Las audiencias serán públicas. Para la asistencia se otorgará prioridad a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal, según sea necesario en cada caso. Podrá asistir el público en general, hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto".

195. Hemos tenido la oportunidad de trabajar el tema en el marco de la confección de un proyecto de ley para la jurisdicción de la CABA. Allí le dimos la siguiente forma y alcance al derecho de exclusión: "En los supuestos que involucran derechos individuales homogéneos, debe otorgarse a los miembros de la clase o grupo la posibilidad de solicitar quedar excluidos de los efectos que producen las decisiones asumidas en el marco de este tipo de proceso.
El derecho de exclusión puede ser ejercido dentro de los plazos establecidos para comunicar la existencia del proceso [...]. Excepcionalmente, si resulta atendible la justificación ante la omisión de la manifestación oportuna del miembro de la clase, el/la juez/a puede considerar la validez del ejercicio tardío del derecho de exclusión.
Una manifestación explícita sobre el derecho de exclusión solo habilita su consideración en el expediente en que tramita el conflicto de incidencia colectiva, sujeta a la regla y excepción respecto de la oportunidad para realizarla.
El/la juez/a puede limitar su ejercicio en aquellos supuestos en los que, a pesar de tratarse de derechos individuales homogéneos, las particularidades del caso exigen una solución equiparable a la de un conflicto indivisible.
La solicitud de exclusión no requiere patrocinio jurídico o fundamentación, ni debe ser sustanciada. La solicitud surte efectos desde su presentación, excepto en los casos en que el/la juez/a puede limitar su ejercicio.
La resolución judicial que se dicte no tiene eficacia sobre aquellos que solicitan su exclusión, debiendo indicarse los nombres de las personas que solicitan el apartamiento del proceso".

o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso". Este pasaje se complementa con el que lo sucede en la parte final del segundo párrafo: "excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga".

La ley de defensa del consumidor se enrola en un sistema que podemos denominar semiautomático. Esto quiere decir que únicamente un miembro de la clase quedará fuera del alcance de los efectos de la sentencia definitiva en la medida en que haya ejercido su derecho a quedar excluido del trámite colectivo.

Este sistema es el conocido como *opt out*[196] y "permite que los miembros se expresen [en el sentido indicado], aunque, normalmente, es muy baja la cantidad que emiten su voluntad en forma expresa y dirigida al juez de la causa".[197]

Homologación

Tanto la exigencia de la homologación como el requisito de su fundamentación son condiciones que hacen a la regularidad del acto.

Independientemente del requisito genético que debe tener toda sentencia judicial para su regularidad para no adolecer de arbitrariedad (CCCN, art. 3), en los procesos colectivos indefectiblemente debe mediar mayor rigurosidad en torno a la exigencia de la presencia de una fundamentación razonable y pormenorizada en cuanto a los hechos y derecho que atañen al caso, que no deje lugar a dudas acerca de la suficiencia de todo elemento de convicción del que debe estar nutrida una decisión arribada a través del consenso de las partes involucradas, previo control del Ministerio Público Fiscal.

196. Lorenzetti, Ricardo Luis, *op. cit.*, p. 173.
El sistema *opt out* "permite la exclusión tanto del trámite del proceso como de los efectos de la sentencia, a los sujetos que así lo manifiesten, expresa e indubitadamente, y dentro de un plazo establecido. Normalmente este mecanismo tiene lugar en la etapa de certificación, aunque también hay normas que admiten el ejercicio de la opción hasta cierto tiempo antes del dictado de la sentencia".

197. Ibídem, p. 136.

Legislación CABA

El Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo (en adelante CPJRC) prevé la alternativa de la transacción en el marco de procesos colectivos. Y con ella la posibilidad, no el deber, de convocar a una audiencia pública, lo cual queda a criterio del juez que conoce en el caso.

En cuanto al resto de las pautas fijadas en el artículo 54 de la Ley las replica, y les confiere un plazo máximo de sesenta días para que los miembros de la clase ejerzan su derecho a quedar excluidos de los efectos del acuerdo transaccional.

En lo que atañe a la facultad de convocar a una audiencia pública, somos del criterio de que sería conveniente que fuera una condición para la regularidad del proceso y su decisión final, mas no una alternativa para los magistrados su convocatoria. Sobre todo, porque lo que ha de primar, como lo expresa con claridad el propio artículo 266 del CPJRC, es el principio transparencia.

Al respecto, es oportuno recordar que la audiencia pública permite la democratización de las decisiones, formar un consenso acerca de ellas y, precisamente, dar transparencia a los procedimientos, ya que en ella participan los usuarios, sus representantes y otros sujetos que puedan estar involucrados.[198]

Cosa Juzgada

La norma estipula que

> … la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Para tener claro a quiénes alcanzan los efectos de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en un proceso colectivo, previamente hay que tener claro qué significa una clase.[199]

198. CSJN, Fallos: 329:4542, de la disidencia de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti.

199. En cuanto a los requisitos para la procedencia una acción colectiva cuya pretensión recae sobre la afectación de intereses individuales homogéneos, la CSJN ha puesto de

Dicho eso, la expresión que utiliza el legislador para establecer las características de una clase en términos del alcance de la sentencia tiene correspondencia con la línea seguida por la CSJN en sus fallos y en las Acordadas que rigen el trámite de los procesos colectivos en el ámbito de la Justicia nacional y federal, en lo que interese a este trabajo, en supuestos de incidencia colectiva que recaen sobre intereses individuales homogéneos.

El estándar que se exige es que los consumidores y usuarios se encuentren en similares condiciones, no idénticas. La CSJN refiere a "una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva". En estos términos, las frases "similares condiciones" y "sustancial semejanza" deben ser entendidas como expresiones compatibles; básicamente, como una misma pauta al tiempo de establecer si la pretensión colectiva involucra la afectación de potenciales miembros de la clase.

En su caso, si existieran dudas acerca de la integración de la clase, existe la posibilidad de proceder a una subdivisión y conformar subclases.[200]

---

manifiesto con precisión cuáles son los que deben concurrir "Halabi", Fallos: 332:111; "Padec", 336:1236; Unión de Usuarios y Consumidores", Fallos: 337:196; "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa", Fallos: 337:753; "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad", Fallos: 339:1077; entre otros; y Reglamento de actuación en procesos colectivos, aprobado por la Acordada N° 12/2016). En torno al requisito vinculado a la certificación del colectivo afectado, la Corte ha sostenido "que para la admisión formal de toda acción colectiva se requiere la precisa identificación del grupo o colectivo afectado (CSJN, Fallos: 332:111, considerando 20), pues resulta razonable exigir a quienes pretenden iniciar procesos colectivos una definición cierta, objetiva y fácilmente comprobable de la clase, lo cual exige caracterizar suficientemente a sus integrantes de forma tal que resulte posible a los tribunales corroborar, en la etapa inicial del proceso, tanto la existencia de un colectivo relevante como determinar quiénes son sus miembros (CSJN, Fallos: 338:40 y 1492)" ("Federación Argentina de Entidades Empresarias del Autotransporte de Cargas c/ EN – M° Interior – DNV y otro s/ proceso de conocimiento", del 15/10/2020).

200. La adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción, ya que solo a partir de un certero conocimiento del colectivo involucrado (y de sus eventuales subcategorías) el juez podrá evaluar si la pretensión deducida se concentra en los efectos comunes que el hecho o acto dañoso ocasiona o si el acceso a la justicia se encuentra comprometido de no admitirse la acción colectiva (CSJN, "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo", del 18/08/2016).

Lo determinante es que, salvo que se presente un miembro del grupo afectado y solicite expresamente quedar excluido de los efectos que se deriven del proceso colectivo, todo sujeto con un interés que tenga sustancial semejanza con la pretensión colectiva quedará alcanzado por el efecto del acto jurisdiccional que puso fin al proceso.

Incluso, en la sentencia debe quedar asentado nominalmente quiénes son las personas que quedarán excluidas del efecto jurídico de dicho acto.[201]

Oportunidad

La ocasión para ejercer el derecho de exclusión y no quedar alcanzado por el efecto de la cosa juzgada, según la propia preceptiva, es con anterioridad a la sentencia.

Siendo el único requisito establecido en la norma, y en tanto también se establece que habrá de ser en los términos y condiciones que el magistrado disponga, corresponde estarse a lo que cada juez asuma en cada caso como criterio en materia de plazos y etapas procesales.

Ello así, desde ya, en la medida en que los estados federados no legislen al respecto en el ámbito propio en el que la CN los habilita, por tratarse de un aspecto de naturaleza procesal y, por tanto, de competencia local.

Para la asunción de criterios al respecto, será importante contemplar el tipo de proceso en el que tramite la pretensión colectiva. Tengamos en cuenta que podría ser un juicio ordinario, amparo, habeas corpus, habeas data u otros, tal y como lo indica la CSJN en el artículo 2 del Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos, aprobado en su Acordada N° 32/2014.

Competencia

Es determinante no soslayar la implicancia que tiene el principio de prevención y la necesidad de evitar sentencias contradictorias.

De este asunto también se ha encargado la CSJN. Tanto así que fue el origen de, primero, el dictado de la Acordada N° 32/2014 y, luego, de la Acordada N° 12/2016.

201. Lorenzetti, Ricardo Luis, *op. cit.*, p. 136.

De los fundamentos de la primera queda en evidencia que dicho Tribunal se vio en la necesidad de ordenar la situación vinculada al trámite de los procesos colectivos como corolario de haber advertido que distintos tribunales se pronunciaban en casos que debían tramitar ante el mismo fuero y juzgado, y en un único proceso.

Es aquí donde estamos obligados a ligar distintos aspectos del trámite de estos procesos en pos de evitar decisiones que, de máxima, alteren la garantía de la cosa juzgada, y, de mínima, la judicatura resuelva de forma distinta cuando las condiciones inhabilitan a que lo haga.

Una de las alternativas que puede presentar una contrariedad en el sentido indicado es cuando una misma pretensión tramita tanto en un proceso colectivo como individual, claro que en el supuesto de que quien interviene en este último no lo hace en aquel.

Si bien, en principio, iniciado el proceso colectivo, el acto jurisdiccional definitivo hará cosa juzgada sobre toda situación de sustancial semejanza, siempre queda latente la alternativa de que medie un pedido expreso de miembros de la clase de quedar excluidos de los efectos de la sentencia, o bien, si no se ejerció ese derecho, promover una acción individual antes de que pase en autoridad de cosa juzgada aquella.

La CSJN ha dirimido conflictos de competencia entre procesos colectivos e individuales en el sentido de que cada uno debe tramitar por las suyas; esto es: no aplica el principio de prevención sino ante supuestos de procesos colectivos en los que se debaten pretensiones de sustancial semejanza.

Así, en el marco del precedente "CEPIS", la CSJN ha resuelto que, ante la promoción de procesos colectivos con pretensiones similares, debía intervenir el juzgado que había inscripto primero el caso ante el Registro que lleva a tal fin dicho Tribunal.[202]

Por el contrario, cuando se trabó un conflicto negativo de competencia que comprendía a un proceso individual y otro colectivo, su

202. En el marco del precedente "CEPIS" la CSJN ha dicho que: "las consideraciones expuestas sobre la aptitud jurisdiccional de los juzgados federales con asiento en las provincias y acerca del Reglamento [de Proceso Colectivos —Acordada N°12/2016—] conducen a la inexorable conclusión de que resulta competente para entender en estos autos el Juzgado en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata N° 2 por cuanto, según lo expuesto, es el juzgado que inscribió el proceso en el Registro [Acordada N° 32/2014]" ("EN – M° Energía y Minería c/ CEPIS s/ inhibitoria", del 28/10/2021).

decisión fue la opuesta. Es decir, que no procedía el régimen de la prevención; ni siquiera que tramitaran ante el mismo tribunal.[203]

El Código Modelo de Procesos Colectivos Iberoamericano (CMPCI), por su lado, establece la misma regla y aclara, lo cual es de toda lógica, que los efectos de la cosa juzgada colectiva no beneficiarán a los actores en las causas individuales si no fuera solicitada la suspensión del proceso individual dentro de los treinta días de conocida efectivamente la existencia del proceso colectivo (artículo 31).

Si bien la pauta que fija el CMPCI aporta una solución razonable, adherimos a la postura que rige en Estados Unidos conforme a la "Regla 23, b". Ella habilita a certificar la clase cuando el ejercicio de acciones individuales podría crear un riesgo de sentencias contradictorias o inconsistentes.[204]

No encontramos el criterio postulado por la CSJN orientado a evitar sentencias contradictorias, tal y como priorizó en el precedente "Municipalidad de Berazategui".[205]

No consideramos suficiente lo expuesto en el precedente "Menara"; incluso lo observamos dogmático y forzado, siendo que se apoya en una pauta fijada en la Acordada N° 12/2016 que en modo alguno impedía considerar que, en virtud de un bien superior (evitar sentencias contradictorias), las causas podían acumularse. En última instancia, habría sido conveniente determinar un estándar intermedio como el establecido en el CMPCI.

---

203. La Procuración General dictaminó que "no resulta aplicable la Acordada 12/2016 de la Corte Suprema, toda vez que esta reglamenta la actuación en los procesos colectivos y ordena la acumulación de este tipo de procesos cuando exista una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva (Punto IV, Acordada N° 12/2016, CSJN; Fallos: 337:1024, 'Municipalidad de Berazategui'). En resumen, aun cuando la presente demanda tenga similar objeto que la causa colectiva señalada no corresponde ordenar su acumulación pues la titular del derecho decidió plantear una acción autónoma en una jurisdicción cercana a su domicilio cuyos efectos solo la afectarán en forma individual. Por ello, deberá continuar su trámite ante la justicia federal de Bell Ville" (CSJN, "Menara, Victoria Segunda c/ ANSeS s/ amparos y sumarísimos", del 13/05/2021, siguiendo sin más a la PG).

204. Lorenzetti, Ricardo Luis *op. cit.*, p. 174.

205. Vid. Acordada N° 32/2014.

Términos y condiciones

Cuando la ley dice "excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga" no podría entenderse de otra manera que no fuera vinculado a la oportunidad y, salvo el caso de homologación de un acuerdo, siempre que fuera antes del dictado de la sentencia definitiva.

Esto es así, habida cuenta de que la norma es clara en cuanto al momento de la manifestación de voluntad para quedar excluido, lo cual es razonable.

En ese marco, en principio y como se destaca anteriormente, los magistrados tienen margen para determinar cuál es el momento propicio para conceder un plazo a tal fin.

De no hacerlo, y en la medida en que no estuviera previsto un plazo en la legislación local de cada jurisdicción, los consumidores y usuarios no tendrían otra limitación que presentarse en cualquier momento previo a la sentencia que ponga fin al litigio. Este criterio, incluso, habría de extenderse hasta tanto dicho acto jurisdiccional pasara en autoridad de cosa juzgada.

Notificación y publicidad

No obstante lo expuesto en el acápite que antecede, si se limita a lo previsto en la Acordada N° 12/2016, pareciera que la publicidad acerca de la existencia del proceso y la apertura del plazo para ejercer el derecho de exclusión habría de ser una vez trabada la *litis* y no en un momento anterior.

El artículo VIII del Reglamento de Procesos Colectivos prevé que los jueces deben "determinar los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses" una vez contestada la demanda o vencido el plazo para hacerlo.

Con la finalidad de esclarecer el alcance de dicha expresión, es importante apuntar dos fragmentos del precedente "Halabi" para distinguir la notificación de las medidas de publicidad. Conforme los propios términos utilizados por la CSJN, tales diligencias están orientadas al cumplimiento de objetivos distintos.

En cuanto a la notificación, siempre que estemos en casos en los que se debate la afectación de intereses individuales homogéneos,

> … es esencial […] que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. […] es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos (ambas expresiones corresponden al considerando 20 de "Halabi").

Los términos expuestos en el artículo VIII del Reglamento indicado resultan compatibles con la diligencia "notificación" antes que con diligencia "medidas de publicidad".

Ello se concluye en razón de que la Acordada N° 12/2016 pone el énfasis en asegurar la adecuada defensa de los intereses de los integrantes del colectivo afectado, lo cual resulta congruente con el enfoque de la CSJN en "Halabi", en tanto al fijar la pauta de la "notificación", lo circunscribe a contemplar la situación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar afuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.

Por el contrario, en el mismo considerando y precedente, como se destaca anteriormente en el considerando 20 de "Halabi", las medidas de publicidad a las que alude la CSJN se concentran en el cumplimiento de otro propósito: evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

A eso se puede resaltar como dato a ponderar que, en el ámbito de legislación de las provincias que han regulado pautas sobre la publicidad[206] habría congruencia y compatibilidad con la postura que se deduce de la correspondencia que existe entre "Halabi" y la Acordada N° 12/2016.

206. La Pampa (Ley N° 1352, art. 13). San Juan (Ley N° 6006, art. 9,). Tucumán (CPC, art. 79), Tierra del fuego (CPTF, art. 659).

Finalmente, se resalta que el hecho de que la publicidad se origine en un momento genético del proceso es conveniente y hasta necesario para evitar, precisamente, la multiplicidad de trámites con potencial para derivar en sentencias contradictorias.

Si bien con el cumplimiento adecuado por parte de los jueces nacionales y federales de la Acordada N° 32/2104 no habrían de ocurrir desavenencias sobre el punto, lo cierto es que la publicidad realizada por fuera el Reglamento Público de Registro de Proceso Colectivos tiende a fortalecer el mecanismo a través del que pretende evitar el escándalo jurídico producto de sentencias inconsistentes o disímiles sobre pretensiones de sustancial semejanza.

Ahora bien, el orden que requiere un proceso colectivo en el que se tramita una afectación de incidencia colectiva que recae sobre intereses individuales homogéneos impone que la notificación por la vía idónea que los magistrados dispongan a los potenciales integrantes del colectivo afectado simplemente una vez trabada la *litis*. Y, en su caso, que esa sea la oportunidad para que se discuta la idoneidad de la parte demandante como representante adecuado de la clase, lo mismo que la del letrado que la asista jurídicamente.

En conclusión, se considera que en supuestos en que la pretensión recae sobre la afectación de bienes colectivos con las medidas de publicidad es suficiente, mientras que, en casos de intereses individuales homogéneos, se requiere tanto las medidas de publicidad como la notificación a los miembros del colectivo afectado en los términos y oportunidades indicados.

Para mayores precisiones, remitimos a los trabajos que elaboramos en torno a estos aspectos singulares del trámite de procesos colectivos de estas características, publicados por la misma editorial.[207]

207. Galmarini, Pedro, "Actualidad en materia de procesos colectivos", en Revista *Pensar Jusbaires*, 2018, V, N° 17, CABA, Jusbaires, septiembre 2018, pp. 28-43; y mismo autor, "Audiencias públicas", *op. cit.*

Sentencia y ejecución

La parte final del artículo en comentario distingue situaciones atinentes al contenido de la sentencia, al tiempo que determina pautas para su ejecución.

Contenido patrimonial

La norma establece que "si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral".

Lo primero que hay que decir es que, por omisión o implícitamente, el artículo 54 comprende sentencias con contenido patrimonial y no patrimonial.

Luego, dispone que, cuando la pretensión fuera de contenido patrimonial, los jueces deben fijar en la sentencia los parámetros o procedimiento para la liquidación de la reparación económica, siempre sobre la base del principio de reparación integral.

Al cabo, tales directrices no distan de lo previsto en las codificaciones de forma y fondo que rigen a nivel nacional (artículos 165 del CPCCN y 1740 del CCCN, respectivamente).

Por otro lado, asumimos como procedimiento a seguir por quienes consideren estar alcanzados por los efectos de la sentencia en un proceso de clase la promoción de incidentes para acreditar su calidad de miembros de la clase, así como la existencia, causalidad y monto de los daños personales o patrimoniales sufridos.

Este procedimiento debe ser sustanciado ante el tribunal que tramitó el proceso de clase.

Contenido no patrimonial

Dentro de las sentencias que no dirimen conflictos producidos en el marco de relaciones de consumo que contienen una pretensión de naturaleza patrimonial, podríamos incluir cualquiera pretensión con la que esté anclada en la tutela preventiva (artículos 1710 y ss. del CCCN) o cese de afectaciones de incidencia colectiva.

Si la obligación impuesta en la sentencia es de hacer o no hacer, corresponde seguir —en lo pertinente— las pautas establecidas en los artículos 513, 514 y siguientes del CPCCN, según el caso.[208]

Incluso quedarían comprendidas aquellas causas en las que se pretenda hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica de consumo.[209]

Vías

Obligaciones nacidas como de dar sumas de dinero

El artículo prevé que

> … si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado.[210]

Restitución

Si la sentencia ordena la restitución de sumas de dinero, debe hacerse por el mismo medio que se utilizó para percibirlas. De no resultar ello posible, por el medio que los jueces consideren más idóneo.

208. Si la opción seguida para la ejecución de la sentencia, por caso, fuera la de conminar al sujeto obligado en los términos establecidos en el artículo 37 del CPCCN, lo más conveniente sería que el juez de trámite dispusiera sobre el destino de lo devengado por dicho concepto.

209. Sobre las vicisitudes vinculadas a una acción meramente declarativa en materia de consumo remitimos al comentario que realizamos al artículo 247 en el Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la CABA, comentado y concordado, publicado por la editorial Jusbaires en 2023.

210. El CPJRC, art. 264. […] En los casos en los cuales se reclamen daños o la restitución de sumas de dinero percibidas indebidamente, la sentencia contendrá una condena genérica. Una vez notificada la sentencia, los damnificados podrán solicitar la liquidación de sus daños individuales ante el mismo tribunal por vía incidental. Cada uno de los afectados deberá acreditar sus daños, los que serán cuantificados de manera individual en cada sentencia particular. Si se trata de la restitución de suma de dinero, se hará por los mismos medios en que las sumas fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación. Si estos no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que la restitución será instrumentada, de la manera que más beneficie al grupo afectado.

El monto a restituir debe ser depositado en las cuentas de los integrantes de la clase en caso de estar identificados y sean puestas a disposición del obligado al pago (típico supuesto de retenciones o cobros de las entidades bancarias declarados ilegítimos en un proceso colectivo de consumo) o de lo contrario, en una cuenta a nombre del expediente y a la orden del tribunal.

Sistema fijado por jueces

La ley faculta a los jueces a disponer de un sistema que sea adecuado para el pago de las sumas de dinero que fueran reconocidas en la sentencia.

Esta prerrogativa tiene sentido en la medida en que, como ocurre ante determinados supuestos, la ejecución de la sentencia se torna engorrosa y de difícil materialización.

Incluso, en ocasiones, los jueces tienen que apelar a la proyección de ideas creativas utilitarias en función de sortear los obstáculos que impidieran cumplir con la sentencia.

Esto ocurre, como menciona la ley, cuando no pueden ser individualizados los miembros de la clase.

Es importante recordar que, tal y como lo expuso la CSJN en "Halabi", la pretensión en este tipo de procesos, en lo que atañe al factor común y de incidencia colectiva, excede del daño producido individualmente y de su prueba.[211]

Ese aspecto medular del alcance que, según la CSJN, entraña la conceptualización de la categoría "intereses individuales homogéneos" fue previamente delineado unos años antes del fallo "Halabi", en el precedente "Mendoza". Allí, el Tribunal, respecto de las pretensiones individuales tendientes a obtener una indemnización por efecto del daño ambiental con repercusión en el ámbito psicofísico de las personas, expuso que podrían ser calificados como intereses individuales

211. La CSJN fijó como pauta rectora que, en casos de intereses individuales homogéneos, "… la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, *excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre*. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, *salvo en lo que hace a la prueba del daño*" (considerando 12 de "Halabi", el destacado me pertenece).

homogéneos en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionarios.[212]

Dicha circunstancia pone en ciernes la necesidad de la identificación de cada individuo que integra la clase o subclases y obliga a buscar los mecanismos más apropiados para lograr el cometido que lleva consigo la sentencia que alcanza uniformemente a toda persona que, por efecto de un hecho único o continuado, fue sujeto pasivo de una lesión común a otros tantos (causa fáctica homogénea).

Obligaciones de valor devenidas en "de dar sumas de dinero"

En supuestos de daños que deben ser reparados en el marco de un proceso colectivo, la ley establece en el último párrafo del artículo que aquí se comenta que, "si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán estos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda".

En primera medida, en materia de daños y sobre todo en épocas de asimetrías de la moneda de curso legal como ocurre en periodos inflacionarios, recurrentes en la Argentina, hay convergencia en el entendimiento de que las obligaciones generadas como consecuencia de lesiones a la persona y su patrimonio entrañan una deuda de valor, que, como lo indica el propio artículo 772 del CCCN, una vez cuantificado el valor (en la sentencia —CPCCN, art. 165 —), se transforma en una deuda de dar sumas de dinero.

Por su lado, cabe agregar que, si los perjuicios no fueran diferenciados, pues no habría necesidad de continuar con la ejecución a través de la formación de incidentes. Ello, claro es, siempre que se esté frente a un supuesto de restitución o bien que fuera evidente y no estuviera sujeto a discusión el alcance del menoscabo ocasionado al colectivo afectado.

De lo contrario, la vía incidental es la idónea para dirimir todo aspecto vinculado a la ejecución de la sentencia colectiva en materia de daños a la persona o su patrimonio.

212. CSJN, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la Contaminación ambiental del Río Matanza – Riachuelo)", del 20/06/2006 (considerando 17).

Clases o subclases

En supuestos de intereses individuales homogéneos, si existen afectaciones a derechos de distinta naturaleza de las que se siguen pretensiones que pugnan por un resultado común, puede dividirse al frente activo en tantas subclases como intereses sectoriales sean acreditados.

La existencia de grupos con pretensiones similares, con sustento en la afectación de derechos personales o patrimoniales distintos provocada por un hecho único o continuado, frente a la concurrencia del resto de los presupuestos que originan una afectación individual homogénea, habilita la integración de subclases, debiendo guardar cada una correspondencia con la pretensión de que se trate.

De operar de ese modo, debe mantenerse la homogeneidad en la causa fáctica y en la incidencia colectiva que se proyecta sobre el reclamo en torno al resultado pretendido, basado en el efecto colectivo mancomunado.

Esa potestad asignada a los jueces puede ser ejercida, básicamente, en dos momentos:

El primero, hasta el dictado de la resolución a través de la que se procede a la certificación de la clase.

El segundo, precisamente, en la etapa de ejecución de sentencia, siempre que se lo considere necesario para el cumplimiento más ordenado, rápido y efectivo de ese acto jurisdiccional.

El reagrupamiento debe tener correlato en situaciones de hecho y derecho iguales o similares, que justifiquen razonablemente la conformación de nuevos grupos y equilibren la situación de los acreedores y deudores frente al cumplimiento y ejecución de las obligaciones de dar, hacer o no hacer que resulten de la sentencia.

Síntesis: contenido de la sentencia

Se destaca que el contenido de la sentencia debe contemplar los siguientes aspectos fáctico-jurídicos:

a. La identificación precisa de la causa fáctica común y del efecto colectivo sobre el interés individual homogéneo afectado;

b. Si la tutela reconocida en la sentencia comprende una obligación de dar, precisar si la ejecución es en especie o por equivalente;
c. Si corresponde y es posible, determinar el monto de las indemnizaciones individuales de los miembros de la clase.

Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros de la clase es uniforme, prevalentemente uniforme o puede ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia debe indicar el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

El miembro de la clase que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia, puede deducir un incidente individual;

d. Cuando la entidad de los daños producidos excede las estimaciones contempladas conforme al punto b), a los efectos de acreditar la extensión del resarcimiento, deben fijarse con precisión las condiciones sobre las cuales se tramitará la ejecución de la sentencia.

Dichas pautas deben conjugar la disposición del trámite más idóneo para que, vencedores y vencidos, puedan ejercer su derecho de defensa adecuadamente y el objetivo de alcanzar la ejecución material de lo que resulte conforme esta etapa del proceso en el menor tiempo posible; y,

e. Los nombres de las personas que, siendo miembros de la clase, han manifestado por escrito ante el juzgado su voluntad de quedar excluidos del proceso y su sentencia, por el modo de terminación definitivo que fuera.

Artículo 54 bis

Las sentencias definitivas y firmes deberán ser publicadas de acuerdo a lo previsto en la Ley N° 26856.

La autoridad de aplicación que corresponda adoptará las medidas concernientes a su competencia y establecerá un registro de antecedentes en materia de relaciones de consumo.

(Artículo incorporado por art. 61 de la Ley N° 26993, BO 19/09/2014).

El artículo 54 bis fue incorporado a la Ley N° 24240 a través de la Ley N° 26993 en el año 2014, es decir, con antelación a la digitalización del Poder Judicial de la Nación.

Es por eso que la obligatoriedad de la publicación de las sentencias que dispone ha perdido virtualidad en términos del imperativo legal que lleva consigo la preceptiva.

No obstante, en la medida en que el sistema Lex 100, con el que opera el Poder Judicial de la Nación, genera automáticamente la publicación de las sentencias que dictan los tribunales que lo integran, el cumplimiento de la ley está garantizado por decantación.

Incluso con mayor amplitud de tribunales y con anterioridad al momento que dispone la Ley N° 26856, a la que remite el artículo en comentario.

Repárese en que el artículo 1 de la Ley N° 26856 prevé que la CSJN y las Cámaras de Apelaciones del Poder Judicial de la Nación son las que deben cumplir con la publicación de sus sentencias, lo cual deben hacer el mismo día de su dictado.

Ambas cosas han sido largamente superadas por efecto de la realidad en la que se encuentra la Justicia nacional, sobre todo con posterioridad a la pandemia transcurrida durante los años 2020 y 2021.

Son todos los tribunales, al cabo, los que publican sus sentencias el mismo día en que se dictan. Ello es así por la sencilla razón de que, cuando dichos actos son firmados por los jueces, las resoluciones quedan automáticamente publicadas para las partes, pero también para el público en general, con la salvedad, claro está, de los expedientes reservados. Pero esto último no ocasiona en modo alguno el incumplimiento de la normativa vigente sobre el punto.

Es así que, la publicación de las sentencias de consumo en este caso, también quedan publicadas con antelación a lo que el propio artículo 54 bis de la Ley N° 24240 requiere. Ello es así en la medida en que la exigencia legal se circunscribe a la publicación de las sentencias definitivas y firmes, siendo que en la actualidad se publica todo tipo de resoluciones independientemente del acto procesal de que se trate y, con anterioridad a que queden firmes.

Autoridad de aplicación

El artículo 1 del Decreto Reglamentario de la Ley N° 26856 dispone que la autoridad de aplicación (la CSJN) debe implementar

"las acciones que aseguren el efectivo cumplimiento de los plazos de publicación establecidos en la citada norma. La información deberá estar disponible para el acceso a los organismos estatales que lo requieran para su publicación".[213]

Pues bien, a dicha exigencia le cabe lo expuesto en el punto anterior.

No obstante, en un abordaje superador de lo que atañe a la previsión normativa específica que emana del artículo 54 bis, la CSJN ha dictado distintas Acordadas contestes con la función que le cabe por aplicación de la Ley N° 26856, entre las que está la Acordada N° 42/2017. Este instrumento es un manifiesto del cumplimiento de acceso a la información, enrolado en el alcance de la Ley N° 27275.

Básicamente, además de la publicación inmediata en el sistema informático con el que opera el Poder Judicial de la Nación, el máximo Tribunal federal cuenta con un área a través del que se accede a la información que se requiera, atinente a cuestiones vinculadas a la función jurisdiccional.[214]

Registro de antecedentes en materia de consumo

La CSJN, asimismo, cuenta con un sitio en el que recopila "fallos destacados por materia", estando uno de las compilaciones destinada a los antecedentes en materia de Derecho de Consumo.[215]

El acceso es público y de simple localización en la *web*.

En lo que concierne al resto de los tribunales que debieran publicar sus sentencias en materia de consumo,[216] aplica la misma lógica que la esbozada hasta aquí.

213. Decreto N° 894/2013.

214. Acordada N° 42/2017, art. III. Inc. 1. La Dirección de Relaciones Institucionales procederá a remitir al requirente la respuesta solicitada o a ponerla a su disposición, comunicándole este los datos que le permitan acceder la misma. En caso en que la información se encuentre publicada en la página *web* del Tribunal la página del Centro de Información Judicial, se hará saber esta circunstancia al solicitante los fines de su consulta.

215. Disponible en: https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallosDestacados/consulta.html [fecha de consulta: 15/11/2023].

216. Si nos circunscribimos al ámbito de aplicación de la Ley N° 24240, los tribunales de segunda instancia a los que remite el art. 1 de la Ley N° 26856, que resuelven materia de Derecho de Consumo, son: Cámara Nacional en lo Civil, la Cámara Nacional

Protección de datos

El artículo 3 de la Ley N° 26856 y el artículo 4 de su Decreto Reglamentario N° 894/2013 disponen la protección de ciertos datos al momento de la publicación de sentencias en asuntos determinados.

Entre ellos, los casos en que se ven involucrados el derecho a la intimidad, a la dignidad y al honor de las personas (derechos personalísimos)[217], y en especial, como dice el artículo 3 indicado, los derechos de los trabajadores, niños, niñas y adolescentes.

Con mayor especificidad, su reglamentación establece que deben tomarse las medidas tendientes a que la publicación preserve los datos sensibles correspondientes a las partes, a terceros o a cualquier otra persona que pudiera resultar perjudicada por la indebida difusión de los mismos, en función de lo dispuesto en la Ley N° 25326, llamada Ley de Protección de Datos Personales.[218]

Debe evitarse la mención de los datos sensibles de las partes, no divulgándose sus nombres u otros datos que permitan su identificación en aquellos procesos judiciales en los que de acuerdo a la normativa vigente corresponda practicar su reserva.

La CSJN, por su lado, dispuso que

> … tanto al solicitarse la información como al momento de brindarse la respuesta se deberá tener en cuenta la imprescindible conciliación entre los altos fines de transparencia que inspiran la normas en cuestión con la debida reserva protección que deben tener los datos personales allí consignados, también de raigambre constitucional.[219]

Pues bien, esto es lo que han de estar atentos los magistrados, pero en lo que importa al comentario en desarrollo, en el marco de las sentencias que se dicten en procesos de consumo.

---

en lo Comercial y la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal serían las que ostentan dicha competencia.

217. CCCN, art. 51 y ss. CCCN.

218. Sancionada el 04/10/2000.

219. Acordada N° 42/2017, art. III, inc 4.

CAPÍTULO XIV
De las asociaciones de consumidores

Artículo 55. Legitimación*

Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de estos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.

(Artículo sustituido por art. 28 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 14 del CCCN.*

Conforme destaca Barocelli,[1] toda persona consumidora parte de una debilidad y vulnerabilidad estructural al cumplir tal rol en la estructura de producción del mercado. A las asimetrías negociales, técnicas o informativas se suman las psicológicas, de acceso a la justicia y de política ante los proveedores y la autoridad pública. Por lo tanto, es lógico concluir que la organización de las personas consumidoras o usuarias para participar y defender sus derechos se deba canalizar a

* Comentario sobre los artículos 55 a 58 por Gustavo Cultraro.

1. El citado autor reseña que, en el plano internacional, el movimiento consumerista estadounidense es visto como aquel que mejor se ha desarrollado a lo largo del siglo pasado. Aunque la Liga Nacional de Consumidores ya tenía existencia desde 1891, el activismo de los consumidores en dicho país comienza en la primera década del siglo XX con la consolidación de un mercado caracterizado por la distribución a escala nacional de bienes y servicios, la comercialización bajo marcas registradas y la publicidad comercial. Ya para los años 1920 y 1930 la producción en masa y la publicidad con imágenes y sonido lleva a la regulación de la publicidad comercial y a la regulación sobre adulteración de productos y con errores de marca de alimentos, medicamentos, dispositivos y cosméticos. Finalmente, a partir de 1960 y con la afirmación de la sociedad de consumo comienza una etapa de proliferación de productos, de masificación del crédito, de tecnologías nuevas y complejas, de consolidación del comercio internacional y de los medios de comunicación masivos, en particular la TV como medio publicitario. Para mayor desarrollo ver Barocelli, Sergio Sebastián, "Asociaciones de consumidores", en Stiglitz, Gabriel y Hernández, Carlos (dir.), *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015, T. IV, p. 579 y ss.

través de organizaciones que promuevan sus intereses y la defensa de sus derechos. En este marco, estas asociaciones adquieren importancia y un rol estratégico como vehículos que canalizan dicha organización.

A partir de la incorporación de los derechos de los usuarios y consumidores al capítulo "Nuevos Derechos y Garantías" de la Constitución Nacional (conforme art. 42), surge claramente como un deber de las autoridades el de proveer a la protección de los derechos de las personas enumeradas en la norma (consumidoras y usuarias), como así también el de proveer a la educación para el consumo, defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, control de los monopolios naturales y legales, calidad y eficiencia de los servicios públicos, y en particular, respecto de lo que interesa al análisis de la regulación de los artículos 55 a 58 de la Ley N° 24240 (LDC), la de proveer a la constitución de asociaciones de personas consumidoras y usuarias y a la participación necesaria de este tipo de instituciones en los procedimientos para la prevención y solución de conflictos que involucren a esas personas o a sus derechos, como así también para actuar en los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional.[2] Agréguese que esta disposición está en concordancia con el rol activo que la propia Constitución Nacional le otorga al Estado para promover el progreso socioeconómico del país y del desarrollo humano.[3]

2. Tarzia, María Verónica, "Modelo regulador, servicios públicos y derechos de usuarios y consumidores en la Constitución Nacional", en Gargarella, Roberto (dir.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 821.

3. Ibídem, pp. 796-797 y 803: "En ese sentido, esta norma, a la vez que reconoce derechos (con manifestaciones individuales y colectivas) a los usuarios y consumidores, también habilita un rol específico del Estado en el funcionamiento de la economía de mercado, el de regulación […] Además del art. 42, existen otras cláusulas de la Constitución Nacional que aluden al rol estatal en la economía. En particular, el (actual) art. 75, inc. 18, de la Constitución Nacional, presente desde su versión original, le otorga al Estado, a través del Congreso Nacional, un rol activo e importante para promover el progreso socioeconómico del país, y en la actualidad, esa función se complementa con la promoción del desarrollo humano que le exige el inc. 19 […] La buena recepción de los derechos y garantías previsto en el art. 42, en gran medida, se debe a que fueron percibidos como instrumentos idóneos para solucionar las "fallas del mercado" que los sectores liberales reconocen (concentración económica, abuso de posición dominante, etc.) y compensar la debilidad de los usuarios y consumidores en esta estructura de producción. En esa lógica se explica el crecimiento del derecho del consumo como una rama autónoma y específica…".

A su vez el texto constitucional, desde la propia redacción del artículo 43, prescribe que toda persona (y desde ya que las asociaciones que aquí se tratan lo son) puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra cualquier forma de afectación de los derechos que protegen a las personas usuarias y consumidoras, así como respecto de los derechos de incidencia colectiva en general que a dicho conjunto de personas refieran.

Se advierte fácilmente que es la propia Constitución Nacional la norma esencial que, desde el vértice de la pirámide jurídica, prevé la existencia y el rol que deben cumplir las asociaciones de personas consumidoras y usuarias, aclarándose, también desde el propio texto constitucional, que las asociaciones que propendan a los fines tuitivos referidos deberán estar registradas conforme a la ley que determinará los requisitos y formas de su organización.

Pero, tal como señala Wajntraub,[4] es dable señalar que si bien la introducción de los nuevos derechos y garantías reconocidos constitucionalmente a las personas usuarias y consumidoras es producto de la reforma de 1994, a tal fecha ya estaba vigente la Ley N° 24240 (Boletín Oficial del 15/10/1993); y que esta misma ley es aquella que brinda un concepto de consumidor/a que resulta apropiado para destacar a un colectivo de sujetos que se caracterizan por encontrarse, dentro del marco de una relación jurídica de mercado, en una evidente desigualdad estructural respecto de quien es su contraparte: la persona proveedora o prestadora de un bien o servicio. Surge así un concepto construido a partir de una identificación nacida desde una visión económica: en función del destino que esa persona consumidora o usuaria le asigna a los bienes y servicios que adquiere y que, a estos fines, no es otro que la de hacerse de un valor de empleo de lo adquirido o usado y no para aplicarlo a su trabajo o actividad para obtener otros bienes o servicios.

La Constitución Nacional refiere específicamente en su artículo 42 (texto luego de la reforma de 1994), a la constitución de asociaciones

En igual sentido, cabe destacar que el art. 139 de la CCABA dispone que un miembro del directorio del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos será miembro de las organizaciones de usuarios y consumidores.

4. Wajntraub, Javier, "Los derechos de los consumidores" en Sabsay, Daniel (dir.) y Manili, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, T. 2, pp. 302-304.

de consumidores y de usuarios, ampliando la denominación originaria de la Ley N° 24240 en su redacción a tal fecha ("asociaciones de consumidores").[5] Esta ampliación del concepto, a su vez, se ve reflejada en el rol que estas asociaciones tendrán en la esfera de los marcos regulatorios de los servicios públicos.[6]

En igual sentido, el artículo 3, inciso h) de las Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas de 1985 consagra la libertad de constituir grupos u organizaciones de consumidores a efectos de hacer oír sus opiniones en los procesos que puedan llegar a afectarlos.[7] Como bien destaca Cahián,[8] en este marco, las organizaciones no gubernamentales (ONG) integran el denominado "Tercer Sector",[9] y como tales adquieren cada día mayor protagonismo por cuanto son instituciones civiles de bien público sin fines de naturaleza lucrativa, constituidas por los mismos miembros de la comunidad, que se convierten en muy buenos receptores de la problemática de la sociedad en la que interactúan pues sus dirigentes están en contacto directo con el medio en el que funcionan estas organizaciones.

A los fines del análisis que aquí se propone, conviene tener presente que el Código Civil y Comercial de la Nación, sancionado por Ley N° 26994[10] y vigente desde 2015,[11] introdujo una regulación específica para la persona jurídica, recogiendo los principios y reglas propias de una teoría general sobre este instituto. Este tipo de entes tiene un componente subjetivo que se expresa a través de la actuación, en su faz interna, de personas humanas que, sean como

5. El texto original del art. 55 de la LDC fue sustituido por el art. 28 de la Ley N° 26361 (BO del 07/04/2008).

6. La audiencia pública constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos de las personas consumidoras o usuarias a través de las asociaciones que los representan.

7. Amaya, Jorge A., "Las acciones de protección de los consumidores" en Sabsay, Daniel (dir.) y Manili, Pablo (coord.), *Constitución de la Nación Argentina…*, *op. cit.*, p. 328.

8. Cahián, Adolfo, *Las asociaciones civiles en la República Argentina*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1998, p. 48.

9. El Tercer Sector se diferencia tanto del público-estatal (Primer Sector) como del productivo empresarial (Segundo Sector). Ver Cahián, Adolfo, *Las asociaciones civiles*, *op. cit.*, p. 53.

10. BO del 08/04/2014.

11. Ley N° 27077 (BO del 19/12/2014).

miembros o integrantes, le permitan actuar como tal. Como bien señala Borreto[12] esos miembros o integrantes resultan el sustrato indispensable que permite su existencia. Ahora bien, el orden jurídico impone requisitos que, de ser cumplidos, permiten conferirle y reconocerle personalidad a este tipo de entes que, en definitiva, importan la actuación de grupos humanos que se constituyen como núcleos que son consecuencia del rol social propio de la persona humana. Nacen así, en el plano jurídico, entes que actúan como centros de imputación diferenciados de los propios individuos que los componen; la actuación de cada individuo en tanto se desarrolle en el plano interno conforme a la estructura jurídica dada al ente no se imputará a las personas que lo actúan, sino al propio grupo o conjunto al que se le está reconociendo personalidad jurídica. Por eso, claramente el artículo 141 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), expresa que le "… confiere aptitud suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación", difiriendo la doctrina respecto del alcance de esta última denominación.[13] De todas maneras, lo que es claro es que en este artículo del Código se reglamenta el derecho a asociarse con fines útiles receptado en el artículo 14 de la propia Constitución Nacional,[14] pero también en los artículos 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

12. Borreto, Mauricio, "Comentarios a los artículos 141 a 224", en Caramelo, Gustavo; Picasso, Sebastián y Herrera, Marisa (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, Infojus, 2015, T. I, pp. 279-280.

13. Lo que ha llevado a parte de la doctrina a sostener que en la norma del art. 141 del CCyCN quedó plasmado el llamado "principio de la especialidad" que constituye un límite a la capacidad de la persona jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, cfme. Nissen, Ricardo, *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, La Ley, 2a ed., 2023, pp. 3-5; Borreto, Mauricio, "Comentarios a los artículos 141 a 224", *op. cit.*, p. 279. En contra, Villanueva, Julia, "El objeto social y la capacidad de las sociedades", en Richard, Efrain (*et. al.*), *El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema del Derecho*, Córdoba, Advocatus, 2016, pp. 241-246.

14. Por su parte, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCABA), en su art. 10, reconoce que rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen.

La persona jurídica privada nace de la fuerza jurígena que se le reconoce a la voluntad de quienes concurren a su creación y, en tal sentido, el artículo 142 del CCyCN expresa que su existencia comienza desde su constitución y que no necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición en contrario. Se adopta así el principio general de la libre constitución, según el cual la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades, siendo la intervención estatal un mero reconocimiento complementario y en función del ejercicio del poder de policía respecto de la entidad ("sistema de disposiciones normativas o sistema de registro") aunque, cuando expresamente se requiere autorización estatal, la personalidad queda condicionada a que se verifique ese acto de la administración pública ("sistema de concesión o autorización estatal").[15]

Este poder de policía que ejerce el Estado sobre el ente creado por los particulares dependerá de las diferentes regulaciones según el tipo de persona jurídica de la que se trate. Así, en el ordenamiento jurídico argentino se requiere de un acto mixto de autorización de la personería y aprobación de los estatutos en el caso de asociaciones civiles y fundaciones, pero también en el caso de las cooperativas.[16]

Pero más allá de la forma y estructura jurídica que corresponda adoptar, lo esencial es tener en cuenta, como lo ha destacado la doctrina, que la función primordial de las asociaciones de consumidores es la de ser un vehículo que permita superar los problemas del consumo, que muchas veces se relacionan con afectaciones masivas y, en otras, desde lo individual, con el problema que frecuentemente se presenta para la persona consumidora o usuaria en relación a la inviabilidad material del reclamo individual por la escasa cuantía que estos representan, la desconexión con otras personas afectadas por idénticos motivos, los costos de litigación, la falta de conocimientos técnicos específicos, el largo plazo que duran los procesos judiciales, etcétera. Todas estas cuestiones, como bien destacó Wajntraub, desalientan la

15. Borreto, Mauricio, "Comentarios a los artículos 141 a 224", *op. cit.*, p. 281.

16. CCyCN, arts. 169 (para asociaciones civiles) y 195 y 224 (para fundaciones); Ley N° 20337, art. 10 (para cooperativas). Debe aclararse que el propio art. 169 relacionado establece expresamente que una entidad que no obtiene autorización estatal para funcionar como "asociación civil" podrá hacerlo como "simple asociación" que importa un régimen jurídico distinto.

promoción de acciones individuales o resultan insuficientes para hacer cesar prácticas empresariales que son lesivas a los derechos de las personas consumidoras.[17]

Por su parte, para una mejor comprensión de la función que han de cumplir, no debe dejar de considerarse que el artículo 60 de la LDC prevé como obligación del Estado[18] fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la participación de la comunidad en esa clase de organizaciones, y además garantizar la implementación de programas destinados a personas consumidoras y usuarias, de zonas urbanas o rurales, que se encuentren en situación desventajosa. Complementa tal obligación legal lo dispuesto en el artículo 62 de la citada ley, en tanto faculta al Estado Nacional a disponer el otorgamiento de contribuciones financieras para este tipo de entidades. Por lo tanto, puede claramente advertirse el rol esencial y fundamental que se otorga a estas asociaciones dentro del sistema consumeril, lo que se va a traducir en la legitimación que se le reconoce para actuar en procesos judiciales y administrativos y para ejercer acciones, incluso las que hacen a la defensa de intereses colectivos.

Asimismo, el artículo en comentario, en concordancia con el artículo 43 de la CN y el artículo 14 de la CCABA, que legitiman a interponer la acción de amparo a las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos cuando estos se vean afectados, como resultan los de competencia de la persona usuaria o consumidora, dispone que las asociaciones que aquí analizamos, en tanto tienen por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación, adquieren legitimación activa en los procesos colectivos de consumo fundados en derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos o sustentados en derechos de incidencia colectiva y difusos, ello pese a no ser titulares del derecho colectivo afectado; lo que es coherente con los compromisos axiológicos asumidos en nuestro sistema político-institucional y que encuentran sustento, en una sociedad democrática e inclusiva, en diversas razones de interés común.[19]

17. Wajntraub, Javier, "Los derechos de los consumidores", *op. cit.*, pp. 316-317.

18. Tanto el Estado Nacional, como el Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las provincias y los municipios.

19. Mántaras, Pablo Reynoso, Mailén y D´Onofrio, Marisol, "Comentario al artículo 255", en Balbín, Carlos [*et al.*], Marhaba Mezzabotta, Débora (comp.), *Código Procesal de*

Ahora bien, visto el elenco de personas jurídicas privadas que nos trae el ordenamiento jurídico argentino, cabe preguntarse: ¿bajo cuál figura personificada deben constituirse las asociaciones de personas consumidoras o usuarias?

Sebastián Picasso destaca que las asociaciones a las que se refiere la LDC pueden definirse como "aquellas entidades intermedias, apartidarias, consagradas a la defensa, información y educación del consumidor".[20] Pero en este punto conviene aclarar que el término "asociación" ha dado lugar a debates en la jurisprudencia, llegando incluso a sostenerse que en un sentido general más amplio dicha palabra puede ser comprensiva de las sociedades civiles o comerciales.[21] En el supuesto que aquí se analiza, entiendo que ninguna duda podría caber en cuanto a que la propia Constitución Nacional y la LDC se están refiriendo, dentro del elenco de personas jurídicas privadas que nos brinda el artículo 148 del CCyCN, a las asociaciones civiles atento a que estas conllevan ínsito en su origen la exigencia legal de que su objeto no sea contrario al interés general o al bien común y se conforman a partir de la voluntad de un conjunto de personas;[22] así incluso debe entenderse como consecuencia de la expresa referencia que se hace a esa clase de persona jurídica privada en el artículo 57 de la LDC.

Rivera define a la asociación civil como "… personas de existencia ideal que nacen de la unión estable de un grupo de personas físicas que persiguen la realización de un fin de bien común no lucrativo".[23] Por su parte, Cahián destaca que "los propósitos para los que se crea, autoriza y funciona una institución civil son justamente de bien público, hacer cosas en favor de la comunidad en forma desinteresada, sin motivaciones de utilidad para el peculio personal de sus integrantes".[24]

---

la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comentado y concordado, Buenos Aires, Jusbaires, 2023, pp. 942-944.

20. Picasso, Sebastián, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, 2009, T. I, p. 698.

21. Procuración General de la Nación, Dictamen S.C. 1. N° 415; L. XLI, "Inspección General de Justicia c/ Ghiano, Re y Asociados S.A.", 05/07/2007.

22. CCyCN, art. 168.

23. Rivera, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2a edición actualizada, 2000, T. II, p. 307.

24. Cahián, Adolfo, *Las asociaciones civiles*, *op. cit.*, p. 55.

Sin embargo, debe destacarse que la Resolución N° 90/2016 de la ex Secretaría de Comercio del ex Ministerio de Producción (BO del 10/05/2016) admitió la inclusión en el registro de las asociaciones de consumidores y usuarios de personas jurídicas constituidas bajo la forma de "fundación" y de "cooperativa". Sin extenderme mucho en un debate, entiendo cuestionable la admisión de ese tipo de formas jurídicas pues, más allá de que una fundación pueda atender a la finalidad de cuidar los intereses de las personas consumidoras o usuarias como beneficiarias del fin altruista (bien común) que este tipo de instituciones persigue, no debe hacer olvidar que no son entidades que requieran el concurso de varias voluntades sino que se originan en un acto jurídico unilateral de quien resulte la persona (humana o jurídica) fundadora, que luego pasa a ser "extraña" a la entidad una vez que el Estado la autoriza a funcionar como tal. Por eso, las fundaciones no tienen miembros al no necesitar de la unión de un grupo de personas, característica, en cambio, que denota la noción de asociación a la que refiere el artículo 14 de la CN. Por su lado, la cooperativa, como figura jurídica, es una entidad organizacional que está conformada por varias personas con la finalidad de llevar a cabo actividades de carácter empresarial, cuyos beneficios permanecen entre sus participantes. Así entonces, en este sentido, es razonable concluir que será la asociación civil aquella clase de persona jurídica apta para cumplir la finalidad que reconoce el artículo 42 de la CN y la propia LDC, por ser una organización de bien común que permite agrupar a personas consumidoras o usuarias.

En los *Fundamentos del Anteproyecto* del CCyCN, los miembros de la Comisión Redactora refieren a las asociaciones civiles caracterizándolas como:

> … personas jurídicas privadas que se constituyen con un objeto de interés y utilidad general para la comunidad, del que también participan y se benefician sus miembros.
>
> […]
>
> El punto determinante de su conformación es que no pueden perseguir fines de lucro ni distribuir bienes o dinero entre sus miembros durante su funcionamiento ni en la liquidación. Si para el cumplimiento de su objeto realizan actividades por las que obtienen algún resultado

económico positivo, este debe aplicarse a la prosecución, incremento o perfeccionamiento del desarrollo de aquel.[25]

La asociación civil goza de personalidad jurídica (aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones) para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación, y al resultar una persona distinta de sus miembros, deberá contar con un patrimonio propio (conforme art. 154 del CCyCN) que en su origen deberá constituirse con las contribuciones que conforman el patrimonio inicial aportadas en propiedad por sus miembros, excepto que expresamente se los refiera como aportados en uso y goce (conforme art.170, inc. g del CCyCN). Si bien el Estado puede subvencionar sus actividades, no deben subsistir exclusivamente de esas asignaciones porque en dicho supuesto dependería únicamente de los aportes estatales y dejaría de ser una persona jurídica privada y pasaría a pertenecer a la órbita de la Administración Pública.[26] La ausencia de fin de lucro que caracteriza a la asociación civil queda expresamente expuesta en el artículo 168 del CCyCN, que en su parte final dispone que no puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.

Por su parte, a mi juicio queda claro y no debería dar lugar a ninguna duda, que esta clase de entidades que prevé la LDC no podría ser una asociación constituida bajo la forma de sociedad por adoptar la tipología prevista en la Ley N° 19550,[27] atento a la colisión de principios y fines que previó la legislación constituyente en la reforma de 1994 junto con los que ya traía la propia Ley N° 24240 desde su misma sanción, con aquellos otros en los que se asienta todo el plexo normativo societario, que atiende al interés individual de cada asociado y a su aspiración a participar en beneficios de una actividad económica organizada dirigida al mercado (empresa); la sociedad se organiza con la finalidad de obtener utilidades apreciables en "dinero", lo que implica obtener un beneficio propio (conforme art. 1 de la Ley Nº 19550). Desde este enfoque, por iguales motivos,

25. Higthon de Nolasco, Elena; Lorenzetti, Ricardo y Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Fundamentos del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Infojus, 2012, p. 553.

26. Borreto, Mauricio, "Comentarios a los artículos 141 a 224", *op. cit.*, p. 313.

27. Ley Nº 19550, art. 3.

tampoco podría recurrirse al tipo de la sociedad por acciones simplificadas introducido en nuestra legislación por la Ley N° 27349.[28]

En resumen, entiendo que es la figura de la asociación civil aquella que responde con mayor amplitud a la finalidad asociativa que la norma constitucional y la propia ley consumeril exigen para las asociaciones de personas consumidoras y usuarias.

En cuanto a la legitimación que se les reconoce a esta clase de organizaciones, cabe destacar que a partir del caso "Halabi"[29] la CSJN reconoció que en materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos; y destacó que si bien en cada uno de esos supuestos la comprobación de la existencia de un caso es imprescindible, pues en nuestro sistema no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición, aclaró que el caso tendrá una configuración típica diferente en cada una de esas categorías de derechos (considerando 9°). Agregó en el considerando 12 que esa tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos está reconocida por la Constitución Nacional en el segundo párrafo del artículo 43. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, pero sí hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea, donde los presupuestos de la pretensión son comunes a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre (hay homogeneidad fáctica y normativa por lo que es razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada de la sentencia que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño).

Tarzia destaca que la legitimación anómala o extraordinaria de esta clase de asociaciones para entablar acciones en representación del colectivo de personas usuarias y consumidoras ya tenía su antecedente en la LDC con la denominada "acción de usuarios y consumidores" para

28. BO del 12/04/2017.

29. CSJN, Fallos: 332:111, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986", 24/02/2009.

posibilitar que pudieran ejercerla con independencia de la intervención de personas afectadas y en su representación; y agregó que:

> … la posibilidad de accionar judicialmente en representación colectiva, depende de que se dé la imposibilidad de delimitar un afectado individual sobre un determinado hecho que lesiona un bien jurídico de titularidad comunitaria (los derechos colectivos), o bien, porque se produzca un hecho lesivo que afecta en forma común y homogénea derechos individuales y respecto de los cuales existe una dificultad de acceso a la justicia para que se concrete la exigibilidad individual (los intereses individuales homogéneos), en cuyo caso, la Constitución admite la legitimación anómala y extraordinaria para que se puedan representar a todos esos afectados. Desde este punto de vista, la Constitución Nacional ha designado expresamente a los derechos de los usuarios y consumidores como típicos derechos de incidencia colectiva.[30]

Pero si bien en el caso "Halabi" la Corte sostuvo que a los fines de la admisión formal de una acción colectiva se requiere, entre otros requisitos, la precisa identificación del grupo o colectivo afectado como recaudo elemental que hace a su viabilidad,[31] la jurisprudencia ha analizado supuestos en los cuales, dada la naturaleza de las pretensiones e infracciones juzgadas, se puede observar que resulta de dificultosa o imposible individualización las personas consumidoras comprendidas en el colectivo afectado y del que es sujeto la acción colectiva emprendida por una asociación de personas consumidores o usuarias. Por lo cual, habrá casos en los que no podrá determinarse la cantidad de clientes o de potenciales clientes, a los cuales el incumplimiento de

30. Tarzia, María Verónica, "Modelo regulador, servicios públicos y derechos de usuarios y consumidores en la Constitución Nacional", *op. cit.*, p. 804.

31. CSJN, "Halabi, Ernesto…" (fallo citado), en el considerando 20° el Máximo Tribunal indicó la necesidad de que además se verifiquen los siguientes recaudos elementales: precisa identificación del grupo o colectivo perturbado; idoneidad de quien pretenda asumir su representación; la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo; procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, con el objeto de asegurarles la alternativa de optar por quedar fuera del pleito o bien comparecer en él como parte o contraparte; e implementación de medidas de publicidad con el objeto de evitar la multiplicidad o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventurar el peligro de sentencias contradictorias sobre idénticos puntos.

las obligaciones impuestas por la normativa consumeril por parte de la parte proveedora habría perjudicado concretamente.

Así, en lo que hace a la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, habrá situaciones que llevan a concluir que hay supuestos en los que quedarán comprendidos como perjudicados todo el universo de personas consumidoras que quedaron expuestos a la práctica comercial realizada por la parte proveedora, hayan o no sido clientes en términos económicos.[32] Agregándose también:

> … al no poder determinarse el colectivo involucrado en el acuerdo, se advierte innecesario dejar estipulado que los efectos del mismo podrían oponerse a cualquier consumidor que no haya ejercido el derecho de

32. Cfme. Informe de Cooperación elaborado por el Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidores a requerimiento de la Fiscalía N° 3 en autos "ACYMA asociación civil c/ La Cardeuse S.A. s/sumarísimo", Expte. N° 35376/2013 de trámite ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 25, Secretaría N° 48. El citado Programa se creó por Resolución N° 2968/2015 de la Procuración General de la Nación con el fin de fortalecer las respuestas del Ministerio Público Fiscal en la protección de los derechos de usuarios y consumidores y al que podrán recurrir quienes ejerzan la representación del citado Organismo en busca de colaboración y asistencia en las causas que les corresponda intervenir por versar sobre vínculos alcanzados por las normas que conforman la protección de las personas consumidoras y usuarias; las funciones del citado Programa son las siguientes: a) Colaborar con los/as fiscales del ámbito civil, comercial, civil y comercial federal y contencioso administrativo, de todas las instancias, en el desarrollo de las acciones fundadas en las relaciones de consumo; b) Actuar como parte y/o fiscal de la ley en las acciones previstas por el artículo 52 y 54 de la Ley de Defensa del Consumidor; c) Asistir a los/as fiscales del ámbito civil, comercial, civil y comercial federal y contencioso administrativo –cuando así lo requieran– en las intervenciones y dictámenes que se encuentran previstos en la Ley de Defensa del Consumidor; d) Coordinar con el programa ATAJO el asesoramiento a personas en condiciones de vulnerabilidad –en los términos de la Resolución PGN N° 58/09– sobre los derechos que les asisten como consumidores y usuarios, la recepción y derivación de denuncias, como así también facilitar la resolución alternativa de conflictos sobre la especialidad; e) Generar mecanismos de prevención de conflictos de consumo y desarrollar acciones de promoción tendientes al conocimiento de la comunidad en general sobre la temática; f) Elaborar y administrar una base de datos sobre los casos vinculados a la protección de usuarios y consumidores en los que intervenga el Ministerio Público Fiscal, con el objeto de realizar estadísticas o estudios analíticos en la temática; g) Proponer a la Procuradora General de la Nación programas de capacitación, proyectos de reformas legislativas, protocolos de actuación, celebración de convenios de cooperación con organismos del Estado Nacional, Provincias o Municipios u organismos internacionales, como así también toda otra iniciativa que consideren necesaria para el ejercicio de sus funciones; y h) Efectuar un seguimiento y estudio permanente de la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional sobre la especialidad. Disponible en: https://www.mpf.gob.ar/programa-consumidores/ [fecha de consulta: 30/11/2023].

exclusión previsto por el art. 54 LDC. En efecto, el acuerdo aquí analizado no reconoce ningún derecho ni beneficio alguno para cualquier integrante del eventual colectivo que abarque la presente acción. Por el contrario, a partir del mismo, la demandada solamente se obliga a cumplir con la normativa imperativa que regula su actividad. Por tal motivo, independientemente de lo que a continuación se indicará respecto de la publicidad del acuerdo, este Programa considera innecesario hacer referencia al derecho de exclusión, en tanto no habría colectivo identificado que pudiera ejercer dicha facultad, ni tampoco cabría reconocer ni expresar los efectos que su falta de ejercicio pudiera llegar a derivarse.[33]

En este sentido, el juez Cosentino[34] sostuvo:

… las prácticas comerciales pueden tener como destinatario a uno o una serie de consumidores determinados o una serie indeterminada de sujetos […] Estas prácticas comerciales pueden producir efectos sobre los consumidores directos, es decir, en quienes son destinatarios de las prácticas comerciales por haber adquirido un bien o un servicio de un proveedor en virtud de ser parte del vínculo contractual (art. 1 LDC y art. 1092, CCyCN). También pueden producir efectos en los consumidores indirectos; es decir, en aquellos que, sin ser parte del contrato o vínculo de origen con el proveedor, en virtud de un vínculo con el otro cocontratante, que puede o no ser consumidor, son los destinatarios finales del bien o servicio (art. 1, LDC y art. 1092, CCyCN). Por último, las prácticas comerciales pueden afectar a los sujetos que están expuestos a estas conductas de los proveedores; destinatarios que pueden ser determinados o indeterminados (art. 1096, CCyCN, conf. Barocelli, Sebastián, "Las prácticas comerciales ilícitas en el Derecho del Consumidor Argentino", publicado en "El Derecho - Colección de Ebooks - Prácticas Abusivas en el Derecho del Consumidor", el 1.10.2018, cita en Legister IJDXLIII-58) […] Esto significa que en materia de prácticas ilícitas, el alcance subjetivo de la protección presenta una mayor extensión pues no se restringe al concepto legal de consumidor jurídico o material contenido en el art. 1092 del CCyCN sino que comprende también a las personas expuestas de manera determinada o indeterminada a las prácticas comerciales (Frus-

33. Del Informe de Cooperación del 22/12/2022 elaborado por el Programa para la Protección de los Consumidores y Usuarios para el Expediente N° 34531/2013 ante el Juz. Nac. Com. Nº 25, caratulado "ACYMA Asociación Civil c/ Stratford Book Services S.A. s/Ordinario".

34. Juz. Nac. Com. Nº 25, "ACYMA Asociación Civil c/ LA CARDEUSE SA s/ Sumarísimo", Expte. N° 35376/2013, 14/06/2023.

> tagli, Sandra A.- Hernández, Carlos A., "Prácticas comerciales abusivas", en Stiglitz, Gabriel A.; Hernández, Carlos A. (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, T. I, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 604 y ss) [...] comparto el dictamen al que adhirió la señora fiscal y sus citas; allí dijo que "no podría determinarse la cantidad de clientes, o potenciales clientes, a los cuales el incumplimiento de la norma por parte de la demandada habría perjudicado concretamente. En este sentido, quedarían comprendidos en este supuesto como afectados, todo el universo de consumidores que quedaron expuestos a la práctica comercial realizada por la demandada, hayan o no sido clientes en términos económicos.

Finalmente, concluye este artículo 55 con la imposición de la gratuidad para el ejercicio de las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva. En efecto, tal como se impuso la gratuidad para las actuaciones judiciales que se inicien en razón de un derecho o interés individual (conforme art. 53 de la LDC), el artículo 55 extiende tal beneficio para las acciones colectivas que inicien las asociaciones de personas consumidoras, sin la posibilidad de hacer cesar ese beneficio si se demuestra solvencia de la parte actora, como sí establece el citado artículo 53.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de este beneficio y cómo se relaciona con las normas procesales que regulan al beneficio de litigar sin gastos?

En primer término, dado que la protección del consumidor adquiere un rango de Derecho Humano, se debe destacar que en esta materia opera el principio *pro homine* que, como criterio hermenéutico, impone hacer una interpretación amplia y no restrictiva de mejor protección a la persona humana para aplicar siempre aquella norma que mejor garantice la efectiva protección de los derechos reconocidos como fundamentales.

Desde un segundo criterio, no se debe analizar la capacidad económica del consumidor para hacer frente a los gastos de un proceso, sino que la premisa que adquiere relevancia es aquella que destaca que no resulta admisible para el sistema consumeril imponerle a la parte débil de la relación un costo que puede ser significativo frente al bien adquirido o al servicio recibido.

Ahora bien, no hay ninguna duda de que el concepto de justicia gratuita refiere a la gratuidad del servicio de justicia que brinda el Estado; sin embargo, las discusiones jurisprudenciales se han

centrado en determinar si este beneficio abarca a todas las costas del proceso. En este marco, podría sostenerse que el beneficio de gratuidad opera de forma similar al previsto por la legislación de fondo para los procesos laborales (conforme art. 20, Ley N° 20744), en el sentido de que se traduce en eliminar toda barrera que impida el acceso a la justicia a la parte vulnerable de la relación jurídica. Así entonces, al estar destinado a no trabar por razones patrimoniales el acceso pleno a la jurisdicción, el beneficio de gratuidad no puede confundirse con el beneficio de litigar sin gastos que está destinado a eximir total o parcialmente de las costas a aquellas personas que carezcan de recursos.

Una tesis restringida sostuvo tal postura, afirmando que el beneficio solo se refiere a la tasa de justicia y no a las costas, en especial honorarios, que quedan sometidas a las vicisitudes del proceso y quien pretenda eximirse deberá promover un beneficio para litigar sin gastos. De todas formas, aún desde este marco restringido se admitió que la franquicia se extiende a cualquier otro tipo de gravámenes que puedan imponerse para el desarrollo del juicio y que puede ser un obstáculo al acceso a la jurisdicción. Sin que pueda decirse que la postura de la CSJN estaba encuadrada dentro de esta tesis limitativa, valga de ejemplo que nuestro Máximo Tribunal consideró que también estaba incluido en el beneficio de gratuidad la eximición del pago del depósito por interposición de queja ante la denegación del recurso extraordinario previsto por el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.[35]

Otra posición, tesis amplia, postuló que el beneficio se extiende a las costas del proceso pues, ante ausencia de definición concreta de su alcance en el propio texto de la ley, debe aplicarse el principio *in dubio pro consumidor*, por lo que se impone la extensión de esta franquicia también a esos rubros causídicos.

Este beneficio de gratuidad también es reconocido para las acciones de incidencia colectiva iniciadas por las asociaciones aquí analizadas, como un mecanismo eficaz para remover obstáculos económicos en el acceso a la jurisdicción cuando se tenga en miras la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias. Así, para la CSJN, la norma no pretende condicionar el otorgamiento del benefi-

35. CSJN, Fallos: 338:1344, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ ordinario", 24/11/2015.

cio al resultado final del pleito sino que busca lograr la más amplia efectivización de las garantías constitucionales establecidas en favor de las personas consumidoras. En tal sentido, nuestro Máximo Tribunal admitió una revocatoria contra la imposición de costas que había impuesto, disponiendo "... que en virtud de lo previsto en el artículo 55, último párrafo de la Ley Nº 24240, no corresponde en el caso imponer las costas a la parte actora vencida".[36] Recientemente, la Cámara Nacional en lo Comercial dispuso como doctrina legal que "El 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el artículo 53 de la Ley N° 24240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente".[37]

Para concluir, solo cabe agregar que la Fiscalía ante la Cámara Nacional en lo Comercial ha sostenido que

> ... el beneficio de gratuidad contemplado en la LDC, opera automáticamente desde el momento de la interposición de la demanda, incluso aunque no haya sido solicitado expresamente por el accionante, siempre que su reclamo encuentre sustento en el sistema de protección jurídica de los usuarios y consumidores.[38]

Artículo 56. Autorización para funcionar

Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes:

a. Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;

36. CSJN, Causa CSJ 10/2013 (49-U), "Unión de Usuarios y Consumidores el Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ ordinario", 30/12/2014.

37. CNACom., Sala F, "Hambo, Débora Raquel c/ CMR Falabella SA s/ Sumarísimo", Expte. N° 757/2018, 21/12/2021.

38. Del dictamen del Fiscal de Cámara COM 35209/2015/CS1, en CNACom., Sala B, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c/ Banco Credicoop Coop. Ltdo. s/sumarísimo", Expte. Nº 26943/2018/CA2, 29/12/2022.

b. Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores;
c. Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos;
d. Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;
e. Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados;
f. Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;
g. Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores. *En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación;*
h. Promover la educación del consumidor;
i. Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

(La parte del inciso g) que dice: En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación" fue observada por el art. 10 del Decreto Nacional Nº 2089/93, BO 15/10/1993).

Reglamentado por el Decreto N° 1798/94.

***Concordancias:** artículo 42 de la CN y 46 de la CCABA.*

Las organizaciones que aquí se refieren, y que no son otras que las asociaciones que se analizan en este capítulo de la LDC, son personas jurídicas que, por los fines de su creación, se han especializado y profesionalizado en la defensa de los derechos e intereses de las personas consumidoras y usuarias. Tal especialidad y profesionalidad

les permite cumplir con el rol institucional que le otorga todo el plexo normativo consumeril y acceder a los recursos que dicho marco legal impone otorgar con cargo al presupuesto nacional.[39] Por lo tanto, son entes que se encuentran en las mejores condiciones de tutelar el derecho colectivo afectado y, como bien señala Tambussi,[40] resulta un instrumento de concreción de las diversas garantías convencionales y constitucionales orientadas hacia la protección de esos derechos.

El fundamento de la inscripción que se exige en este artículo de la LDC es la existencia de un interés público para que los consumidores y usuarios se encuentren adecuadamente representados. Este requisito es también establecido en el artículo 42 de la CN.

Según el CCCN, las asociaciones civiles para producir los efectos propios de esta clase de persona jurídica privada deben cumplir con ciertos recaudos formales de mayor rigor que otros entes con igual tipo de personalidad jurídica. Así, el acto de su constitución debe formalizarse

39. La Resolución Nº 73/2014 de la Secretaria de Comercio (BO 04/06/2014) [texto según Resolución N° 424/2016] estableció los criterios para la asignación de las contribuciones financieras previstas en el art. 62 de la LDC, estableciendo que podrán ser beneficiarias de las contribuciones financieras aquellas asociaciones de consumidores que se encuentren inscriptas en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores (RNAC), con una antigüedad no inferior a cuatro meses, las que serán determinadas sobre la base de los informes técnicos que elabore la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor en función de criterios de representatividad, autofinanciamiento, actividad y planes futuros de acción a cumplimentar por estas.

40. "... las asociaciones son, en el marco de nuestro sistema democrático participativo y social, un instrumento de concreción de las diversas garantías convencionales y constitucionales orientadas hacia la protección de los usuarios y consumidores. A esos efectos, tienen entre sus misiones y funciones su representación judicial en procesos colectivos que, como se dijo más arriba, en el plano individual tendrían difícil defensa frente al carácter antieconómico del reclamo personal. Para poder cumplir con su objeto y fin, deben actuar con criterio independiente, ser apolíticas y no perseguir fines de lucro. Su actividad debe estar encaminada a educar, informar, orientar, proteger y defender los intereses del consumidor o usuario, y actúan en el plano político institucional como un contrapeso al posible desamparo que genera el desequilibrio en la relación individual del consumidor frente al poderoso productor, a veces único proveedor de un bien que se debe forzosamente adquirir para la satisfacción de necesidades de diferente importancia y calidad". Tambussi, Carlos, "Pérdida de legitimación activa por baja del registro en causas iniciadas por asociaciones de consumidores", en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Nº 5, 2019, pp. 74-78.

en instrumento público, deben contar con autorización estatal para funcionar e inscribirse en el Registro Público respectivo de su jurisdicción.[41]

La autorización a una persona jurídica para funcionar como asociación civil es el reconocimiento estatal de una calidad social frente a toda la sociedad, relativo a que la asociación lleva a cabo los fines que el mismo Estado jerarquiza como propios, es decir, directamente vinculados al bien común. La existencia de esta clase de persona jurídica está subordinada a un acto administrativo del Estado que requiere la aprobación de sus estatutos y la autorización que las habilite para funcionar regularmente como tales.[42] Mientras no obtenga dicha autorización, se le aplicarán las normas de la simple asociación (conforme art. 169 del CCyCN), que en concordancia con el artículo 142 de dicho Código no requieren autorización estatal ni registración; por eso, las simples asociaciones no pueden actuar como asociaciones de consumidores en tanto estas requieren (para inscribirse en el registro respectivo) contar, entre otros requisitos, con constancia de su personería jurídica y estatuto vigente.[43]

En jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y hasta tanto no se celebren los convenios de transferencia entre el Estado Nacional y el Gobierno local,[44] la autorización para funcionar como asociación civil es competencia de la Inspección General de Justicia (IGJ), organismo dependiente del Poder Ejecutivo Nacional y a cargo del Registro Público en el ámbito de la CABA.[45] Para resolver sobre el otorgamiento de autorización a las asociaciones civiles para funcionar como personas jurídicas, el referido organismo apreciará razones de oportunidad, mérito y conveniencia que se funden en el interés público, que las entidades satisfagan finalidades de bien común y que sus estatutos se conformen a la ley y a las disposiciones de las normas que reglamentan las funciones de la IGJ, asegurándose que su organización y funcionamiento no contraríen normas y principios de orden público (conforme art. 371 RG IGJ 7/2015).

41. En la CABA la función registral está a cargo de la IGJ (cfme. art. 3, Ley N° 22315), y dicho organismo llevará a tales fines el libro especial de registro de "Asociaciones Civiles" (cfme. arts. 42 y 44, RG IGJ N° 7/2015).

42. Cfme. Borreto, Mauricio, "Comentarios a los artículos 141 a 224", *op. cit.*, p. 319.

43. Resolución N° 289/95 de la Secretaria de Comercio e Inversiones (BO del 19/12/1995).

44. Ley N° 24588, arts. 6 y 10 (BO del 30/11/1995).

45. Ley N° 22315, arts. 3 y 10 (BO del 07/09/1980).

Una vez autorizadas a funcionar en el ámbito de la CABA, las asociaciones civiles deben solicitar la individualización y rúbrica de sus libros de conformidad con las disposiciones del Libro IX de las Normas de la IGJ (conforme art. 381 RG 7/2015). Téngase presente que además de los libros contables indispensables (Diario e Inventarios y Balances), deberán llevar los siguientes: de Actas, de Asistencia a Asambleas y de Asociados. A su vez, deben confeccionar sus estados contables con arreglo a las normas particulares de exposición contable aprobadas por la Resolución Técnica (RT) Nº 11 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas y las relativas a las normas de valuación contable aprobadas por la RT Nº 17 de la citada federación.

Pero como el derecho de asociación no es absoluto sino que encuentra límites en el poder de policía del Estado (nacional o local), debe tenerse presente que la facultad de este último no se limita a conceder o negar la personería jurídica, sino que, además, deberá fiscalizar el funcionamiento de la entidad y verificar si esta se ajusta a las pautas legales y estatutarias vigentes. En el ámbito de actuación que corresponde a la IGJ, este organismo podrá enviar veedores a las asambleas, pedir informes y solicitar al Ministerio de Justicia de la Nación (del cual depende) la intervención de la entidad o requerirle el retiro de la autorización para funcionar cuando constate irregularidades graves y estime imprescindible la medida en resguardo del interés público. El retiro de la personería jurídica de una asociación civil por las causales previstas en los artículos 10, inciso j), de la Ley Nº 22315 y 33 del Decreto Nº 1493/82,[46] implicará su disolución y liquidación (conforme art. 459 RG IGJ 7/2015).

Ahora bien, el artículo 56 en comentario claramente dispone que las asociaciones que aquí se analizan, además de requerir la autorización de la autoridad de aplicación para funcionar como tales e inscribirse en el Registro Público de su jurisdicción, para actuar como organizaciones que defiendan los intereses de personas consumidoras o usuarias y desarrollar las funciones previstas en la LDC, deben cumplir con su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores[47] presentando la petición ante la autoridad de aplicación nacional (hoy, la

46. BO del 27/12/1999.

47. Creado por el Decreto N° 1798/94 (BO del 18/10/1994), reglamentario de la Ley N° 24240.

Secretaría de Comercio dependiente del Ministerio de Economía de la Nación), o bien ante autoridad de aplicación local para que esta remita la solicitud y demás documentación a la autoridad nacional.[48]

A tales fines, la Resolución N° 90/201649 de la Secretaría de Comercio del registro del ex Ministerio de la Producción establece que para solicitar la inscripción en el mencionado registro nacional y poder desarrollar las funciones previstas en la LDC, las asociaciones civiles, fundaciones y cooperativas deberán acreditar los siguientes requisitos: 1) contar con sede física y cumplir con las previsiones establecidas en el inciso b) del artículo 57 de la LDC [*v. gr.* ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva]; 2) disponer de atención presencial en su propia sede para receptar los requerimientos de los consumidores y usuarios, por lo menos tres días a la semana y quince horas semanales; 3) poseer un dominio de Internet propio, observando las pautas establecidas en los incisos c) y d) del artículo 57 de la LDC [*v. gr.* no recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras; ni contar con avisos publicitarios en sus publicaciones]; 4) disponer de vías de contacto para los consumidores [*v. gr.* líneas telefónicas fijas y/o móviles, correo electrónico, redes sociales, etcétera]; y 5) poseer cuenta bancaria activa en el Banco de la Nación Argentina. A su vez, con la solicitud de inscripción, deberán acompañar: a) copias del estatuto vigente y de la constancia de inscripción como persona jurídica; b) copias de las actas de asambleas en las que se hubiere aprobado la composición

48. La CSJN dispuso respecto de la "Asociación Civil para la Defensa en el Ámbito Federal e Internacional de Derechos" que no se hallaba inscripta en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores que "... de la lectura integral del ordenamiento aplicable (arts. 43 de la Constitución Federal; 55 y 56 de la ley 24.240; 55, 56 Y 57 del decreto 1798/94; y resoluciones 1139/97 y 461/99 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería), se desprende que aquella debería haberse inscripto en ese específico registro si lo que pretendía era accionar, en el ámbito nacional y en los términos de los arts. 52 y 53 de la ley 24.240, en representación de los intereses de los usuarios y consumidores, requisito de orden formal que de ningún modo puede suplirse por su reconocimiento como persona jurídica ante la Inspección General de Justicia, como equivocadamente resolvió la cámara" (ver considerando 5°, en CSJN, Recurso de Hecho: A. 803. XLVI., "Asociación Civil DE.FE.IN .DER y otros c/Telefónica de Argentina S.A. s/proceso de conocimiento", 27/11/2014.

49. BO del 10/05/2016.

del órgano directivo en funciones; c) memoria y estado contable del último ejercicio o balance de inicio, en su caso; y d) acreditar el cumplimiento de las obligaciones impositivas, previsionales y sociales que correspondan. Para conservar su inscripción, estos requisitos deben mantenerse vigentes, ser actualizados anualmente y cumplir con el Informe de Gestión Anual que se exige para este tipo de entidades.50

En el ámbito de la CABA, por medio del Decreto N° 2344/1999, se creó, a su vez, el Registro de Asociaciones de Consumidores, que funciona en el área de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor dependiente de la Subsecretaría de Producción (que integra el organigrama de la Secretaría de Producción, Turismo y Desarrollo Sustentable). Esta dependencia está facultada para ejecutar y verificar el cumplimiento de los requisitos impuestos en el citado decreto (similares a los exigidos por la autoridad nacional), como así también, a dictar normas interpretativas y complementarias, dar de baja a las asociaciones que corresponda y a establecer criterios a los efectos del otorgamiento de subsidios.

Como la finalidad de esta clase de asociaciones es la defensa, información y educación de la persona consumidora, la propia ley establece que se entenderá que cumplen con dicho objetivo cuando sus fines sean los que se informan en el propio texto del artículo 56; el que entiendo meramente enunciativo.

Inciso a): Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor. En este sentido, esta clase de asociaciones está habilitada para formular peticiones, denuncias, acciones y reclamos de todo tipo ante las autoridades públicas y/o locales y ante los proveedores de bienes y servicios.

Inciso b): Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores. Las asociaciones de personas consumidoras y usuarias han sido pensadas como instituciones esenciales del sistema consumeril, lo que les otorga una activa

50. Disposición N° 19 (BO del 10/05/2016) de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, texto conforme Disposición N° 60/2023 de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo (BO del 05/06/2023).

participación en el avance de la legislación que rige esta materia pues, los propios estudios e investigaciones que suelen desarrollar en cumplimiento de su objeto y en función de sus principios constitutivos les otorgan la especialidad necesaria para ser promotoras de cambios y avances en materia de legislación consumeril.

Por eso, aunque dirigida a los ciudadanos y ciudadanas, entiendo que esta clase de organizaciones están legitimadas para ejercer el derecho de iniciativa legislativa popular que prescribe el artículo 39 de la Constitución Nacional y que reglamenta la Ley N° 24747,[51] actuando como vehículos adecuados para cumplir los requisitos legales que se exigen a toda proposición de proyectos de ley. En sentido concordante, el artículo 64 de la CCABA regula igual derecho para los electores y electoras de la ciudad, el que es reglamentado por la Ley N° 40 de CABA ("De Procedimiento de Iniciativa Popular").

Inciso c): Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos. Dentro de la línea de acción ya definida en el inciso anterior para las asociaciones de personas consumidoras, es lógico que la legislación se encamine a requerir de este tipo de asociaciones un grado de colaboración relevante en el perfeccionamiento de la legislación consumeril, dado el grado de especialización que tienen en dicha materia. Para esto, pueden celebrar convenios de colaboración, cooperación y asistencia técnica con toda clase de organismos nacionales o internacionales, sean públicos o privados, en vista a lograr una efectiva participación en el desarrollo de las normas tuitivas de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

Inciso d): Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo. Además de sus funciones en aspectos informativos y de educación a la persona consumidora, esta clase de asociaciones están legitimadas para asumir la defensa y representación de dichos sujetos, tanto en materia de tutela efectiva de los derechos subjetivos individuales como respecto del ejercicio de acciones de incidencia colectiva.

También pueden promover la canalización de reclamos extrajudiciales (ver comentarios al artículo 58).

51. BO del 24/12/1996.

Inciso e): Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados. Debe destacarse que la regla del artículo 43 de la CN reconoce a las asociaciones de personas usuarias y consumidoras, juntamente con el afectado individual y el Defensor del Pueblo, la posibilidad de recurrir a la acción de amparo en defensa de los derechos consagrados en los artículos 41 y 42 y de cualquier derecho que estuviera configurado como "de incidencia colectiva". Esa legitimación para defender los derechos que pertenecen a otros o que se comparten lleva a conceptualizar la cuestión de la legitimación desde su faz constitucional; como claramente destacó Maurino:

> A diferencia de lo que había ocurrido con las "class actions" de la tradición jurídica estadounidense, en la Argentina –al igual que en otros países latinoamericanos como Brasil y Colombia– los procesos colectivos no fueron construidos como una mera solución de técnica procesal para gestionar eficientemente o con economía procesal cierta clase de conflictos, sino como una garantía procesal específica de protección de una categoría peculiar y novedosa de derechos constitucionales. Este elemento característico e identitario de las acciones colectivas determina que las cuestiones relativas a su procedencia y funcionamiento constituyan asuntos de interpretación constitucional, materia de cuestiones federales a los fines del control de constitucionalidad, y no asuntos de derecho procesal ordinario.[52]

Inciso f): Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés. En el marco de las relaciones de consumo y, en especial, respecto de los conflictos que nacen a partir de ellas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias cumplen un rol esencial en cuestiones de asesoramiento a la ciudadanía en general, y a la persona consumidora en particular, tanto en materia previa a la formación y perfeccionamiento de la relación de consumo, como así también respecto de todas las cuestiones que puedan suscitarse a partir o a consecuencia de ella. Para el cumplimiento de este rol, resultan

52. Maurino, Gustavo, "La llegada de los procesos colectivos al Derecho Constitucional Argentino", en Gargarella, Roberto (dir.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2016, pp. 872-873.

fundamentales los estudios que cada asociación pueda realizar u organizar, según se verá en el siguiente inciso.

Inciso g): Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores. Harari dijo con suma claridad que "un mundo global ejerce una presión sin precedentes sobre nuestra conducta personal y nuestros valores";[53] y agregó que "en un mundo cargado de información irrelevante, la claridad es poder".[54] Desde esta óptica, no hay duda de que para cumplir con la función de informar y educar a la persona consumidora, las asociaciones que se nuclean para protección de los intereses de estas deben recopilar información que sea relevante para quien es la parte débil de la relación consumeril, ayudándola a conocer y a tomar decisiones frente a las presiones que ese mundo global ejerce sobre cada persona en particular.

Desde este punto de análisis resulta evidente que la realización de estudios y relevamientos de mercados constituyen una herramienta válida y necesaria para cumplir con ese rol informativo y educativo que la LDC requiere como uno de los objetivos de las asociaciones que aquí se examinan. Estudios y análisis que irán desde información que se transmitirán en revistas especializadas o que se harán disponibles desde las páginas *web* de esta clase de asociaciones, hasta la elaboración y confesión de índices de calidad y precios de las distintas clases de bienes y servicios que se comercializan en el mercado (claro que dentro del área de especialización que la propia asociación se haya dado para sí como campo de su actuación).

Inciso h): Promover la educación del consumidor. Pueden conformar organizaciones de segundo y tercer grado (federaciones, confederaciones regionales o nacionales) para aunar esfuerzos y establecer lazos de asistencia y cooperación en vista a cumplir con el objetivo de educar a la persona consumidora con el mayor grado de eficacia y eficiencia posible.

Inciso i): Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor. Ninguna duda existe de que, dentro de las actividades referidas en este inciso, se encuentra la participación de estas asociaciones en los entes de control, cuya actua-

53. Harari, Yuval Noah, *21 lecciones para el siglo XXI*, Buenos Aires, Debate, 2019, p. 11.
54. Ibídem, p. 13.

ción no puede ser aislada o externa, porque la participación que la Constitución Nacional ordenó implica una dimensión de control social sobre esos organismos e indirectamente sobre los servicios públicos.[55]

Artículo 57. Requisitos para obtener el reconocimiento

Para ser reconocidas como organizaciones de consumidores, las asociaciones civiles deberán acreditar, además de los requisitos generales, las siguientes condiciones especiales:

a. No podrán participar en actividades políticas partidarias;

b. Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva;

c. No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;

d. Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios.

Reglamentado por el Decreto N° 1798/94.

Desde ya que los requisitos aquí referidos no resultan aquellos que la asociación debe cumplir a los fines de ser reconocida como persona jurídica y obtener autorización para funcionar; estos requisitos, en el ámbito de la CABA, están claramente desarrollados en las Normas de la IGJ (la RG N° 7/2015 y sus anexos). Por el contrario, los aquí en análisis implican la obligación de cada asociación registrada de dar estricto cumplimiento a las condiciones mencionadas en los artículos 56 y 57 de la Ley Nº 24240, bajo apercibimiento de ser dadas de baja del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores y de que la autoridad de aplicación les suspenda las contribuciones estatales que les hayan sido otorgadas (conforme Decreto Nº 1798/1994: reglamentación al art. 57 de la LDC).

En lo que refiere al artículo en comentario, claramente el legislador se limitó a establecer en forma clara qué actividades y actos son incompatibles con el rol tuitivo que se les asigna a las asociaciones de personas consumidoras y usuarias dentro del sistema consumeril. Se busca así impedir que la actuación de este tipo de asociaciones se

55. Tarzia, María Verónica, "Modelo regulador, servicios públicos y derechos de usuarios y consumidores en la Constitución Nacional", *op. cit.*, p. 821.

desvirtúe por la existencia de intereses externos que afecten su finalidad; intereses esencialmente económicos o de financiamiento.

En tal sentido, como destacó Barocelli, el cumplimiento de estos requisitos implica para la asociación una pauta de actuación que debe mantenerse durante toda su existencia social, y se logran respetando una serie de prohibiciones e incompatibilidades que deben ser entendidas como la imposibilidad jurídica de coexistencia de dos actividades en esta clase de asociaciones.[56]

Inciso a): No podrán participar en actividades políticas partidarias. En realidad lo que se busca es que esta clase de asociaciones mantenga la autonomía respecto de los partidos políticos. Es una incompatibilidad en el campo de acción de la asociación para impedir que establezca vínculos institucionales o de otra índole que suponga algún modo de dependencia e interferencia en la función de los derechos e intereses de los consumidores. Esto no implica que tengan prohibición de mantener ciertos planteamientos ideológicos. Lo que no pueden hacer es adherir a determinado partido, candidato o lista, celebrar con ellos convenios, contrato o acuerdo de cualquier tipo o naturaleza, compartir la misma sede o recibir reclamos en sedes partidarias, etcétera.

La restricción es para la asociación y no para sus afiliados, que pueden participar o militar en algún partido o postularse para cargos electivos o partidarios.

Inciso b): Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva. La incompatibilidad se refiere a tener autonomía frente a los proveedores de bienes o servicios, cámaras empresarias y colegios profesionales, entre otros. Es decir, independencia tanto de los operadores de mercado como de los poderes públicos.

Pueden tener vinculación (como, por ejemplo, de colaboración para redacción de códigos de buenas prácticas comerciales y responsabilidad social, acuerdos para la realización de reclamos conciliatorios extrajudiciales conforme art. 58, etc.) pero no desarrollar acciones que condicionen la autonomía de la organización u orienten su acción. Tampoco pueden prestar su denominación, imagen o cualquier otro signo representativo en la publicidad comercial realizada por operadores de mercado.

56. Barocelli, Sergio Sebastián, "Asociaciones de consumidores", *op. cit.*, pp. 602-603,

No pueden tener como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro, pues debe entenderse una incompatibilidad de fines entre los objetos y principios que sustentan la existencia de unas y otras.

Inciso c): No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras. Es una incompatibilidad que refuerza la anterior. No se limita solo a la ayuda económica sino de cualquier tipo. Se busca la independencia de las asociaciones a efectos de garantizar su libertad de acción. Así se fundamenta la necesidad del financiamiento público que se suma al que puedan recibir de sus asociados.

Inciso d): Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios. La finalidad es prohibir que hagan publicidad tendiente a promover la venta de bienes o servicios de los empresarios con quienes contratan las personas consumidoras o usuarias.

El alcance del término *publicidad* debe entenderse en un sentido amplio: toda forma de comunicación con el fin de promover la contratación o suministro de productos o servicios. El artículo 4 de la Ley N° 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual considera publicidad a:

> Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones.

Por su parte, dicha ley define a la publicidad no tradicional (PNT) como "toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar".

El alcance del término *publicaciones* comprende folletos, boletines informativos, revistas u otras publicaciones periódicas, programas de radio y TV, publicaciones digitales, sitios *web* y publicaciones en redes sociales.[57]

57. Decreto N° 1798/94, art. 57, inc. a.

La restricción que impone el inciso que se comenta debe entenderse que apunta a la publicidad comercial y a la propaganda política, no a los avisos oficiales o propaganda de otras ONG o entidades sin fines de lucro, excepto que colisionen con los principios que sustentan las normas consumeriles.

Artículo 58. Promoción de reclamos

Las asociaciones de consumidores podrán sustanciar los reclamos de los consumidores de bienes y servicios ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios que correspondan, que se deriven del incumplimiento de la presente ley.

Para promover el reclamo, el consumidor deberá suscribir la petición ante la asociación correspondiente, adjuntando la documentación e información que obre en su poder, a fin de que la entidad promueva todas las acciones necesarias para acercar a las partes.

Formalizado el reclamo, la entidad invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas, con el objetivo de intentar una solución al conflicto planteado a través de un acuerdo satisfactorio.

En esta instancia, la función de las asociaciones de consumidores es estrictamente conciliatoria y extrajudicial, su función se limita a facilitar el acercamiento entre las partes.

Además de la legitimación que se les reconoce a las asociaciones de consumidores para ejercer las acciones colectivas, el sistema consumeril admite a las asociaciones que se están analizando como un vehículo apto para permitir que la persona consumidora pueda sustanciar sus reclamos directamente ante los fabricantes, productores, comerciantes, intermediarios o prestadores de servicios que incumplan las obligaciones que les impone la LDC a estos últimos.

A estos fines, la LDC les brinda una capacidad legal para actuar frente a un conflicto que se pueda suscitar entre una persona consumidora y otra proveedora, facultándose a las asociaciones la aptitud para promover una instancia de conciliación entre las partes de la relación de consumo que se encuentran en conflicto. En esa función de acercar a las partes, las asociaciones aquí analizadas cumplen un rol de canalización que materialice la utilización de un medio alternativo de resolución de conflictos.

Esta instancia es de naturaleza extrajudicial y, como tal, requiere del concurso y voluntad de las partes involucradas, lo que en la práctica, para su éxito, exige fundamentalmente la predisposición de la parte proveedora a admitir esta vía de arreglo privado de las cuestiones en conflicto; por ende, citada que fuese la parte proveedora, su falta de comparecencia no implicará rebeldía o contumacia alguna.

Adviértase que esto es así por cuanto no hay sanción legal alguna para la parte proveedora ante su rechazo a participar en esta vía extrajudicial para llegar a una solución, como así también, de haber aceptado participar, tampoco hay sanción alguna por no llegarse a un acuerdo o por incumplir lo que eventualmente se haya pactado, sin perjuicio de los efectos jurídicos que lo eventualmente acordado pueda producir conforme las normas comunes.

La norma en análisis denota claramente tanto la función que se le asigna a estas asociaciones de ser un vehículo que les permita a las partes de la relación de consumo alcanzar un acuerdo que solucione el conflicto que entre ellas se haya suscitado, como así también el carácter voluntario que se le otorga a esta vía alternativa para resolver conflictos en materia consumeril. Dice el propio texto del artículo en comentario: "la entidad invitará a las partes a las reuniones que considere oportunas [...] su función se limita a facilitar el acercamiento entre las partes".

Por último, el mecanismo conciliatorio se inicia con la petición que la persona consumidora afectada realice ante la correspondiente asociación, que se complementará, obviamente, con la documentación e información que la persona peticionante pueda acercar a la entidad a los fines de determinar el alcance del reclamo. Y continuará con las invitaciones que la misma entidad asociativa curse a la persona proveedora para que concurra a la utilización de esta vía para llegar a un acuerdo. De lograrse esto último, no tendrá efectos de una sentencia, pero producirá aquellos propios de todo acuerdo privado. De no lograrse una solución amistosa, esta vía no importa el agotamiento de la conciliación o mediación prejudicial obligatoria a la que habrá necesariamente de recurrirse antes del inicio de la acción judicial.

CAPÍTULO XV
Arbitraje

Artículo 59. Tribunales arbitrales*

La autoridad de aplicación propiciará la organización de tribunales arbitrales que actuarán como amigables componedores o árbitros de derecho común, según el caso, para resolver las controversias que se susciten con motivo de lo previsto en esta ley. Podrá invitar para que integren estos tribunales arbitrales, en las condiciones que establezca la reglamentación, a las personas que teniendo en cuenta las competencias propongan las asociaciones de consumidores o usuarios y las cámaras empresarias.

Dichos tribunales arbitrales tendrán asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en todas las ciudades capitales de provincia. Regirá el procedimiento del lugar en que actúa el tribunal arbitral.

(Artículo sustituido por art. 29 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

Concordancias: *artículos 42 de la CN, 46 de la CCABA y 1649 a1 665 del CCCN.*

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en el cual las partes asumen un rol protagónico, al darse pleno valor a la autonomía de la voluntad y decidir someter su contienda a un árbitro que será un tercero imparcial elegido por ellas y que resolverá con fuerza de cosa juzgada las cuestiones planteadas.[1]

Se trata en ese sentido de una jurisdicción privada y voluntaria que ha nacido en paralelo a la organización judicial estatal existente y que, si bien su reconocimiento no es nuevo, ha tenido una gran expansión durante el siglo XX. De allí que la peculiaridad del arbitraje es que la fuerza vinculante de la decisión deriva de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes deciden, para el caso concreto, acudir a dicho árbitro –siempre que la ley se los permita– a los fines de decidir la cuestión.

Por su lado, autores como Mosset Iturraspe destacan las ventajas de los sistemas de arbitraje al enfatizar que, en temas negociales de

* Comentario sobre el artículo 59 por Romina N. Costa y Florencia Singla.

1. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso a la justicia para los consumidores en la Argentina*, Buenos Aires, 20XII Grupo Editorial, 2018, p. 115.

alta complejidad, se logra que la decisión sea dictada por un especialista y que el juez árbitro es seleccionado entre juristas que durante gran parte de su vida han estudiado tema semejante, enseñado y escribiendo sobre dicha problemática. En igual sentido, agrega que los jueces árbitros elegidos para la solución de las controversias son abogados que ejercen normalmente la profesión, y poseen rica experiencia en la temática sometida a debate. Sin embargo, puntualiza el autor al remarcar los defectos acerca de este sistema, que muchas veces la selección de los árbitros no se hace entre los mejores candidatos, refiriéndose a terceros imparciales aunque politizados, de comité, comprometidos con el partido, improvisados, sin experiencia, abúlicos, ignorantes o víctimas de tantos otros males.[2]

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, aunque hoy la mayoría de la doctrina y jurisprudencia entiende al arbitraje como jurisdicción.[3] Así pues, se ha defendido la idea de que través del arbitraje "Se produce un desplazamiento convencional de la jurisdicción resolviéndose el conflicto con una resolución –laudo– que tiene la misma eficacia que la sentencia –eficacia de cosa juzgada y eficacia ejecutiva–".[4]

Por su parte, el Máximo Tribunal ha entendido que

> Aun cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas por abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes.[5]

2. Mosset Iturraspe, Jorge, *La frustración del contrato*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991, p. 137.

3. Fernández Lemoine, María Rosa; Selím, María Roxelana (colaboradora), "El arbitraje de consumo en la experiencia argentina", Buenos Aires, *La Ley* 2002-A-1191. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/18868/2001). La autora define arbitraje como "una descentralización de la justicia, dejando en claro que aquello es diferente a una privatización de la justicia, y asimilando el arbitraje a la jurisdicción pública en cuanto a los resultados, dado que la sentencia y el laudo tienen los mismos efectos porque el laudo es ejecutable y hace cosa juzgada".

4. Álvarez Alarcón, Arturo, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1999, p. 28.

5. CSJN, Fallos: 322:1100, "Rocca Juan Carlos c/Consultara SA (E.L.) s/ordinario", del voto en disidencia del Dr. Augusto C. Belluscio a la segunda cuestión.

No puede en este punto dejar de mencionarse lo regulado por el CCyCN, el cual en su capítulo 29 regula expresamente el "contrato de arbitraje", a cuyo fin establece en su artículo 1649 que

> Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado en la que no se encuentre comprometido el orden público.

A la par, con relación a la forma del contrato, el artículo 1650 del referido Código dispone que

> El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye contrato de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Por último, y en lo que aquí interesa, el artículo 1651 del señalado plexo normativo establece que las materias referidas al estado civil o la capacidad de las personas; las cuestiones de familia; las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto y las derivadas de relaciones laborales quedan excluidas de dicho capítulo.

Clasificación de arbitrajes

La doctrina clasifica los medios arbitrales según la decisión de las partes, pudiendo ser arbitrajes institucionales o *ad hoc*; según la calidad del pronunciamiento o actuación de los árbitros, pudiendo ser arbitrajes de derecho o de amigables componedores; según que la fuente provenga de un acuerdo de voluntades o ley, encontrando arbitrajes voluntarios o forzosos y según se trate de un diferendo nacional o internacional, pudiendo ser arbitrajes internos o internacionales.[6]

En el arbitraje institucional, a diferencia del *ad hoc*, existe una entidad especializada que administra y organiza el trámite, y presta una

6. Saravia, Jorge A., "Sistema de Arbitraje de Consumo", en *La Ley*, 2001. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/2372/2001).

serie de servicios sumamente útiles para que la contienda pueda ser resuelta con mayor eficacia, mientras que en los arbitrajes *ad hoc* no existe ninguna institución que administre el sistema, de manera que son las propias partes quienes designan a los árbitros y deben, asimismo, acordar las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje.[7]

Por su parte, el arbitraje de derecho será aquel que se resuelva exclusivamente con las normas legales de derecho positivo, mientras que en el arbitraje de amigables componedores los árbitros decidirán conforme a su leal saber y entender, no debiendo sujetarse a las reglas de procedimiento del Código –aunque las partes pueden pautar un sometimiento a determinadas reglas en este aspecto–, y teniendo la libertad de fallar conforme equidad y prescindiendo de las soluciones del derecho de fondo.

Mientras que el arbitraje que proviene de un acuerdo de voluntades es aquel en el que las partes adoptan el modelo, el arbitraje forzoso se trata de aquellos supuestos que han sido impuestos expresamente por el legislador, donde se decide quitarles la competencia a los jueces en determinados asuntos y atribuírsela expresamente a los árbitros.

El sistema nacional de arbitraje de consumo

La reforma constitucional de 1994, entre la multiplicidad de novedades que trajo para *aggiornar* el texto histórico, incorporó en el sistema jurídico argentino a los llamados "derechos de incidencia colectiva" a través del Capítulo Segundo de la parte dogmática de la Constitución Nacional, al que denominó "Nuevos derechos y garantías".

Dentro del referido capítulo se inserta el artículo 42, que versa sobre los derechos de consumidores y usuarios. Concretamente, y en lo que aquí importa, dicha norma establece que: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos [...] previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

En este punto resulta interesante destacar lo expresado por la convencional constituyente por la provincia de La Rioja –Isabel Marta Salinas– en el marco del debate sobre la entidad de la defensa del

7. Ídem.

usuario y del consumidor, en las sesiones plenarias de la Convención. Allí afirmó:

> … La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control. Queremos soluciones efectivas, operativas y rápidas. Por ello, estas nuevas normas que estamos incorporando a la Constitución nacional están reclamando que nos ocupemos y nos preocupemos en instrumentar otra forma de resolución de los conflictos judiciales. Al respecto, debo decir que los mecanismos alternativos, destinos de los de la justicia clásica, en la actualidad conforman un movimiento que arranca en los Estados Unidos, cuando en 1976, en Saint Paul, se celebró la conferencia nacional sobre las causas del descontento popular por la administración de la justicia. […] algunas ciudades españolas instrumentaron las juntas arbitrales de consumo, que en la actualidad existen en trescientos ayuntamientos españoles y que en 1986 recibieron cerca de trescientas mil consultas. Qué importante que los ciudadanos, que la persona de carne y hueso que se ha visto perjudicada por una acción arbitraria del mercado tenga a quien reclamar para así obtener una reparación efectiva del perjuicio que ha sufrido. Qué importante que saquemos al ciudadano de la anomia y que lo hagamos protagonista.[8]

Cabe aclarar que, ya con anterioridad a la reforma constitucional, la Ley N° 24240[9] consagraba en su artículo 59 que la autoridad de aplicación propiciaría la organización de tribunales arbitrales para resolver las controversias que se susciten en materia de relaciones de consumo, artículo que se mantuvo sin cambios hasta que por medio del artículo 29 de la Ley N° 26361[10] se sustituyó el texto del artículo 59 por el que aquí comentamos.[11]

8. Ministerio de Justicia. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, La Ley, 1994, p. 5968.

9. Sanción: 22/09/1993, publicación: BO N° 27744 del 15/10/1993.

10. Sanción: 12/03/2008, promulgación parcial: 03/04/2008, publicación: BO N° 31378 del 07/04/2008.

11. Se entendió que necesitaba reformarse dicho artículo atento a la esencia federal de nuestra organización política y consecuente necesidad de brindar a los habitantes del extenso territorio nacional idénticas condiciones de acceso a este remedio arbitral.

Por su parte, dentro de las Directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor,[12] el apartado IV que fija principios para unas buenas prácticas comerciales establece que las empresas deben poner a disposición de los consumidores mecanismos de reclamación que les permitan resolver controversias de manera rápida, justa, transparente, poco costosa, accesible y efectiva sin cargas ni costos innecesarios. Las empresas deben considerar la posibilidad de adoptar las normas nacionales e internacionales relativas a procedimientos internos de reclamación, servicios alternativos de solución de controversias y códigos sobre satisfacción de los clientes.[13]

En ese sentido, siguiendo la línea de la prescripción legal, constitucional e internacional en torno a la fijación de procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en materia de usuarios y consumidores, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 276/1998[14] por el cual creó el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (en adelante, SNAC).

En este punto conviene resaltar que algunos autores han criticado la delegación expresamente autorizada por medio del artículo 59 de la Ley N° 24240 para la organización de los Tribunales Arbitrales, entendiendo que la regulación de dicho sistema arbitral de consumo debió ser efectuada por ley.[15]

La finalidad del SNAC finca en ofrecer un marco institucional orientado a alcanzar una solución extrajudicial de los conflictos generados en las relaciones de consumo,[16] atendiendo y resolviendo con carácter vinculante y produciendo idénticos efectos a la cosa juzgada, para ambas partes, las reclamaciones de los consumidores y usuarios, con

12. Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, aprobadas por la Resolución N° 39/248, 09/04/1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ampliadas posteriormente por la Resolución N° 1999/7 del 26/07/1999 del Consejo Económico y Social, revisadas y aprobadas por la Resolución N° 70/186 del 22/12/2015 de la citada Asamblea General.

13. Conforme se sigue del Apartado IV, inc. f).

14. Sanción: 11/03/1998, publicación: BO N° 28856 del 13/03/1998.

15. Para profundizar ver: Stiglitz, Gabriel A., "Arbitraje de consumo y modificación del contrato por adhesión", en *La Ley*, 2001. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/15951/2001).

16. Barreiro, Rafael F., "Nuevas reglas procesales del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo", en *La Ley*, 2018. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/3614/2018).

relación a los derechos y obligaciones emergentes de la Ley Nº 24240 y sus modificatorias, y de toda ley, decreto y cualquier otra reglamentación que consagrase derechos y obligaciones para los consumidores o usuarios en las relaciones de consumo definidas por la citada ley.

De esta manera, conforme lo expresa Outon, el SNAC se erigió en "un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que complementa a la justicia y ha sido concebido para recomponer las relaciones deterioradas entre proveedores de bienes y servicios y los consumidores y usuarios".[17]

Nótese en este sentido la importancia de que la defensa del derecho de usuarios y consumidores sea debidamente garantizada, lo que determina la existencia de un sistema que facilite el acceso a la justicia de las contiendas nacidas del incumplimiento al mencionado régimen tuitivo, observancia que ha sido asegurada mediante el régimen de la Ley N° 24240.[18]

En definitiva, recogiendo palabras de Caivano, y como ya lo hemos sostenido, el arbitraje consiste en una suerte de "justicia privada instituida por la voluntad de las partes en conflicto, que deciden someter la resolución del mismo a un particular, renunciando a la natural sujeción a los jueces estatales".[19]

En el marco de este método alternativo de solución de conflictos las controversias son resueltas por particulares, con exclusión total o parcial del Poder Judicial, y se desplaza la potestad de juzgar hacia personas que tienen facultades jurisdiccionales similares a las de los jueces en orden a la resolución de un caso concreto. Esta jurisdicción es conferida por la propia voluntad de las partes que, mediante un acuerdo –anterior o posterior al conflicto–, deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares.

Ahora bien, en lo que atañe a la aplicación práctica del sistema en cuestión, se vuelve menester señalar que el Decreto N° 276/1998 fue

17. Outon, Fernanda M., Comentario al artículo 59, en Tambussi, Carlos E (dir.), *Ley de defensa del consumidor*, Buenos Aires Ed. Hammurabi, 2ª ed., 2019, p. 396.

18. Santarelli, Fulvio G., "La revisión de los laudos en el arbitraje de consumo", en *La Ley*, 2005. Disponible en la *LL online* (referencia: AR/DOC/3377/2005).

19. Caivano, Roque J., "El arbitraje de consumo en la Argentina", en *La Ley*. Disponible en la *LL online* (referencia: 0003/009640).

implementado primeramente a través de la Resolución N° 212/1998[20] de la ex Secretaría de Industria, Comercio y Minería. Dicha resolución fue posteriormente abrogada por el artículo 75 de la Resolución N° 65/2018[21] de la Secretaría de Comercio, que rige aún a la fecha.

Vale decir que esta última resolución trajo nuevos plazos procesales, reorganizó funciones internas del personal, incorporó nuevas causales de exclusión de árbitros de asociaciones de consumidores y empresariales, introdujo el inicio de reclamos por vía electrónica, creó las secciones de arbitraje electrónico y arbitraje turístico, reestructuró el proceso de amigables componedores y creó los capítulos referidos a notificaciones, prueba, laudos y recursos. A su vez, esclareció funciones entre distintos órganos involucrados.

Caracteres del sistema nacional de arbitraje de consumo

Si bien se han señalado distintos caracteres respecto del SNAC,[22] la doctrina es uniforme en cuanto a que aquel reúne las siguientes características:

- *Voluntariedad*: Las partes se someten voluntariamente al SNAC.[23] Ello conlleva que aquellas acepten y se sujeten a las reglas de procedimiento que fije la Autoridad de Aplicación. Vale añadir que las partes pueden actuar por derechos propios o debidamente representados. Así, los consumidores pueden ser representados por apoderado o por una Asociación de Consumidores, en tanto que los proveedores podrán ser representados por su apoderado, presidente, representante legal o Asociaciones empresariales.[24]
- *Gratuidad relativa*: En primer término, hay que señalar que no es obligatorio el patrocinio letrado para actuar ante los Tribu-

20. Sanción: 26/03/1998; publicación: BO N° 28868 del 31/03/1998.

21. Sanción: 05/10/2018; publicación: BO N° 33970 del 08/10/2018.

22. Autores como José Luis Laquidara señalan otros caracteres como la ausencia de formalidades especiales, la administrativización, la unidireccionalidad, entre otros.

23. Decreto N° 276/1998, art. 1 cit.

24. Resolución N° 65/2018, art. 23 cit.

nales Arbitrales de Consumo, como así tampoco se requiere el pago de ninguna tasa o sellado.

Si bien hay quienes resaltan que el SNAC reviste gratuidad[25] y esta rige para ambas partes desde el inicio hasta la finalización del procedimiento, consideramos que esa aseveración puede modularse.

En efecto, es de relieve aclarar que, según lo establecido en el artículo 11 del Decreto N° 276/1998, las pruebas dispuestas de oficio serán costeadas por la Autoridad de Aplicación en función de sus disponibilidades presupuestarias.[26] No obstante ello, el artículo 21 de la Resolución N° 65/2018 dispone que el acuerdo arbitral fijará que las costas sean siempre en el orden causado. A la vez, el artículo 34 de la mentada resolución establece que los costos que demande la producción de la prueba serán soportados por la parte que la ofrezca. Si ambas partes coincidieren en una misma prueba, los costos serán soportados en igual proporción. Las pruebas ordenadas de oficio serán costeadas por el SNAC de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias.

Más allá de lo dicho, no es posible soslayar que no se han registrado en nuestro país casos donde se hayan solicitado imposición de costas[27] en sede administrativa.

- *Celeridad*: El Tribunal Arbitral de Consumo tiene un plazo de ciento veinte días hábiles para emitir su laudo, contados a partir de su conformación, sin perjuicio de las prórrogas debidamente fundadas que pudieran fijarse.[28] Nótese, asimismo, que el plazo para dictar el laudo queda reducido a cuatro meses a contar desde la designación del colegio arbitral. El impulso del proceso será de oficio,[29] por lo que la inactividad de las partes no impedirá que se dicte el laudo, ni lo privará de validez.

25. Outon, Fernanda M., Comentario al artículo 59, en Tambussi, Carlos E (dir.), *op. cit.*, p. 393.

26. En la práctica estos costos son afrontados con fondos asignados a la autoridad de aplicación y de acuerdo con sus disponibilidades presupuestarias.

27. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso …*, *op. cit.*, p. 153.

28. Decreto N° 276/1998, art. 10.

29. Ibídem, art. 12

Esta celeridad reviste vital importancia atento a que el SNAC ha sido creado para paliar el desequilibrio que sufre la ciudadanía en el marco de las relaciones de consumo, quien padece el hecho de encontrarse en una situación desventajosa frente al proveedor, por lo que el sistema de arbitraje procura evitar todo tipo de situaciones de indefensión y, con esa tesis, la celeridad resulta clave para dotar de eficacia al sistema.[30]

- *Confidencialidad*: Tanto el proceso arbitral como el laudo que se emite al cabo de su finalización tienen carácter privado y confidencial, y no es factible darlos a publicidad a no ser que medie expreso consentimiento de ambas partes. Ello se sigue de lo establecido en el artículo 3631 de la Resolución N° 65/2018.
- *Contradicción e igualdad entre las partes*: Según se indica en el artículo 10 del Decreto N° 276/1998, el proceso arbitral está regido por estos principios. Ellos se configuran en la medida en que existe la posibilidad de que ambas partes ofrezcan y produzcan pruebas. Así, por una parte, se entiende a la contradicción como "... el derecho de las partes de contradecir las alegaciones de la contraria".32 Entendemos, por tanto, que estas dos características se encuentran directamente enlazadas, pues la contradicción no sería garantizada si las partes no pudieran comparecer con igualdad de posibilidades y cargas procesales.
- *Neutralidad y equilibrio entre las partes*: Los Tribunales Arbitrales de Consumo se integran[33] con un árbitro institucional, un árbitro representante de las asociaciones de consumidores y

30. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso ...*, *op. cit.*, p. 155.

31. Allí se establece que: "La información revelada en el transcurso del proceso por las partes o por testigos no podrá ser divulgada por el Árbitro o por el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo, salvo acuerdo en contrario de las partes.
Las partes, los miembros del citado tribunal y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo deberán preservar la confidencialidad de todas las cuestiones relacionadas con el arbitraje y el laudo".

32. Laquidara, José Luis, *Arbitraje de consumo. Acceso ...*, *op. cit.*, p. 163.

33. De acuerdo con lo establecido en el art. 5 del Decreto N° 276/1998, el árbitro institucional deberá poseer título de abogado y cinco años de ejercicio en la profesión, como mínimo. Por su parte, los árbitros sectoriales deberán poseer, como mínimo, título universitario y cinco años de ejercicio en la profesión. A su vez, la Autoridad de Aplicación ha añadido requisitos adicionales que se ven reflejados en el art. 12 de la Resolución N° 65/2018.

un tercer árbitro representante de las cámaras empresariales, lo que garantiza y preserva el equilibrio entre las partes.
Se establecen estrictos requisitos de idoneidad y solvencia para quienes actúen como árbitros.
Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde advertir que, autores como Caivano, señalan que no existe una imparcialidad total en los arbitrajes de consumo, en tanto, si bien los tribunales de consumo son independientes e imparciales, no siempre se los percibe como tales. Ello, por cuanto el SNAC nace en la República Argentina a partir de la Ley de Defensa del Consumidor, y la Autoridad de Aplicación es la misma que tiene a su cargo la tutela de los derechos del consumidor, por lo que el hecho de desempeñarse físicamente en el edificio de la Secretaría de Comercio y algunas expresiones erróneas en las normas que crearon el sistema, no ayudan para mostrar esta independencia.[34]

- *Carácter vinculante y ejecutivo*: El laudo emitido por el Tribunal Arbitral de Consumo debe ser fundado y tiene carácter vinculante. Una vez firme, produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Así, puede sostenerse que es asimilable a una sentencia judicial, razón por la cual podrá ser ejecutado por las vías establecidas en las normas procesales.

Autoridad de aplicación

De conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto N° 276/1998, el SNAC funciona actualmente dentro de la órbita de la Subsecretaría de Acciones para la Defensa de las y los Consumidores de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía.

En dicha estructura organizativa, la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo[35] tiene como una de sus responsabilidades primarias la de coordinar el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores y las funciones de superintendencia

34. Caivano, Roque J., "El arbitraje de consumo en la Argentina", *op. cit.*

35. De acuerdo con lo establecido en la Decisión Administrativa N° 449/2023, (sanción: 05/06/2023; publicación: BO N° 35184 del 06/06/2023), que aprobó la estructura administrativa del primer nivel operativo del Ministerio de Economía.

del SNAC. A la vez, dentro de sus principales acciones se encuentran la de asistir a la Subsecretaría en la supervisión y coordinación del accionar de los Tribunales Arbitrales de Defensa del Consumidor, en el ámbito de su competencia, y la de dirigir la administración del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores.

Cabe añadir que en dicho Sistema se reciben las solicitudes de arbitraje y se realizan los actos necesarios para el funcionamiento del proceso arbitral relacionado con la problemática suscitada entre consumidores y proveedores, en los términos de la Ley N° 24240 y sus modificatorias.

Asimismo, el artículo 4 del Decreto N° 276/1998 atribuye diversas facultades a la Autoridad de Aplicación. A saber:

1. Disponer la integración de los tribunales de consumo y su funcionamiento;
2. Crear y administrar un registro nacional de representantes de asociaciones de consumidores y un registro nacional de representantes de asociaciones empresariales;
3. Crear y administrar un registro de árbitros institucionales del sistema nacional de arbitraje de consumo;
4. Representar al Estado Nacional en las relaciones con las provincias y el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires;
5. Proponer y llevar adelante las acciones necesarias para la financiación del SNAC;
6. Crear y administrar un registro de oferta pública de adhesión al SNAC y entregar el distintivo correspondiente a las personas físicas y jurídicas inscriptas en el mismo;
7. Ejercer el control del SNAC y de su personal;
8. Propender a la difusión del SNAC y a la capacitación de su personal;
9. Establecer un procedimiento especial para aquellos casos en los que la reclamación del consumidor sea inferior al monto que fije la autoridad de aplicación; y
10. Realizar todos los actos necesarios para el buen funcionamiento del SNAC.

Por último, de manera amplia, la norma faculta a la autoridad de aplicación a realizar todos aquellos actos que sean necesarios para el buen funcionamiento del sistema de arbitraje.

Competencia

Según lo expresa el artículo 1 del Decreto N° 276/1998, los Tribunales Arbitrales de Consumo son competentes para tratar casos en los que pueda existir una violación a los derechos reconocidos en la Ley Nº 24240 de Defensa del Consumidor y sus modificatorias, y de toda ley, decreto y cualquier otra normativa que consagre derechos y obligaciones para los consumidores y usuarios en las relaciones de consumo. Su jurisdicción se extiende en todo el territorio nacional.

A la vez, es dable aclarar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del mentado decreto, carecen de competencia en aquellas cuestiones sobre las que haya recaído sentencia judicial firme y definitiva *"–... en donde la virtualidad de la cosa juzgada vuelve estéril el acuerdo de partes para someter el asunto a arbitraje; en cambio, en aquellos casos en que aún no haya recaído decisión estable es dable recurrir al arbitraje ya que la autonomía de la voluntad no se vería recortada por ningún motivo–"*,[36] y las que puedan dar origen a juicios ejecutivos.

Tampoco tienen competencia en las cuestiones que con arreglo a las leyes no puedan ser sometidas a juicio arbitral;[37] las materias inseparablemente unidas a otras cuestiones sobre las que las partes no tengan poder de disposición y/o que no puedan ser sometidas a juicio arbitral; las cuestiones de las que se deriven daños físicos, psíquicos y/o muerte del consumidor, y aquellas en las que exista la presunción de la comisión de un delito; las cuestiones que por el monto reclamado queden exceptuadas de la reglamentación.

Sobre este último supuesto, el Decreto reglamentario delega en la Autoridad de Aplicación, mediante su artículo 4, inciso i), el establecimiento de un procedimiento especial para aquellos casos en los que la reclamación del consumidor sea inferior al monto que fije la Autoridad de Aplicación. Así, la Resolución N° 65/2018[38] dispone en ese sentido que, para los supuestos en que el conflicto planteado se encuentre por debajo del 50% del Salario Mínimo Vital y Móvil –fijado

36. Santarelli, Fulvio G., "El Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo", en *La Ley*, 2005. Disponible en *LL online* (referencia: AR/DOC/8195/2001).

37. En este sentido, no podrán ser objeto de arbitraje las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción (de conformidad con lo prescripto en el art. 737 del CPCCN).

38. Resolución N° 65/2018, art. 18.

por el Consejo Nacional de Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil–, el Tribunal Arbitral de Consumo será unipersonal.[39]

La oferta pública de adhesión al SNAC

El Capítulo III de la Resolución N° 65/2018 regula la adhesión previa que pueden efectuar los proveedores de bienes y servicios para solucionar, a través de este mecanismo, los posibles conflictos que se susciten en el marco de una relación de consumo. Vale decir que esta previa conformidad importa la aceptación de la jurisdicción arbitral para todos los potenciales reclamos que pudieran efectuar los consumidores, referidos a las transacciones efectuadas entre las partes.[40]

Los interesados en adherir al sistema de Oferta Pública deberán presentar su solicitud por escrito ante el Registro de Oferta Pública de Adhesión al SNAC. La Autoridad de Aplicación es la encargada de proveer los formularios respectivos a los fines de su adhesión, los cuales conforme lo dispone el artículo 4 de la Resolución N° 65/2018 podrán ser suscriptos por los proveedores en forma presencial o electrónicamente.

Seguidamente, la norma establece los requisitos que deberá contener la solicitud, dentro de los cuales enumera: el ámbito material y territorial de la oferta, debiendo el interesado indicar a qué bienes o servicios ajustará su oferta pública, a cuál o cuáles jurisdicciones queda circunscripta;[41] ámbito temporal para aquellos casos en que el proveedor optase por establecer un plazo de vigencia –el cual no podrá ser inferior a un (1) año–, pues en caso contrario la regla establece que la adhesión será por plazo indeterminado; el sometimiento expreso a los términos, modalidades, plazos, recursos y demás obligaciones del SNAC; la dele-

39. En este punto advertimos que, si bien el Decreto establece expresamente que en estos supuestos –de montos inferiores al establecido por la autoridad de aplicación– no será competente el Tribunal Arbitral de Consumo, seguidamente y al momento de reglamentar dicho artículo, la Res. N° 65/2018 no respeta dicha incompetencia, sino que fija para dichos supuestos, en el artículo 18, un Tribunal Arbitral de Consumo, aunque unipersonal.

40. Outon, Fernanda M., Comentario al artículo 59, en Tambussi, Carlos E (dir), *op. cit.*, p. 392.

41. En caso de omitir estos requisitos la norma establece que se entenderá que la oferta se ha realizado para todos los bienes comercializados por el proveedor y/o queda sometida a la jurisdicción del SNAC.

gación de la elección del árbitro institucional que deberá intervenir en el Tribunal Arbitral, y el compromiso de cumplimiento del laudo arbitral.

Presentada la solicitud, el SNAC procede a su evaluación e inscripción de la oferta en el registro correspondiente, haciéndole entrega del distintivo oficial del SNAC al proveedor,[42] el cual será retirado en caso de renuncia o exclusión.

A la vez, los proveedores que hayan adherido a este procedimiento deberán informar adecuadamente a los consumidores y usuarios tal circunstancia[43] y podrán renunciar a la Oferta Pública debiendo dar aviso al SNAC con un plazo mínimo de dos (2) meses de antelación[44] e informarlo debidamente a los consumidores.[45]

Por último, el artículo 9 de la mentada resolución establece supuestos en los que el SNAC podrá excluir al proveedor del Registro de Oferta Pública de Adhesión. Dentro de las causales establece las siguientes: a) Incumplimiento de las obligaciones emergentes de los laudos dictados; b) Utilización fraudulenta o engañosa del distintivo y, c) Reiteradas infracciones a normas regulatorias en la cuales se vean involucrados los derechos de los consumidores o usuarios, sancionadas por su correspondiente Autoridad de Aplicación y con carácter firme.

Acceso al sistema nacional de arbitraje de consumo

El acceso al SNAC se encuentra regulado en el artículo 23 del Decreto N° 276/1998, donde se establece la necesidad de formalizar el acuerdo arbitral mediante la suscripción de un convenio arbitral, cuyos respectivos formularios son proporcionados por la autoridad de aplicación.[46]

42. Resolución N° 65/2018, art. 5.

43. Outon, Fernanda M., Comentario al artículo 59, Tambussi, Carlos E. (dir.), *op. cit.*, p. 393.

44. Resolución N° 65/2018, art. 7.

45. De conformidad con lo establecido en el art. 8 de la Resolución N° 65/2018, el cual, asimismo, agrega que el SNAC podrá requerir al proveedor que publique en algún medio masivo de comunicación su renuncia.

46. La norma dispone expresamente que: "Los consumidores o usuarios que decidan someterse voluntariamente al sistema de solución de conflictos del consumo, conforme lo dispuesto en el Capítulo IV del presente decreto deberán suscribir el convenio arbitral en los formularios que la Autoridad de Aplicación proveerá al efecto. El proveedor o comerciante individual también deberá suscribirlo en el supuesto en que no se encuentre

La norma establece el acceso, en primer lugar, para los usuarios y consumidores y, a continuación, para los proveedores y comerciantes individuales, ya sea que aquellos se encuentren adheridos a la Oferta Pública de Adhesión al SNAC o no. Cabe aclarar que este artículo debe interpretarse conjuntamente con el artículo 8 del referido reglamento, el cual establece que

> La solicitud de sometimiento al Tribunal Arbitral de Consumo, a través de la suscripción y presentación del correspondiente acuerdo arbitral, importará la aceptación y sujeción de las partes a las reglas de procedimiento que fije la Autoridad de Aplicación.

Ahora bien, en lo que respecta a los proveedores y comerciantes individuales, la norma establece que el acceso al SNAC puede acaecer de dos maneras, dependiendo de si aquellos se encuentran adheridos a la Oferta Pública de Adhesión al SNAC o no.

En el supuesto de que el proveedor se encuentre adherido al sistema, el respectivo formulario solicitando acceso al SNAC que suscribirá el consumidor en su parte respectiva del petitorio establece: "… Se dicte en la instancia pertinente el laudo arbitral acogiendo mi pretensión, quedando comprometido a cumplir el mismo…".

Para los casos en que el comerciante o proveedor no se encuentre adherido al sistema, la norma dispone que aquel podrá aceptar la solicitud de arbitraje efectuada por el usuario o consumidor, cuyo formulario deberá entonces ser suscripto por ambas partes. En esos casos, el formulario establece que

> … Acuerdo el sometimiento de la cuestión litigiosa al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo y manifiesto: I. Que conozco, acepto y respeto como procedimiento el establecido por las normas reguladoras del Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo previstas en el Decreto Nº 276/98 y sus resoluciones reglamentarias, comprometiéndome a cumplir el laudo que dicte el Tribunal Arbitral de Consumo…[47]

Para los casos en que no prospere el arbitraje, los formularios establecen respecto del reclamante que

---

adherido a la oferta pública de adhesión al sistema nacional de arbitraje de consumo. El sometimiento voluntario de las partes contendientes se efectuará en todos los casos y sin excepción a través del acuerdo arbitral que establezca la Autoridad de Aplicación".

47. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso …*, *op. cit.*, p. 196.

> … En caso de no prosperar la presente solicitud de arbitraje, solicito se transforme la presente en la denuncia prevista en el art. 45 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y se remitan las actuaciones a la jurisdicción correspondiente para su trámite.[48]

Pues bien, resulta interesante destacar en este punto qué sucede en aquellos supuestos en que haya más de un proveedor reclamado y alguno se halle adherido a la oferta pública y otro u otros no. En estos casos, para aquel proveedor que no se encuentre adherido, podrá aceptar suscribiendo el formulario y, consecuentemente, pasará a integrar la litis, aunque también tiene la posibilidad de rechazar la solicitud, en cuyo caso la Autoridad de Aplicación tendrá el deber de continuar las actuaciones en el marco de lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor.

Como ha quedado hasta aquí expuesto, la solicitud de sometimiento al Tribunal Arbitral de Consumo, a través de la suscripción y presentación del respectivo formulario, importa la aceptación y sujeción de las partes a las reglas de procedimiento que fije la Autoridad de Aplicación y el consecuente cumplimiento de las obligaciones que emerjan del laudo que en su consecuencia se dicte.

En ese sentido, el incumplimiento de las obligaciones emergentes de laudos por parte de los proveedores adheridos al sistema permite la exclusión del infractor del Registro de la Oferta Pública de Adhesión al Sistema Nacional de Arbitraje del Consumo, sin perjuicio de las acciones judiciales y de las sanciones que en cada caso correspondieren.[49]

48. El trámite allí contemplado es la denuncia del art. 45, el cual establece que la Autoridad Nacional de Aplicación iniciará actuaciones administrativas en caso de presuntas infracciones a las disposiciones de la ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, ya sea de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular o actuare en defensa del interés general de los consumidores. La norma establece, a su vez, que suscitará una instancia previa conciliatoria, finalizada la cual se procederá a labrar acta en la que se dejará constancia del hecho denunciado o verificado y de la disposición presuntamente infringida.

49. Outon, Fernanda M., Comentario al artículo 59, en Tambussi, Carlos E (dir.), *op. cit.*, p. 393.

Cuestiones generales en torno al procedimiento

El arbitraje de consumo tendrá lugar a pedido del consumidor, quien deberá completar el respectivo formulario en los términos expuestos en el acápite precedente. Ahora bien, los lineamientos generales en torno al inicio del procedimiento, notificaciones, prueba, el laudo y los recursos se encuentran regulados en la parte especial de la Resolución N° 65/2018 de la Secretaría de Comercio.

Por su parte, el Decreto N° 276/1998 establece que los árbitros decidirán la controversia planteada según equidad,[50] a verdad sabida y buena fe guardada procurando una justa y equitativa composición de los intereses en juego, flexibilizando el rigor de las leyes y teniendo en vista la necesidad de morigerar aquellas cláusulas que, aplicadas estrictamente, puedan llevar a una violación del artículo 37 de la Ley de Defensa del Consumidor.[51] En palabras de Laquidara:

> … lo importante consiste en que la equidad no implica rechazar los criterios de derecho sino ampliarlos […] Esto significa que el árbitro de consciencia, a diferencia del árbitro de derecho, puede salirse cuando quiera de la carrera de la ley y recorrer la comarca a campo traviesa, con mayor libertad.[52]

De todas formas, el amigable componedor encuentra limitada su discreción, en tanto el laudo es el resultado buscado a través de un proceso contradictorio que para ser válido y ejecutable debe cumplir ciertas condiciones mínimas impuestas por el derecho vigente, como son la fundamentación misma del laudo y el marco procesal en que se desenvuelven.[53]

Sin embargo, las partes pueden –en caso de que el monto reclamado sea superior al que fije la Autoridad de Aplicación[54]– optar expre-

50. Decreto N° 276/1998, art. 7.

51. Argerich, Guillermo, "El arbitraje de consumo: un excelente método para resolver controversias", en *Revista Arbitraje*, N° 4, septiembre de 2014, pp. 13 a 19.

52. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso …*, *op. cit.*, p. 206.

53. Aguilar, Fernando; Caivano, Roque J., "Notas sobre el arbitraje de equidad o de amigables componedores", en *Jurisprudencia Argentina*, N° 11, 13/09/2006.

54. Secretaría de Comercio, Resolución N° 65/2018, art. 55: "En todos aquellos conflictos que se planteen ante el SISTEMA NACIONAL DE CONSUMO cuyo monto sea igual o superior a dos (2) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles, fijado por el Consejo Nacional

samente por un arbitraje de derecho, en cuyo caso todos los árbitros deberán tener título de abogado y reunir los requisitos establecidos por la autoridad de aplicación para ser árbitro. Las cuestiones relativas a este tipo de arbitraje se encuentran reguladas en la Sección II del Capítulo VI de la Resolución N° 65/2018 de la Secretaría de Comercio.

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, desde la creación del SNAC no se han registrado casos en los que las partes hayan decidido un arbitraje conforme a derecho.[55]

Ingresada la solicitud de arbitraje en los Tribunales Arbitrales de Consumo, junto con toda la documentación respaldatoria tendiente a acreditar el vínculo de consumo y el respectivo formulario, la Dirección Nacional de Comercio Interior puede rechazarla fundadamente, en casos en los que el arbitraje fuere inconducente o versare sobre cuestiones excluidas de la competencia del SNAC. En dicho supuesto, la autoridad procederá a la notificación de dicho rechazo y al consecuente archivo de las actuaciones. Si bien el rechazo será irrecurrible, quedan expeditas las vías administrativas y/o judiciales correspondientes.[56]

Otra situación que puede acontecer es que el proveedor no acepte el arbitraje. Como expusimos más arriba, una vez ingresado un formulario por el usuario o consumidor, aquellos proveedores que no se encuentren adheridos a la Oferta Pública de Adhesión al SNAC deberán aceptar el arbitraje por medio de la suscripción del formulario.[57] Vencido el plazo sin que se suscriba o rechazado aquel, se procederá a la remisión del expediente a la Autoridad de Aplicación establecida por la Ley N° 24240, correspondiente según su jurisdicción. En cualquiera de los dos supuestos queda expedita la vía judicial correspondiente.[58]

Ambas partes, al presentar el reclamo y al contestarlo, respectivamente, deben constituir domicilio especial dentro de la jurisdicción del Tribunal Arbitral de Consumo. En caso de omisión, se tendrá como constituido el domicilio en el indicado en el formulario de solicitud de arbitraje o en la Oferta Pública de Adhesión al SNAC. El proveedor

---

de Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, las partes podrán optar por el arbitraje de derecho conforme los términos del Artículo 7 del Decreto N° 276/98".

55. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso …*, *op. cit.*, p. 201.

56. Secretaría de Comercio, Resolución N° 65/201, art. 28.

57. Ibídem, art. 26.

58. Outon, Fernanda M., Comentario al artículo 59, en Tambussi, Carlos E., *op. cit.*, p. 396.

adherido a la Oferta Pública de Adhesión al SNAC será notificado dentro de los tres (3) días de admitida la solicitud de arbitraje de la existencia de la misma, a los efectos de que en el plazo de tres días de notificado proceda a elegir árbitro de su sector.[59]

Elegidos los árbitros, se procede a la conformación del Tribunal Arbitral que entenderá en el caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto N° 276/1998, que establece que

> Los Tribunales Arbitrales de Consumo se integrarán con tres (3) vocales, los que serán asistidos por un (1) Secretario, dos (2) vocales serán designados, uno (1) entre los representantes de las asociaciones de consumidores, el otro entre los representantes de las asociaciones empresariales, y el tercer miembro será designado entre los inscriptos en el Registro de Árbitros Institucionales. El cargo de Secretario del Tribunal será desempeñado por un agente de la Subsecretaria de Comercio Interior, dependiente de la Secretaria de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, con título de abogado, que será designado por el Tribunal.

Conformado el Tribunal Arbitral de Consumo, se procede a correr traslado a la parte reclamada, junto con la documentación aportada por el consumidor para que, dentro del plazo de diez (10) días contados desde la fecha de notificación del reclamo[60] presente su descargo y toda la prueba de la que intenta valerse.

Una vez contestado el reclamo o vencido el plazo para contestarlo, el Tribunal Arbitral de Consumo fijará la fecha para la celebración de la audiencia a fin de escuchar a las partes en un plazo máximo de diez (10) días. La audiencia es de carácter privado y confidencial, salvo que las partes expresamente acuerden que esta puede tener carácter público.[61]

Si por causa justificada la audiencia no pudiera llevarse a cabo, el Tribunal Arbitral de Consumo señalará por única vez una nueva fecha para su realización, y se desarrollará aun en caso de incomparecencia del consumidor y/o proveedor reclamado.[62]

59. Ibídem, p. 397.

60. Secretaría de Comercio, Resolución N° 65/2018, art. 44.

61. Ibídem, art. 48.

62. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso …*, *op. cit.*, p. 215.

La audiencia es oral, las partes pueden actuar por derecho propio o mediante representantes legales, y alegar todo lo que consideren necesario para la mejor defensa de sus intereses. En dicha audiencia, el Tribunal intentará la conciliación de las partes, la cual de producirse será homologada por aquel mediante el labrado de un acta. Incluso resultará conveniente que el árbitro fije plazos preclusivos para que las partes tengan la posibilidad de hacer todas las presentaciones que estimen pertinentes y, vencido dicho plazo, no puedan efectuar nuevas alegaciones, puesto que, de lo contrario, se advierte que la discusión llevada a consideración se tornaría muy extensa.

De igual manera, el árbitro será el encargado de delimitar la controversia traída al arbitraje y "*... una vez fijada la controversia, las partes quedan vinculadas sin que puedan introducir pretensiones diferentes*".[63]

En caso de no lograr la conciliación, el Tribunal notificará a las partes del auto para laudar[64] y dictará sin más trámite el laudo. En todos los casos, el laudo debe dictarse en el plazo máximo de quince (15) días hábiles, contados a partir de la fecha de finalización de la audiencia.[65]

En cuanto a las notificaciones, conforme lo dispone el artículo 31 de la Resolución N° 65/2018 de la Secretaría de Comercio, solo se notificarán personalmente, por cédula, por carta documento, por telegrama con constancia de recepción o por cualquier otro medio fehaciente, la solicitud de elección del árbitro reclamado, el traslado del reclamo, la citación a las audiencias, la apertura de la causa a prueba, el traslado de la prueba pericial y el laudo arbitral. Las demás decisiones del Tribunal Arbitral de Consumo quedarán notificadas por ministerio de la ley al día siguiente de su dictado o el primer día hábil siguiente.[66]

Con relación al desistimiento de la solicitud de arbitraje, corresponde en este punto mencionar que, si el consumidor quiere desistirla, deberá hacerlo –sin requerir la conformidad del proveedor– con

63. Álvarez Alarcón, Arturo, *El sistema español de arbitraje de consumo*, *op. cit.*, p. 226.

64. Nótese que este acto tendrá efectos asimilables a los establecidos en el art. 484 del CPCCN, el cual dispone que: "Desde el llamamiento de autos quedará cerrada toda discusión y no podrán presentarse más escritos ni producirse más prueba, salvo las que el juez dispusiese en los términos del artículo 36, inciso 4). Estas deberán ser ordenadas en un solo acto".

65. Secretaría de Comercio, Resolución N° 65/2018, art. 50.

66. Outon, Fernanda M., Comentario al artículo 59, en Tambussi, Carlos E (dir.), *op. cit.*, p. 398.

anterioridad a que se encuentre trabada la litis, pues si el proveedor ya ha sido notificado y ambas partes están interviniendo, el desistimiento pretendido requerirá la conformidad del reclamado.[67]

El laudo arbitral

El laudo es la emisión de la decisión que pone fin al conflicto y cuya decisión le es encomendada al árbitro por las partes, pues al dictarse el laudo estas quedan sujetas a su cumplimiento. De su lado, también están las decisiones interlocutorias, pero aquellas no son laudos sino, como ocurre en el marco de los procesos judiciales, operan como meras decisiones o actos de los árbitros entre las que se cita la admisión o rechazo de las pruebas.[68]

Así, si bien existen diversas resoluciones que pueden ser dictadas en el marco de un arbitraje, la única que es denominada "laudo" es aquella que pone fin al arbitraje y que –como se verá en el acápite referido a las "Impugnaciones contra el laudo"–, es susceptible de recurso de anulación, mientras que las demás resoluciones no pueden ser sometidas a dicho recurso. Como indicador cuantitativo, cabe poner de resalto que el total de laudos emitidos entre los años 1998 y 2012 alcanza a 8811.[69]

A la par, el laudo es también el acto con el que concluye la intervención de los árbitros, dado que su emisión implica dejar agotado su cometido y su jurisdicción, lo que determina una clara distinción entre las atribuciones de árbitros y jueces. Nótese en ese sentido que los jueces, al ser designados dentro del Poder Judicial –órgano del Estado– detentan una vocación de permanencia, cuya consecuencia directa es que su competencia e intervención en un caso no se agota con

67. Esto resulta ser conteste con lo dispuesto en el art. 304 CCyCN, el cual establece que: "En cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, las partes, de común acuerdo, podrán desistir del proceso manifestándolo por escrito al juez quien, sin más trámite, lo declarará extinguido y ordenará el archivo de las actuaciones. Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado notificándosele personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa".

68. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso…*, *op. cit.*, p. 236.

69. Ibídem, p. 327.

el dictado de la sentencia definitiva, pues luego comienza el proceso de ejecución de dicha sentencia. Los árbitros, contrariamente, poseen una jurisdicción cuyo nacimiento radica en una fuente convencional y limitada al caso, siendo las partes quienes crean la instancia y otorgan a los árbitros el carácter de jueces.[70]

La novedad introducida en el ordenamiento normativo: los arbitrajes electrónico y turístico

El Capítulo VI de la Resolución N° 65/2018 de la Secretaría de Comercio establece los distintos tipos de procesos arbitrales: de amigables componedores, de derecho, electrónico y turístico.

Así, la citada norma introdujo novedades en cuanto a la regulación de los arbitrajes electrónicos y turísticos, ya que consideró la dinámica cambiante de las relaciones de consumo y la experiencia acaecida en el arbitraje consumeril, situación que obligó al organismo a readecuar la normativa vigente en la materia.

En relación con el arbitraje electrónico, cabe decir que la norma lo define como aquel arbitraje –de amigables componedores o de derecho– que se sustancie enteramente por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación deba practicarse en forma presencial.[71] Ahora bien, en caso de que el arbitraje decida efectuarse de manera electrónica, el Tribunal arbitral será unipersonal conforme lo dispone el artículo 61 de la citada resolución, aunque, excepcionalmente, y en supuestos de complejidad del caso planteado, la norma autoriza que aquel Tribunal sea colegiado.

Sobre este aspecto, resulta interesante destacar que, para los casos de laudos arbitrales electrónicos, el árbitro –una vez vencido el plazo para que el proveedor presente su descargo y no existiendo conciliación entre las partes ni consecuente laudo homologatorio– deberá dictar el laudo en lo inmediato o, en un plazo que no exceda de cinco (5) días hábiles de concluida la audiencia.[72] Para los casos de

70. Ibídem, p. 238.

71. Secretaría de Comercio, Resolución N° 65/2018, art. 59.

72. Ibídem, art. 63.

Tribunales arbitrales colegiados, la norma autoriza que dicho plazo sea de quince (15) días.

Sin embargo, seguidamente se autoriza la prórroga a pedido del árbitro, la cual no podrá ser mayor a treinta (30) días y siempre que la producción de pruebas fuera necesaria.[73]

En relación con el arbitraje turístico, hay que señalar que su procedimiento se regirá por principio con las normas establecidas en la Sección I, Capítulo VI de la parte especial y, excepcionalmente, cuando por razones temporales no puedan ser resueltos mediante dichas reglas, se aplicarán los artículos 65 a 74 de la resolución. El artículo 66 establece que aquel será un arbitraje de amigables componedores –a diferencia de lo que sucede con los arbitrajes electrónicos, los cuales conforme fuera señalado más arriba podrán ser de amigables componedores o de derecho– con un Tribunal Arbitral de Consumo unipersonal y que, excepcionalmente y por exclusiva complejidad del caso planteado, el tribunal podrá ser colegiado (esto resulta ser idéntico a lo fijado para los arbitrajes electrónicos).

Vencido el plazo para que el proveedor presente su descargo y no existiendo conciliación entre las partes ni consecuente laudo homologatorio, deberá dictarse el laudo en lo inmediato, dentro de las siguientes veinticuatro (24) horas de concluida la audiencia,[74] sin que la norma autorice prórroga alguna.

Por último, en materia de arbitrajes turísticos deberán contemplarse los distintos convenios que la Secretaría de Comercio hubiere suscripto con otras jurisdicciones y organismos afines, ello con el objeto de atender a las cuestiones relativas a los plazos, intervención de árbitros y demás cuestiones relacionadas con su implementación allí acordadas.[75]

Impugnaciones contra el laudo

En lo que atañe a la posibilidad de impugnar el contenido y alcance del laudo emitido por un Tribunal Arbitral de Consumo, cabe atender a lo dispuesto en el Capítulo V de la Resolución N° 65/2018 de la Secretaría

73. Ibídem, art. 64.

74. Ibídem, art. 73.

75. Ibídem, art. 74.

de Comercio. Allí se discriminan los mecanismos de impugnación según se trate de un laudo de amigables componedores o bien de derecho.

De esta manera, el artículo 39 establece que contra el laudo arbitral de amigables componedores y de derecho podrá interponerse recurso de aclaratoria ante el Tribunal Arbitral de Consumo. Dicho recurso debe presentarse y fundarse dentro de los cinco (5) días de notificado el laudo.

Cabe aclarar que este recurso suspenderá el plazo para deducir la acción o el recurso de nulidad. Resuelto y notificado el mismo, se reiniciará el plazo para interponer la acción o el recurso correspondiente.

A su vez, el artículo 40 dispone que contra el laudo arbitral de amigables componedores procederá la acción de nulidad, la que debe ser promovida y fundada dentro de los cinco (5) días de notificado el laudo ante el Juzgado de Primera Instancia que fuere competente en razón de la materia con jurisdicción en el lugar de asiento del Tribunal Arbitral de Consumo.

Finalmente, el artículo 41 establece que contra el laudo arbitral de derecho podrá interponerse recurso de nulidad, el cual deberá ser interpuesto y fundado dentro de los cinco (5) días hábiles de notificado el laudo ante la Cámara de Apelaciones que fuere competente en razón de la materia con jurisdicción en el lugar de asiento del Tribunal Arbitral de Consumo. En su caso, el recurso de nulidad se concederá con efecto devolutivo.

En concreto, en materia recursiva resulta tener especialmente en cuenta tanto el plazo como el órgano ante el que debe interponerse la impugnación.

En ese sentido, sintéticamente, cabe concluir, por un lado, que el recurso de aclaratoria procede contra el laudo de amigables componedores como de derecho, y aquel debe presentarse y fundarse ante el Tribunal Arbitral de Consumo dentro de los cinco (5) días hábiles de notificado el laudo. Y, por otro lado, que el recurso de nulidad procede también contra ambos tipos de laudos, aunque la diferencia radica en que en el caso de laudo de amigables componedores se interpone y funda dentro de los cinco (5) días hábiles de notificado el laudo ante el Juzgado de Primera Instancia con competencia en razón de la materia donde tenga radicación el Tribunal Arbitral de Consumo, mientras que el supuesto de laudo de derecho se interpone y funda en igual

plazo pero ante la Cámara de Apelaciones con competencia en razón de la materia donde tenga radicación el Tribunal Arbitral de Consumo, cual si se tratara de un recurso directo.

En este punto conviene señalar que atento al carácter sensible de la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial, si bien el juez se encontrará facultado para declarar la nulidad de un laudo, no le corresponderá pronunciarse con relación al fondo de la cuestión.[76] La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha establecido que su intervención:

> … solo está prevista para el caso de recursos de nulidad de arbitrajes de derecho; mas en casos de nulidad de un laudo dictado por el tribunal arbitral de consumo, tramitado por el procedimiento de amigables componedores, debe conocer el juez de primera instancia, máxime cuando –como en el caso– los árbitros manifestaron expedirse según equidad, lo cual descarta la existencia de arbitraje de derecho.[77]

Jurisprudencia relacionada

A continuación, ofrecemos una reseña jurisprudencial en relación con distintos arbitrajes de consumo que han tenido lugar desde la entrada en vigencia del SNAC. Estimamos valioso analizar los lineamientos fijados en ellos, puesto que resultan de utilidad para ilustrar las consideraciones que toman en cuenta los operadores del sistema para fundar sus decisorios, a la par que coadyuvan a comprender más acabadamente el funcionamiento de este instituto.

Comenzaremos, entonces, por reseñar diversas decisiones dictadas por Tribunales Arbitrales de Consumo y, luego, haremos lo propio con impugnaciones realizadas a distintos laudos, que tuvieron trámite ante el Poder Judicial.

El primer caso[78] tramitó un reclamo formulado contra una empresa por el cual los reclamantes exigían la cancelación del contrato que los unía con las reclamadas y la restitución de todo el dinero abonado,

76. Laquidara, José L., *Arbitraje de consumo. Acceso…*, *op. cit.*, p. 247.

77. CNCom. Sala E, "Sol Club Vacation S.A. c/ Tribunal Arbitral de Consumo", 08/05/2000.

78. TAC, 20/10/1998, Expediente Nº 0941/98, *LL* 1999-B-439. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/2881/1998).

el cese de los débitos automáticos por las tarjetas Visa y Mastercard, debido a que no se hizo ni se iba a hacer uso del tiempo compartido.

Admitida la solicitud de arbitraje en equidad se fijó la audiencia prevista en el artículo 18 de la entonces vigente Resolución N° 212/1998, a la que concurrieron ambas partes y, en presencia del Tribunal Arbitral, se invitó a las mismas a conciliar, lo cual no fue posible. En efecto, la reclamante ratificó su reclamo, agregando que su principal interés era la rescisión del contrato, estando dispuesta a resignar los montos que efectivamente había abonado a las tarjetas de crédito Visa y Mastercard consistentes en las siete (7) primeras cuotas del anticipo. A su vez, la reclamada formuló descargo rechazando parcialmente el reclamo y expresando que aceptaba la rescisión del contrato, pero siguiendo la letra de este, en cuanto disponía que los valores recibidos quedarían para la vendedora en concepto de indemnización. En oportunidad de la audiencia ratificó el descargo exponiendo las razones por las cuales le resultaría imposible acceder a restituir el anticipo o parte de él.

En definitiva, el contradictorio se centraba en el monto indemnizatorio pretendido por la reclamada y el reconocido por la reclamante, el cual resultaba sustancialmente menor a aquel.

El Tribunal Arbitral de Consumo consideró que, a los fines de una correcta y equitativa solución, había que tener presente que del contrato surgía que este tenía, como mínimo, duración hasta el año 2096, lo cual excedía con creces la expectativa de vida natural de los contratantes; que el monto comprometido como anticipo, que ascendía a la suma de pesos cuatro mil ciento veinte ($ 4120) equivalía a casi el 39% del total del contrato, que si bien no se había acreditado la existencia de incumplimiento alguno por parte de la reclamada, también era cierto que los reclamantes no habían hecho uso del derecho contratado y que, finalmente, el contrato se suscribió en febrero de 1998, por lo que habían transcurrido poco más de ocho (8) meses de aquel momento, lo que resultaba insignificante a la luz de la extensión del contrato señalada arriba.

En esa inteligencia, el Tribunal sostuvo:

> Los árbitros deben resolver a verdad sabida y buena fe guardada, procurando una justa y equitativa composición de los intereses en juego, flexibilizando el rigor de las leyes al juzgar y teniendo en vista la necesidad de morigerar aquellas cláusulas que, aplicadas estrictamente, puedan llevar

a una violación del art. 37 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), en tanto su utilización sea abusiva e implique una renuncia o restricción de los derechos del consumidor ampliando los de la otra parte.

Un segundo precedente[79] versó acerca del reclamo por cancelación del contrato en un complejo turístico y la restitución de todo el dinero abonado.

La solicitud fue admitida como arbitraje en equidad y se fijó la audiencia prevista en el artículo 18 de la entonces vigente Resolución N° 212/1998, a la que concurrieron las partes y en la que no fue posible conciliar. Durante la audiencia los reclamantes ratificaron lo solicitado en oportunidad de requerir el arbitraje en equidad, manifestando, a su vez, que solicitaban el reintegro del cupón por la suma de dólares estadounidenses un mil novecientos ochenta y cinco (U$S 1985) que entregaron, y rechazaron la retención pretendida por la reclamada.

Por su lado, la parte reclamada, si bien aceptó la rescisión del contrato, reclamó –conforme lo estipulaban las cláusulas 2ª y 4ª del contrato– la retención de la suma dada en concepto de seña.

El Tribunal Arbitral de Consumo estimó que a los fines de una correcta y equitativa solución debía atenderse que del contrato acompañado surgía que este tenía, como mínimo, duración hasta el año 2090, lo cual excedía con creces la expectativa de vida natural de los contratantes; que el monto comprometido como anticipo, que ascendía a la suma de dólares estadounidenses un mil novecientos ochenta y cinco (U$S 1985) equivalía aproximadamente al 25% del total del contrato; que si bien no se había acreditado la existencia de incumplimiento alguno por parte de la reclamada, no era menos cierto que los reclamantes no habían hecho uso del derecho contratado y que, finalmente, el contrato se suscribió el 28/08/1998, por lo que habían transcurrido poco más de dos (2) meses de aquel momento, lo que resultaba insignificante a la luz de la extensión del contrato señalada arriba.

Asimismo, consideró que debía tenerse presente que la rescisión restituiría al reclamado el libre uso de la semana cedida, lo que exhibía, entonces, que toda su pérdida fue la indisponibilidad de dicha semana durante el año en que cursaba el reclamo, más los eventuales gastos

79. TAC, 24/11/1998, Expediente Nº 01242/98, *LL* 1999-D-554. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/1215/1998).

administrativos y de gestión que pudieron haber tenido. A la par, tuvo en cuenta que el reclamante entregó a la reclamada, para afrontar el pago de la seña y a cuenta de precio, un cupón de tarjeta de crédito VISA, por la suma indicada arriba.

Así las cosas, el Tribunal Arbitral de Consumo resolvió rescindir –en virtud de lo establecido en el art. 37, inc. b) de la Ley N° 24240– el contrato por el cual se cedía hasta el año 2090 el libre uso de una semana en un complejo turístico, pues tal lapso excedía con creces la expectativa de vida natural de los contratantes y su utilización devendría abusiva al implicar una renuncia o restricción de los derechos del consumidor ampliando los de la otra parte. En concreto, sostuvo:

> En mérito de lo dispuesto por la ley 24.240 y en orden a la naturaleza propia del arbitraje en equidad, conforme a la cual los árbitros deben resolver 'a verdad sabida y buena fe guardada', procurando una justa y equitativa composición de los intereses en juego y flexibilizando el rigor de las leyes al juzgar, teniendo en vista la necesidad de morigerar la severidad de la cláusula 4ª del contrato de fs. 6/13 la que, aplicada estrictamente, puede llevar a una violación del art. 37 de la ley 24.240 en cuanto su utilización devendría abusiva al implicar una renuncia o restricción de los derechos del consumidor ampliando los de la otra parte (inc. 'b', norma citada).

A la vez, estimó equitativo *"morigerar los términos de la cláusula cuarta del citado contrato, fijando como indemnización a favor de la reclamada la suma de dólares estadounidenses ochocientos cincuenta (U$S 850)"*, por lo que habiendo ya percibido la reclamada el cupón de tarjeta de crédito VISA, por la suma de dólares estadounidenses un mil novecientos ochenta y cinco (U$S 1985), ordenó a esta que restituya al reclamante la suma de dólares estadounidenses un mil ciento treinta y cinco (U$S 1135) dentro de los diez (10) días de quedar firme el laudo.

Un tercer precedente[80] tramitó ante el Tribunal Arbitral de Consumo el 03/12/1998; en el reclamo, dirigido contra una firma, se exigía la devolución de la suma de pesos mil trescientos ($ 1300) ante el eventual incumplimiento de esta, del contrato de gestión de crédito para la adquisición de una Camioneta Saverio modelo 94 Gasolera, y la rescisión contractual.

80. TAC, 03/12/1998, Expediente Nº 01220/98, *LL* 1999-E-491. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/3482/1998).

La solicitud fue admitida como arbitraje en equidad y se fijó la audiencia prevista en la entonces vigente Resolución N° 212/1998, a la que no concurrieron las partes, pese a encontrarse debidamente notificadas. Así las cosas, fracasada la instancia conciliatoria, y no teniendo en vista el Tribunal Arbitral de Consumo ninguna causa justificada que ameritase la suspensión de la audiencia fijada, procedió a emitir el correspondiente laudo.

De esta manera, el Tribunal tomó en cuenta que la empresa no hizo uso del derecho de descargo en su favor por lo que se verificaron dos circunstancias concretas: la no contestación del traslado conferido y la incomparecencia a la audiencia fijada. A su vez, no existía constancia en el expediente que desvirtuase la pretensión de la parte reclamante, puesto que no obraban elementos que corroborasen el cumplimiento de la empresa reclamada de las obligaciones a su cargo –ya sea de la entrega del auto o la gestión tendiente a obtener un crédito–.

En ese sentido, el Tribunal sostuvo:

> En orden a la naturaleza propia del arbitraje en equidad, los árbitros deben resolver a verdad sabida y buena fe guardada, procurando una justa y equitativa composición de los intereses en juego y flexibilizando el rigor de las leyes al juzgar.

En tal inteligencia, entendió que había mediado incumplimiento por parte de la reclamada de las obligaciones asumidas en la operación concertada con el reclamante, por lo que no correspondería se abonara suma alguna por los conceptos pretendidos conforme el sello impuesto en los recibos extendidos en oportunidad de concertar dicha contratación.

Por otro lado, en diciembre de 1998[81] se resolvió un reclamo dirigido contra una entidad bancaria por un error en la cotización, ante la venta de acciones solicitada al Banco por la reclamante, y que, según criterio de esta, le había causado un perjuicio económico que solicitaba fuera resarcido.

La reclamada contestó el reclamo una vez que le fue corrido el traslado pertinente y manifestó que, si bien había mediado un error en la cotización por parte del Banco ante el pedido de venta de las acciones del reclamante –lo que implicó que se le acreditara en la cuenta del re-

81. TAC, 18/12/1998, *LL* 1999-E-490. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/3481/1998).

clamante un importe mayor al correspondiente–, según la cotización de las acciones vendidas en el mercado de valores, posteriormente, y ante la explicación de los sucesos al cliente, este procedió a devolver la suma en exceso entregada. Por otra parte, alegó que no le constaba el perjuicio invocado por el reclamante en su presentación.

Posteriormente, se fijó la audiencia prevista en el artículo 18 de la entonces vigente Resolución N° 212/1998, compareciendo ambas partes y sin que pudiera llegarse a un acuerdo.

Así planteados los hechos, el Tribunal consideró que ambas partes habían reconocido que había mediado un error en la cotización suministrada por el Banco y que, sobre la base de dicho error, y con la finalidad de resolver la cuestión planteada y ante una propuesta realizada por la firma, el reclamante procedió –como hecho novatorio operado en el seno de la relación contractual entre las partes–, a devolver la totalidad de la suma acreditada en su cuenta y a recibir nuevamente los títulos valores vendidos. A la par, conforme se seguía de la presentación del reclamante, la pretensión deducida se había referido a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por el error cometido por la firma en la cotización suministrada al reclamante.

Dicho ello, el Tribunal rechazó de manera unánime el planteo formulado por el reclamante por ponderar que

> Toda vez que la reclamada se ha sujetado a la jurisdicción de este tribunal con la condición [de] que el mismo no se expida por los daños y perjuicios derivados de la operación realizada, pierde entidad la presentación efectuada ante este tribunal, ya que la acción de daños debería ser incoada ante el Poder Judicial, por lo tanto, no corresponde hacer lugar a la pretensión deducida.

En otro caso, a principios del año 1999, el Tribunal Arbitral de Consumo tramitó un reclamo[82] formulado contra una firma, a través del cual se requería la devolución de las sumas abonadas en concepto de reparación de un televisor marca Philips, más una suma de pesos cincuenta ($ 50) en concepto de daños y perjuicios.

La solicitud fue admitida como arbitraje en equidad y se fijó la audiencia prevista por el artículo 32 de la entonces vigente Resolución

82. TAC, 11/02/1999, Expediente N° 063-0019/99, *LL* 2000-B-101. Disponible en *LL online* (referencia: AR/JUR/4427/1999).

N° 212/1998, a la que concurrió solamente el reclamante. En ese mismo acto se escuchó a la parte presente, quien manifestó que el 31/03/1998 llevó un televisor a reparar a la empresa de la reclamada. Habiéndose apersonado al local de la requerida en varias oportunidades a fin de retirar el aparato, este presentaba defectos de imagen y sonido, motivo por el cual no lo retiró sino hasta el día 23/05/1998, fecha en la que abonó la suma de pesos noventa y cinco ($ 95). Luego comprobó que el televisor seguía funcionando en forma defectuosa y lo llevó nuevamente al mismo *service*. Tras concurrir infructuosamente innumerable cantidad de veces sin que pudiera advertir cambios en el funcionamiento del aparato, finalmente, lo retiró el día 31/12/1998.

Luego de este relato, el árbitro institucional dispuso el pase de las actuaciones a resolver.

La empresa reclamada –a pesar de haberse encontrado debidamente notificada– no efectuó descargo alguno ni se presentó a la audiencia, lo que evidenciaba un desinterés en resolver el conflicto con el reclamante.

En ese entendimiento, el Tribunal tuvo por acreditada la relación contractual de las partes intervinientes, conforme presupuesto obrante a fojas 6 y factura de fojas 7, y por ciertos los dichos del reclamante.

Como la reclamada aceptó el sometimiento de este litigio al SNAC rechazando toda indemnización por daños y perjuicios que el Tribunal Arbitral de Consumo pudiera fijar, según constaba a fojas 4, en equidad el Árbitro Institucional de Consumo laudó únicamente ordenar a la empresa reclamada a entregar al reclamante la suma de pesos noventa y cinco ($ 95) en dinero en efectivo en concepto de devolución de las sumas abonadas por el reclamante.

En definitiva, la doctrina que emana de este laudo da cuentas de que, si la reclamada aceptó someter el litigio al SNAC, rechazando la indemnización por daños y perjuicios que el Tribunal de Consumo pudiera fijar, ante su incomparecencia cabe tener por ciertos los dichos del reclamante.

Continuando con la reseña, pero ya en lo que atañe a los procesos que tramitaron en sede judicial, cabe mencionar los siguientes. A saber.

En un caso[83] que tramitó por vía de queja ante la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, en virtud de lo decidido en el expediente tramitado ante el Ministerio de Economía (Subsecretaría de Defensa del Consumidor), el Sr. Raúl Jorge Stedile pretendió impugnar un laudo arbitral.

La Sala sostuvo que

> De conformidad con lo normado por el decreto 276/98:16, la intervención de las Cámaras de Apelaciones, solo está prevista para el caso de recursos de nulidad de arbitrajes de derecho; mas en caso de nulidad de un laudo dictado por el Tribunal Arbitral de consumo, debe conocer el juez de primera instancia, máxime cuando los árbitros –fs. 40/3 del expediente administrativo– manifestaron que se expedían según su buen saber, entender y en equidad, lo que descarta la existencia de un arbitraje de derecho –Cód. Proc. 766– CNCom. Sala E "Sol Club Vacation S.A. c/Tribunal Arbitral de Consumo" del 8/5/2000).

Por tales razones se desestimó la queja, ya que como correctamente fuera decidido en el expediente administrativo, no cupo presentar el recurso de nulidad por ante el Tribunal Arbitral.

En otro precedente, la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dictó sentencia el 14/12/2004 en una causa[84] incoada a los fines de obtener la anulación de un laudo pronunciado el 09/02/2000 por un Tribunal Arbitral de Consumo, constituido por los árbitros Martín Schmukler, Horacio Enrique Hermanoff y Vicente Luis Lorenzo. La actora atribuyó al laudo el vicio de haber considerado y decidido en materia que había estado sujeta a una acción judicial concluida.

La sentencia de primera instancia –pronunciada el 02/04/2004– evaluó la pretensión y declaró nulo ese laudo. Para así decidir, estimó que el laudo habría comprendido dos créditos que antes habían sido objeto de sendos procesos judiciales ejecutivos, y que ello los excluiría de la capacidad de conocimiento y decisión del órgano arbitral, tal como prescribe el artículo 2 del Decreto N° 276/98. A su vez, la impugnación formulada en la expresión de agravios de la defensa atribuyó a la decisión apelada haber excedido el límite de la potestad judicial

83. CNCom., Sala A, "Stedile, Raúl Jorge c/ Crucero del Norte SRL s/ Queja", Expediente N° 30458/05, 03/11/2005.

84. CNCom., Sala B, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Orfila, Dora del Carmen s/sumario", 14/12/2004.

invalidatoria de laudos arbitrales enunciado por el artículo 771 del CPCCN, limitándola al laudo pronunciado sobre puntos no comprometidos, así como al laudo pronunciado fuera del término para emitirlo, contingencia esta ajena a la causa presente.

Llegados los autos a la Sala, el voto de la Dra. María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero advirtió que el texto del laudo carecía de la firma de uno de los tres árbitros: el contador Vicente Luis Lorenzo.

En ese sentido, la magistrada sostuvo:

> La omisión de firma en situaciones en las cuales una regla legal exija instrumento escrito, constituye una carencia insustituible cuyo efecto reside en la invalidez calificada como inexistencia, del acto contenido en ese instrumento (art. 988 principalmente para esta causa, y arts. 975, 1001/1004 y 1012 C.Civil para diversos supuestos).

Y, asimismo, añadió que

> El laudo arbitral necesita de la firma de sus integrantes. El art. 59, cap. XV, Arbitraje, de la ley 24.240 delega la organización de los Tribunales Arbitrales a la autoridad de aplicación, y el decreto 276/1998 no [...] exime de forma escrita al laudo, por lo cual derivo aplicables las disposiciones genéricas del Código Civil sobre la forma de los instrumentos que exigen la escritura.

Finalmente, agregó:

> La carencia de firma de uno de los miembros que debió integrar el tribunal arbitral no resulta excusable conforme lo expresado precedentemente, por exceder la entidad de esos fenómenos, pues determina que debe reputarse inexistente aquellos que necesitó ser firmado para constituirse como acto de derecho.

Por tales razones, con adhesión de los Dres. Piaggi y Butty a su voto, se confirmó la sentencia de la anterior instancia que había anulado el laudo arbitral, y se impuso que las costas de ambas instancias fueran soportadas en el orden causado.

Por otra parte, en el marco de la causa "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Lucero, Blanca Nieve s/ sumario",[85] la entidad financiera promovió demanda contra Blanca Nieve Lucero, con el fin de obtener

85. CNCom., Sala D, "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Lucero, Blanca Nieve s/ sumario", Expediente N° 15.156/02, 16/11/2007.

la declaración de nulidad del laudo dictado por el Tribunal Arbitral de Consumo, el 25/02/2002, encuadrando su pretensión en el marco de la acción de nulidad prevista por el artículo 15 del Decreto N° 276/98.

El laudo en cuestión había hecho lugar al reclamo de la señora Lucero y tuvo por "cancelada" una deuda que esta mantenía con el Banco, aunque la aquí demandada y allí pretensora había desconocido tener.

La entidad bancaria fundó su acción de nulidad sobre la base de dos argumentos: a) el procedimiento incursionó en el estudio de una contratación que luego derivó en un juicio ejecutivo, causal excluyente de esta vía conforme lo determina el artículo 2, inciso a, *in fine* del señalado decreto; y b) el laudo fue arbitrario, en tanto careció de apoyatura en derecho, e injusto. Solo tuvo basamento en la opinión del árbitro.

La demandada, al contestar la acción, pidió el rechazo de la pretensión de la contraria, y además reconvino, reclamando del Banco la rendición de cuentas a fin de que fueran computados los pagos por ella realizados sobre la deuda original a efectos de obtener la liberación total de todo reclamo de la aquí actora respecto de las operaciones que dieron motivo al laudo. Dicha reconvención fue contestada por la entidad bancaria.

La sentencia de primera instancia rechazó la declaración de nulidad propugnada por el Banco. Asimismo, rechazó la reconvención deducida por la señora Lucero por estimar que el laudo había satisfecho íntegramente lo reclamado por esta vía.

La sentencia fue apelada exclusivamente por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, quien expresó sus agravios y fueron contestados por la contraria.

Arribados los autos a la Sala, del voto del Dr. Gerardo G. Vassallo se sigue que, según resultaba nítido de las actuaciones administrativas, aquellas habían sido iniciadas por una solicitud de la señora Lucero en donde requería un "arbitraje en equidad". Conforme lo preveía el último párrafo del artículo 9 de la entonces vigente Resolución N° 212/1998 de la Secretaría de Comercio, Industria y Minería que reglamentaba el Decreto N° 276/1998, el trámite fue encauzado mediante el procedimiento llamado "especial" regulado por los artículos 28 y siguientes de aquella resolución (capítulo XI). Ello fue expresamente decidido sin que ninguna de las partes que allí comparecieron lo objetase. Por ello, la presencia de un solo árbitro fue consecuencia de lo allí dispuesto.

Sin perjuicio de lo dicho, ese procedimiento fue claramente identificado en la sentencia de primera instancia, conclusión que no fue objetada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, en su extensa y pormenorizada expresión de agravios. Si bien el citado artículo 9° preveía que fueran las partes las que, frente a la indeterminación del monto del reclamo, definieran el procedimiento a aplicar, este presunto vicio no había sido alegado por el Banco al plantear la nulidad.

En este marco, aquella resolución administrativa atendía que, en forma supletoria a lo dispuesto en su ya citado capítulo XI, serían aplicables a este procedimiento especial las reglas previstas para el arbitraje de amigables componedores (art. 29), como también destacó la sentencia.

En definitiva:

> Se trató de un arbitraje que derivó en un laudo dictado por un árbitro único según equidad y, por ello, conforme su leal saber y entender. Y frente a esta decisión, que ha sido dictada con las pautas ya expresadas, no ha sido previsto recurso de apelación ante tribunales judiciales, o de otro tipo que permita a la alzada a ingresar en el fondo del asunto.

Al igual que lo que ocurre en la legislación procesal civil y comercial, el artículo 35 de la entonces vigente Resolución N° 212/1998, el laudo solo era atacable mediante la acción de nulidad, vía que fue utilizada por el Banco, como él mismo la califica al titular de tal modo en su escrito de demanda. Así, conforme lo dispone el artículo 16 del Decreto N° 276/1998, tal procedimiento impugnativo debía ser incoado ante el juez que fuera competente en razón de la materia con jurisdicción en el lugar de asiento del Tribunal Arbitral de Consumo.

Así las cosas, el magistrado reflexionó que

> Tanto el mentado decreto como su reglamentación no contienen previsión expresa en punto a si sería admisible un nuevo recurso, esta vez de apelación, como ocurriría con una actuación judicial autónoma, frente a la decisión definitiva del Juez de primera instancia. O si la posibilidad de impugnar el laudo queda concluida con aquella decisión del magistrado judicial.

Por tales razones, la respuesta debía ser buscada en la regulación procesal del juicio de amigables componedores, normativa que la antigua Resolución N° 212/1998 en su artículo 29, establecía como de aplicación supletoria al procedimiento especial del capítulo XI. En efecto, el

artículo 771 del Código adjetivo, que regula la acción de nulidad de un laudo emitido dentro de un juicio de amigables componedores, prevé que la resolución dictada por el juez no será susceptible de recurso alguno.

En ese sentido, agregó:

> Así, al igual que lo establecido para este juicio, para impugnar el laudo del tribunal de arbitraje de consumo existe una única vía de impugnación prevista cual es la acción de nulidad. Y en ese caso la norma prevé como 'tribunal de alzada', bien que con una competencia acotada a meritar la regularidad de aquel proceso, al juez de primera instancia de la materia discutida y con sede en el ámbito territorial del arbitraje de consumo.

De allí que, agotado este camino, la cuestión debía entenderse pasada en autoridad de cosa juzgada (conforme lo establecido en el art. 1° del Decreto N° 276/98), en tanto el nulidicente ejerció la única vía de impugnación prevista por la norma específica.

Por tales motivos, el magistrado estimó que el recurso de apelación deducido por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que generó la intervención de la Sala, debía ser declarado como mal concedido, opinión que fue compartida por sus colegas, Dres. Juan José Dieuzeide y Pablo Damián Heredia. Las costas de esa instancia fueron impuestas al Banco perdidoso.

Por último, en los autos "Tur, José y otros c/ Juliá Tour S.A. y otro s/ordinario",[86] el actor interpuso demanda por incumplimiento del contrato de viaje contra la agencia de viajes y el intermediario.

La sentencia de primera instancia rechazó la acción por cuanto juzgó que el laudo dictado por el Tribunal de Arbitraje de Consumo que desechó el reclamo proyectaba aquí los efectos de la cosa juzgada.

La Sala entendió que

> … aun cuando en la contestación de demanda no se hubiera mencionado la existencia del decisorio dictado por el Tribunal Arbitral, ello no obsta a su ponderación máxime cuando, como ocurrió en la especie, la parte actora ofreció –para sustentar la posición asumida en el escrito inaugural– las constancias de lo actuado en aquella sede.

86. CNCom., Sala F, "Tur, José y otros c/Juliá Tour S.A. y otro s/ordinario", Expediente Nº 48537/2007, 07/05/2013. Disponible en *elDial.com online* (referencia: AG30AD).

Por otro lado, agregó que

> Resulta improcedente el argumento de los accionantes de que la accionada no invocó expresamente en su contestación de demanda la existencia del laudo dictado por el Tribunal Arbitral de Consumo para sostener el rechazo de la acción, concluyendo que la primera sentenciante violó el principio de congruencia. De lo expuesto se desprende que aun cuando no en forma contundente y específica la defendida ha aludido a la existencia de aquellas actuaciones como argumento defensivo tendiente al rechazo de la acción, consecuentemente, ha de concluirse que no existió en el caso violación alguna al principio de congruencia. Adicionalmente y desde otra perspectiva conceptual, debe puntualizarse que tal imputación carece de toda virtualidad, pues la cosa juzgada reviste carácter de orden público (conf. CSJN: 330:2964).

Por tales razones, la Sala confirmó la resolución que rechazó la acción por incumplimiento del contrato.

Conclusiones

La protección estadual de los derechos de usuarios y consumidores hace gala del respeto a la dignidad humana, en tanto que, cuando a ellos nos referimos, no hablamos de otra cosa que de derechos humanos.

Tanto los procedimientos administrativos como los procesos judiciales donde se imbrican estos derechos, se estructuran sobre un pilar básico que otorga sentido a todo el sistema jurídico relativo a la materia. Dicho pilar se erige sobre la desigualdad sustantiva y estructural que pervive en la relación contractual que vincula a usuarios y/o consumidores, con los proveedores de bienes y/o servicios.

En ese contexto, consumidores y usuarios se hallan atrapados en una relación de debilidad, ya sea que esta obedezca a la falta de información o a la menor cuantía de sus reclamos, entre otras cuestiones. Por ello, se vuelve indispensable instituir mecanismos de intervención niveladora por parte del Estado para evitar las injusticias que de la propia naturaleza del vínculo contractual asimétrico puedan derivarse.[87]

87. Galeazzi, Mariela y Verbic, Francisco, "Acciones colectivas y beneficio de justicia gratuita", *LL*-2014-E-462.

No caben dudas en cuanto a que la implementación del SNAC ha sido una consecuencia directa de la necesidad de garantizar los derechos de usuarios y consumidores reconocidos constitucionalmente mediante la reforma de nuestra Ley Fundamental en el año 1994.

El cuerpo normativo emanado de la Ley N° 24240, el Decreto reglamentario N° 1798/94 y la Resolución N° 65/2018 ofrecen, así, un marco institucional orientado a alcanzar una solución extrajudicial de los conflictos suscitados en las relaciones de consumo.

Este marco institucional que instituye el mecanismo de arbitraje implementado a través del SNAC exhibe sus bondades al generar una instancia de solución de conflictos donde las partes asumen un rol protagónico para gestionar –de la mejor manera que entiendan– sus intereses, sin necesidad de tener que acudir a la justicia en procura de una sentencia que ponga fin al diferendo.

La clave para pronunciarnos en favor de este instituto reposa, como señalamos a lo largo de este comentario, en las características que lo constituyen. Especialmente, en la celeridad, la voluntariedad, la contradicción e igualdad de las partes, y la gratuidad –con las modulaciones que ya expresamos–.

Auguramos, por tanto, de manera prospectiva, un mayor y exhaustivo desarrollo de este mecanismo de solución de controversias que, hasta ahora, ha mostrado resultados favorables pero que, de acuerdo con las necesidades cambiantes de la vida cotidiana, podría requerir de ajustes que lo tornen aún más eficaz en pos del cumplimiento de los fines por los que ha sido instituido.

TÍTULO III
Disposiciones finales

CAPÍTULO XVI
Educación al consumidor

Artículo 60. Planes educativos*

Incumbe al Estado nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las provincias y a los Municipios, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, arbitrando las medidas necesarias para incluir dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de esta ley, así como también fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la participación de la comunidad en ellas, garantizando la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas.

(Artículo sustituido por art. 30 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

La "educación al consumidor" puede explicarse tanto como el proceso de aprendizaje que busca dotar a las personas de las herramientas necesarias para tomar decisiones informadas sobre sus compras y consumos, como una acepción más del nombrado "derecho a la educación". Su revisión bibliográfica aporta una llamativa corriente doctrinaria, centrada en Estados Unidos, donde suele solaparse con la "educación económica", la cual se centra en la toma de decisiones relacionada con la administración personal del dinero.1

En Argentina, este proceso está regulado en el título XVI de la Ley N° 24240 que establece que los consumidores tienen derecho a "ser informados sobre los bienes y servicios que se les ofrece en el mercado, en forma cierta, clara y detallada".

Esta ley dota de contenido tanto el derecho del consumidor a poder ejercer de forma consiente su consumo, como su contracara: la obligación del Estado de garantizar este derecho.[2]

---

* Comentario sobre los artículos 60 a 62 por Agustina N. Vázquez.

1. Langrehr, Fred & Mason, John, *The development and implementarion of the concept of consumer education,* Virginia, The Journal of Consumer Affairs, 1977. Vol. 11.

2. Campos, Pedro Ariel, *La ley de defensa del consumidor y sus implicancias actuales,* Santa Rosa, UNLPam, 2011. Vol. 1.

Pero, ¿cuál es la fuente legal del concepto "educar al consumidor"? Al indagar en el contenido de este derecho, encontramos una correlación con el espíritu del artículo 42 de la Constitución Nacional (en adelante, CN) en su 2do y 3er párrafos, los cuales imponen la necesidad de delinear ciertas políticas públicas (protección de los derechos; educación; defensa de la competencia; calidad y eficiencia de los servicios públicos; y constitución de asociaciones de consumidores), a lo que se adiciona la generación de procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.[3] [4]

El derecho a la educación como Derecho Humano

Más allá de la fuente constitucional, encontramos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un plexo normativo afín al objetivo normativo. En esta rama del Derecho Internacional, los Estados asumen obligaciones y deberes en virtud del derecho internacional de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos, al ratificar los instrumentos internacionales en el tema.

Las convenciones y los tratados tienen fuerza vinculante para los Estados que son parte: por ejemplo, la Convención contra la Discriminación en la Enseñanza es vinculante para los 96 Estados que son parte en ella. La fuerza vinculante de un tratado internacional es consecuencia del compromiso asumido por el Estado para con las obligaciones del texto; una vez que este fuera ratificado, aceptado o adherido por un número suficiente de Estados para que pueda entrar en vigor (según lo estipulado por la propia Convención), finalmente (después de algún posible retraso) se convierte en vinculante para el Estado. En efecto, los Estados están vinculados por el compromiso legal que han asumido al ratificar o adherirse a tales convenciones, y son internacionalmente responsables, de acuerdo con las normas consuetudinarias del derecho internacional, de responder por cualquier incumplimiento de sus obligaciones.

3. Perez, Eduardo, *El consumidor sobreendeudado. Mejor prevenir que curar,* Buenos Aires, ADLA, 2023, Vol. 10.

4. Rodríguez-Balcázar, Susan, *Educación y Derechos Humanos,* Bogotá, Revista de Ciencias Humanas,Teoría Social y Pensamiento Crítico, 2022, Vol. 15.

A este respecto, cabe señalar que las obligaciones políticas se han considerado significativas, en la medida en que se han vinculado a las obligaciones jurídicas internacionales. La Convención contra la Discriminación en la Enseñanza, que establece tales obligaciones jurídicas internacionales, ha sido reconocida por el Consejo Ejecutivo de la UNESCO como un pilar fundamental.[5]

Como todos los derechos humanos, el derecho a la educación impone tres obligaciones concretas: respetar, proteger y cumplir el derecho a la educación.

La primera, refiere a que los Estados que eviten medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación. Por su parte, la obligación de proteger exige a los Estados que adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho a la educación. Por último, la de cumplir significa que los Estados deben adoptar medidas positivas que permitan y asistan a las personas y comunidades a disfrutar del derecho a la educación.

Las obligaciones relacionadas con cada una de las "características esenciales" del derecho a la educación se clasifican en cuatro áreas: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

Sin embargo, cuando en el ámbito de los Derechos Humanos se exige el cumplimiento del Derecho a la Educación, su contenido suele interpretarse como un derecho a la "educación básica".[6]

Este concepto encuentra su génesis en la década de 1990, período en el cual se reconoció el derecho a la educación básica como un derecho humano fundamental. Por su parte, el concepto de desarrollo humano, que coloca al individuo en el centro del proceso de desarrollo, ha proporcionado un marco contextual para dicho desarrollo.

La visión para la educación desarrollada por la UNESCO en la década de 1990 se centró en la educación básica para todos. En su informe presentado a la UNESCO titulado "Learning: The Treasure Within" (1996), la Comisión Internacional de Educación para el Siglo XXI afirmó que

> ... la educación básica es el primer paso para intentar atenuar las enormes disparidades que afectan a muchos grupos: mujeres, poblaciones

5. Ídem.

6. Rodríguez, Miriam & Ruiz, Guillermo, *La educación como derecho*, Madrid, UNED, 2022, Vol. 1.

rurales, los pobres urbanos, minorías étnicas marginadas y los millones de niños que no asisten a la escuela y trabajan.

El concepto de "educación básica" ha sido un eje de análisis principal en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) de las Naciones Unidas en colaboración con la UNESCO, espacio donde se emitió el Comentario General No. 13 sobre el Derecho a la Educación; el cual buscó abordar la idea de "lo básico" en la educación.[7]

En ese núcleo conceptual incluye la alfabetización, pero se extiende conceptualmente hasta abarcar una educación suficiente para las "habilidades para la vida"[8] donde se prepare a las personas para su vida económicamente activa; donde el consumo es una de las funciones básicas de la economía.

¿En qué consiste la educación al consumidor?

Los principales temas que se abordan en la educación al consumidor versan principalmente respecto de los derechos de los consumidores, como la seguridad de los productos, la publicidad honesta, la privacidad de los datos y la protección contra prácticas comerciales injustas.[9] En segundo plano, abarca también cómo evaluar y comparar productos y servicios, incluyendo comprender etiquetas, precios, características y opciones disponibles; como así también el abordaje de problemas o disputas con proveedores de bienes y servicios, incluyendo la presentación de reclamos, el uso de garantías y la resolución de disputas de manera efectiva.[10]

7. Miró, Carmen, Los derechos humanos y las políticas de población, Santiago de Chile, Notas de Población, 2023, Vol. 2.

8. Langrehr, Fred & Mason, John. *The development and implementarion of the concept of consumer education, op. cit.*

9. Barocelli, Sergio, *La relación de consumo como categoría jurídica en el Derecho Consumidor argentino,* Buenos Aires, Facultad de Derecho de la UBA, 2019.

10. Chamatrópulos, Pablo, *Defensa del consumidor en Argentina*, Santiago de Chile, Friedrich Ebert Stiftung, 2008.

La educación al consumidor se puede impartir en diversas formas, que van desde campañas de concientización pública y programas escolares hasta talleres y recursos en línea.[11]

El enfoque principal de la educación del consumidor históricamente ha sido enseñar a las personas a convertirse en compradores más hábiles y racionales.[12]

Las necesidades actuales y futuras de los consumidores exigen una visión más amplia del papel del consumidor de la que se ha presentado tradicionalmente, considerando que en la actualidad el comercio mundial se apoya principalmente en la modalidad electrónica.[13]

Las redes sociales irrumpieron de modo revolucionario aumentando los niveles de operaciones a niveles inéditos; y de idéntico modo, la vulnerabilidad de los consumidores y usuarios, entre los cuales conviven analfabetos y nativos digitales, que deben interpretar las nuevas formas de vinculación para el consumo.[14]

La educación del consumidor encuentra una de sus primeras definiciones en el "Manual para Consumidores" elaborado por las Universidades de Michigan y Nueva York a pedido del gobierno federal entre 1979 y 1981. En ese documento, entendieron que la educación de consumidores consistía en "el proceso de adquirir habilidades y conocimientos necesarios para manejar los recursos de los consumidores, y tomar acciones en pos de influenciar los factores que afectan la toma de decisiones del consumidor".[15]

Al entender la "educación" como proceso, el término asume la concatenación de distintos ítems, que deben obedecer a estos objetivos:

1. Desarrollar habilidades para tomar decisiones informadas en la compra de bienes y servicios a la luz de los valores

11. Goodman, John, "The bottom line benefit consumer eductation", en *Mobius:The Journal of the Society of Consumer Affairs Professionals*, Pennsilvania, 1984, Vol. 3.

12. Cude, Byron, "Estimating the returns to informed decision making", en *The Jornal of Consumer Affairs*, Nueva York, 1987, Vol. 2.

13. Bibb, Frances, *A Comparative Study of the Knowledge of Three Aspects of Consumer Information Possessed by Selected Indiana, Illinois and Wisconsin University Freshmen*, Washington DC, Journal of Business Education, 1973, Vol. 48.

14. Peterson, Esther, "Education for Consumers", en *National Education Association Journal*, Washington DC, 1966, Vol. 55.

15. De Bannister, Rosella, *Consumer Education in a Quality of Life Society*, Boston, Universidad de Boston, 1981, Vol. 21.

personales, la máxima utilización de recursos, las alternativas disponibles, las consideraciones ecológicas y las condiciones económicas cambiantes;
2. Familiarizarse con las leyes, los derechos y los métodos de recurso para participar de manera efectiva y con confianza en el mercado y tomar las medidas adecuadas para buscar la reparación del consumidor; y
3. Desarrollar una comprensión del papel del consumidor-ciudadano en los sistemas económicos, sociales y gubernamentales y aprender a influir en esos sistemas para que respondan a las necesidades de los consumidores.[16]

Además de estar influenciado por una amplia gama de fuentes programáticas, los conceptos y habilidades implícitos en esta definición provienen de una variedad de disciplinas académicas, que incluyen economía, sociología, psicología, ciencias políticas, matemáticas y las áreas aplicadas de economía doméstica y educación empresarial, entre otras. La educación del consumidor es multidisciplinaria por diseño, y se basa en una serie de campos y contribuye a ellos.[17]

El enfoque principal de la educación del consumidor históricamente ha sido enseñar a las personas a convertirse en compradores más hábiles y racionales. Las necesidades actuales y futuras de los consumidores exigen una visión más amplia del papel del consumidor de la que se ha presentado tradicionalmente. Las personas y los grupos que participan en programas de educación del consumidor deben adquirir competencia en los conocimientos y habilidades necesarias para tomar decisiones y actuar como consumidores informados y responsables.[18]

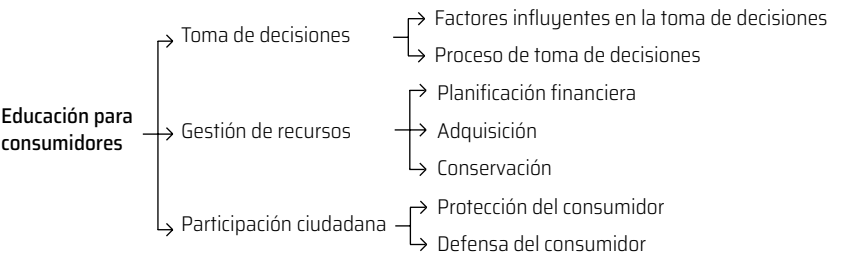
Los roles necesarios para los consumidores van desde aprender a enfrentar sus circunstancias actuales hasta participar como ciudadanos para influir en el cambio.

16. McGregor, Sue, "Status of consumer education and financial education in Canada (2016)", en *Canadian Journal of Education/Revue canadienne de l'éducation*, Montreal, 2018, Vol. 41.

17. Laquarta, Joseph,Pierce,Mark & Helmdolt, Nicholas, "The Consumer Education Program for Residential Energy Efficiency", en *Journal of Extension*, Ithaca, 2009, Vol. 47. Nunley, Ronald, "A case for corporate sponsored consumer education programs" en *Mobius: The Journal of the Society of Consumer Affairs Professionals in Business*, Nueva Jersey, 1984, Vol. 3.

18. De Bannister, Rosella, *Consumer Education in a Quality of Life Society*, *op. cit.*

A partir de la definición reseñada, advierten tres pilares principales que sintetizamos a continuación:



La "toma de decisiones" refiere a la dimensión interna al consumidor donde se verá influenciado tanto por factores internos[19] como externos[20] al momento de elegir un producto/servicio.

Por su parte, el consumidor se ve inmerso en un proceso de gestión de sus propios recursos, dentro del cual deberá planificar financieramente[21] el gasto a asumir, de qué forma adquirirá el bien, y cómo lo conservará.

Planes educativos

La educación para el consumo es un derecho primario y fundamental de los consumidores/usuarios,[22] que fuera reconocido en su regulación desde sus inicios en el Capítulo XVI de "Educación al Consumidor", compuesto por los artículos 60 al 62 inclusive.

El articulado original del artículo 60 de la Ley Nº 24240 establecía la incumbencia del Estado nacional, las provincias y municipalidades en la formulación de planes generales de educación para el consumo

19. Entre los factores externos, se señalan: sistema económico, sistema político, sistema social, factores ambientales y tecnológicos.

20. Los factores internos se refieren a los recursos que disponga la persona, sus valores y objetivos vitales, deseos y necesidades, en el marco de su estilo de vida.

21. Dentro de la dimensión de planificación financiera, se advierten los siguientes componentes: 1. Obtención de información, 2. Realizar el gasto, 3. Préstamo, 4. Gestión de ahorros, 5. Inversiones, 6. Pago de impuestos.

22. Knapp, John, *The benefits of consumer education*, Washington DC, Wiley, 1990. Vol. 2.

y su difusión pública.[23] Para cumplir con esos objetivos, establecía que los tres niveles de gobierno contraían la obligación –de medios– de fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y la participación de la comunidad en ellas. La educación a consumidores se establecía –por vía legal– dentro de los planes oficiales de educación primaria y media.[24]

Este texto fue ampliado y modificado en 2008 por la Ley Nº 26361, donde su redacción incluyó explícitamente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y amplió la obligación de los tres niveles de gobierno a incluir la temática dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria; como así también creó la obligación de implementar programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas.[25] [26] [27]

Entendemos por currículum el conjunto de actividades formales de aprendizaje que la escuela pone a la disposición de sus alumnos, adaptando los objetivos e incluyendo los contenidos mínimos definidos desde el nivel de planificación de políticas públicas. La aplicación de dicho currículo la encontraremos en los planes de estudios, que dispondrán ordenadamente las actividades y experiencias de acuerdo con los principios o criterios acordados en la planificación de política pública.[28]

El diseño curricular y la elaboración del plan de estudios constituyen el proceso mediante el cual se deciden, en primer lugar, las actividades de aprendizaje que se pondrían a disposición de los alumnos; y, en segundo lugar, su ordenamiento. Por otra parte, cada actividad en el currículum requiere la definición explícita de su metodología. De lo anterior se desprende que habrá un currículum y un plan de estudios cada vez que se ofrezca al alumno un conjunto de actividades de aprendizaje

23. Bloom, Peter, "Evaluation of consumer education programs" en *Journal of Consumer Research*, Nueva Jersey, 1979. Vol. 6.

24. Campos, Pedro Ariel, *La ley de defensa del consumidor y sus implicancias actuales*, *op. cit.*

25. Rodríguez, Miriam & Ruiz,Guillermo, *La educación como derecho*, *op. cit.*

26. Sandlin, John, "The politics of consumer education materials used in adult literacy classroom", en *Adult Education Quarterly*, Boston, 2000, Vol. 50.

27. Stampfl, Ronald y Moschis, George & Lawton, Joseph, "Consumer Education and the preschool child", en *The Journal of Consumer Affairs*, Nueva Jersey, 1978, Vol. 12.

28. Andrade, Jorge, *El proceso de diseño del plan de estudio*, Washington DC, OPS, 1970.

secuencialmente ordenadas por criterio temático, que plantee cómo el educando recibirá el contenido a impartirse, y el educador lo dictará.[29]

La educación para consumidores es un componente fundamental de la educación general, ya que permite a los ciudadanos adquirir los conocimientos y habilidades necesarias para tomar decisiones informadas en el mercado. Sin embargo, en Argentina, la educación para consumidores no está incluida en los contenidos mínimos acordados por el Consejo Federal de Educación (en adelante CFE). La Ley Nacional de Educación plantea en su artículo 11 que la educación "debe orientarse a la formación integral de la persona", lo que incluye el desarrollo de los derechos y deberes de los consumidores. Sin embargo, la ley no especifica cómo debe implementarse esta formación en los contenidos curriculares atento a las potestades constitucionales no delegadas por parte de las provincias en el Estado Nacional.[30]

El rol del CFE funciona como organismo encargado de acordar los contenidos mínimos curriculares para la educación obligatoria en Argentina. En su Resolución N° 256/15, el CFE establece los lineamientos que efectivamente incluyen contenidos para la "educación de ciudadanos".

Sin embargo, estos contenidos no se centran específicamente en la educación para los consumidores. La ausencia de la educación para consumidores en los contenidos mínimos curriculares del CFE tiene una principal consecuencia: termina siendo potestad de las escuelas decidir cómo y cuándo incluyen contenidos del tema; traduciéndose en una heterogeneidad en la difusión de contenidos generalmente enfocados en conocimientos de educación económica.[31]

29. Mora Ramírez, Antonio, "La Construcción Cultural del Currículo: Reflexiones en clave latinoamericana" en *Revista Ensayos Pedagógicos*, San José de Costa Rica, 2014, Vol. 9.

30. Adkins, Natalie & Ozane, Julie, "Critical Consumer Education", en *Journal of Macromarketing*, Boston, 2005, Vol. 25.

31. Worthington, Robert, *The Need for a Nationwide Program of Consumer Education Coordinated Through the Public School System*, Virgina, All Eastern Consumer Education Conference, 1972. Zelenak, Martin, *Consumer education outside the schools: A brief view of the past, present and potentials for future cooperative efforts in consumer education*, Ohio : s.n., 1983.

Artículo 61. Formación del consumidor

La formación del consumidor debe facilitar la comprensión y utilización de la información sobre temas inherentes al consumidor, orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de los servicios. Para ayudarlo a evaluar alternativas y emplear los recursos en forma eficiente deberán incluir en su formación, entre otros, los siguientes contenidos:

- **a. Sanidad, nutrición, prevención de las enfermedades transmitidas por los alimentos y adulteración de los alimentos.**
- **b. Los peligros y el rotulado de los productos.**
- **c. Legislación pertinente, forma de obtener compensación y los organismos de protección al consumidor.**
- **d. Información sobre pesas y medidas, precios, calidad y disponibilidad de los artículos de primera necesidad.**
- **e. Protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales.**

(Artículo sustituido por art. 31 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008).

La redacción primogénita del artículo 61 planteaba que la formación del consumidor tenía por propósito pedagógico que los consumidores conocieran, comprendieran y adquirieran habilidades para evaluar distintas alternativas de consumo, y así ayudarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios. De modo secundario, se planteaba la necesidad de empoderar al sujeto para que intervenga en la regulación, orientación y transformación del mercado mediante sus decisiones y participación organizada y formada.[32]

Sin embargo, el artículo 61 propuesto por la versión actualizada en 2008 mediante la Ley N° 26361, estableció que la formación del consumidor debía servir para facilitar la comprensión y utilización de la información sobre temas inherentes al consumidor como así también, orientarlo a prevenir los riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de los servicios. Sin embargo, mediante la adopción de un criterio taxativo, encontramos que se

32. Faliero, Johanna, *¿En qué debe versar la educación al consumidor y por qué es tan relevante?*, Buenos Aires, MicroJuris, 2023, Vol. 2.

agregaron específicamente temáticas en las que la educación al consumidor resulta obligatoria, todas en torno a la sanidad, nutrición, prevención de las enfermedades transmitidas por los alimentos y adulteración de los alimentos.[33]

Si bien los conocimientos específicos sobre la temática escapan al común de la gente, y no pueden rastrearse entre los lineamientos mínimos del currículum obligatorio en Argentina, debe destacarse una presencia *in crescendo* de los temas en medios de comunicación; y en redes sociales, verificándose contenidos con información verídica y falsa por doquier.

Parte del objetivo de la nueva redacción de este artículo culminó en el año 2021 con la ley de etiquetado frontal de alimentos en Argentina. Arguyendo que el tema resulta fundamental para la protección de la salud de los consumidores, la Ley Nacional N° 27642 estableció el rotulado obligatorio de productos alimenticios.

Mediante un sistema de identificación de hexágonos negros y grandes letras blancas, todos los fabricantes se vieron obligados a adaptar los *packaging* de sus productos a efectos de informar sobre su composición, riesgos asociados de los elementos contenidos o productos químicos dañinos.

La educación para el consumo es un instrumento fundamental para la protección de los derechos de los consumidores. Al capacitar a las personas para que tomen decisiones informadas, la educación para el consumo contribuye a la construcción de un mercado más justo y equitativo.[34]

Artículo 62. Contribuciones estatales

El Estado nacional podrá disponer el otorgamiento de contribuciones financieras con cargo al presupuesto nacional a las asociaciones de consumidores para cumplimentar con los objetivos mencionados en los artículos anteriores.

En todos los casos estas asociaciones deberán acreditar el reconocimiento conforme a los artículos 56 y 57 de la presente ley. La autoridad de aplicación seleccionará a las asociaciones en función de

33. Noetinger, Armando, *Ratifican y amplían los objetivos de la Escuela Argentina de Educación en Consumo,* Buenos Aires, El Derecho, 2021.

34. Bruno, Juan Manuel, *Estudio de la percepción del consumidor sobre la RSE,* Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, 2018.

criterios de representatividad, autofinanciamiento, actividad y planes futuros de acción a cumplimentar por éstas.

El Estado nacional puede otorgar contribuciones financieras a las asociaciones de consumidores con el propósito de cumplir los objetivos establecidos en artículos anteriores de la ley. Es decir, que el Estado nacional tiene la facultad de proporcionar contribuciones financieras a las asociaciones de consumidores que se financiarán a través del presupuesto nacional.

Para acceder a estas contribuciones, las asociaciones de consumidores deben cumplir con ciertos requisitos. Estos, incluyen demostrar su reconocimiento de acuerdo con lo estipulado en los artículos 56 y 57, que se refieren al reconocimiento de asociaciones de consumidores y a su capacidad de representar los intereses de los consumidores.[35]

La autoridad de aplicación, que es la entidad encargada de supervisar y hacer cumplir la ley, será la responsable de seleccionar a las asociaciones de consumidores que recibirán estas contribuciones.[36] La selección se llevará a cabo en función de ciertos criterios, que pueden incluir:

- Representatividad: La capacidad de la asociación para representar y abogar por los intereses de los consumidores de manera efectiva.
- Autofinanciamiento: La capacidad de la asociación para financiar sus actividades de manera independiente, además de la contribución estatal.
- Actividad actual: Las actividades y logros previos de la asociación en la protección de los derechos de los consumidores.

Planes futuros de acción: Los proyectos y planes que la asociación tiene previstos para el futuro en relación con la defensa de los derechos de los consumidores.

A modo de conclusión, puede indicarse: La regulación argentina sobre educación para el consumidor tiene como objetivo fundamental promover la protección de los derechos de los consumidores, a través de la concientización y formación de éstos sobre sus derechos y deberes.

35. Faliero, Johanna, *¿En qué debe versar la educación al consumidor y por qué es tan relevante?*, *op. cit.*

36. Lorenzetti, Ricardo, *Consumidores*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2003.

La Constitución Nacional, la Ley de Defensa del Consumidor y otras normas complementarias establecen un marco normativo que reconoce la educación para el consumo como un derecho fundamental.

Este marco normativo establece que la educación para el consumo debe ser obligatoria en todos los niveles educativos, y que debe estar orientada a facilitar la comprensión y utilización de la información sobre temas inherentes a las relaciones de consumo.

El aspecto formativo y educativo del consumidor resulta trascendental, requiriéndose difundir informes comparativos de proveedores y productos o servicios ofrecidos y comercializados, entre otros que puedan ser de interés para el desarrollo de políticas públicas para la protección de los consumidores.

Para garantizar que todos los estudiantes en Argentina tengan acceso a una educación para consumidores, es necesario que el CFE incorpore esta formación en los contenidos mínimos curriculares de la educación obligatoria.

Esto permitiría la universalización de estos conocimientos y una sociedad que establezca mejores relaciones con el mercado.

CAPÍTULO XVII
Disposiciones finales

Artículo 63*

Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley.

(Artículo derogado por art. 32 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008, este último artículo fue observado por art. 1 del Decreto N° 565/2008, BO 07/04/2008).

La incorporación dentro de la Constitución Nacional de los derechos de los consumidores y usuarios ha sido, sin dudas, uno de los impactos más significativos que ha tenido la reforma constitucional de 1994 en materia de reconocimiento de derechos. El área del derecho del consumidor, a su vez, ha sido una de las que en estos casi cuarenta años ha tenido más desarrollo, tanto en términos doctrinarios como jurisprudenciales.

El artículo 42 de la Constitución Nacional reconoce los derechos de consumidores y usuarios en los siguientes términos:

> Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.
> Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.
>
> La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

La Corte Suprema, al respecto, ha sostenido que esta norma revela la especial protección que el constituyente tuvo en mente de proteger

* Comentario sobre el artículo 63 por Juan Martín Scarramberg.

a los usuarios y consumidores en tanto sujetos particularmente vulnerables dentro del sistema económico actual.[1] En este sentido, se erige sobre la base de un principio protectorio de usuarios y consumidores:

> … este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde, es preciso destacar, el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural. La lesión a su interés en este campo puede surgir no solo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de los modos de aplicación de estas o, simplemente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas. Es por ello que con el fin de preservar la equidad y el equilibrio en estos contratos, la legislación contempla previsiones tuitivas en su favor en aras de afianzar esta protección preferencial de raigambre constitucional.
>
> Así es que frente a la problemática del desequilibrio contractual que se presenta de manera acentuada en el derecho del consumo, el legislador fue estableciendo reglas que imponen deberes al predisponente y que describen conductas prohibidas porque abusan de la buena fe del consumidor, así como de su situación de inferioridad económica o técnica.[2]

Pues bien, como explica Rosatti, el artículo 42 se caracteriza por proyectarse sobre una instancia *macro* y una *micro*, vinculadas, por un lado, al funcionamiento de la economía y, por otro, a la relación específica entre el prestador-servicio y el consumidor-oferente-producto. Por sus proyecciones, entiende el autor, se trata de una cláusula temáticamente amplia y jurídicamente heterogénea:

i. es *temáticamente amplia* porque procura asumir la problemática del uso y consumo desde distintos ángulos (educación, salud, seguridad, economía); y,
ii. es *jurídicamente heterogénea* porque comprende cuestiones tradicionalmente reguladas por el derecho privado (*v.gr.*: relación consumidor-fabricante, relación consumidor-oferente) y aspectos propios del derecho público (*v.gr.*: regulaciones macroeconómicas sobre monopolios, normas educativas, etc.).

Debido a estas características y peculiaridades, el derecho del consumidor se torna desafiante y genera numerosos interrogantes en

1. CSJN, Fallos: 340:172, "Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston N.A. s/ sumarísimo", sentencia del 14/03/2017.

2. Ibídem, cons. 6°.

torno a su aplicación y a sus alcances. Se trata de una rama del derecho con regulaciones y principios propios y diferentes –siendo difícil encontrar otros en las demás ramas del derecho que operen con tanta virulencia como aquí–, que atraviesan y desestructuran de lleno los institutos clásicos del derecho privado y del derecho público, y lo hacen con pretensiones maximalistas y absorbentes.

El derecho del consumidor, creemos, se ha convertido en estos años en un torbellino que aspira a insertarse en todos los negocios jurídicos. Cuestiones tan disímiles entre sí, como pueden ser un contrato de seguros o un marco tarifario de servicios públicos, se ven plenamente impactados por cláusulas que ponen el foco en el consumidor o en el usuario, y ponen en desafío los puntos neurálgicos de actividades, negocios o instituciones que cuentan con una neta finalidad económica.

La tensión entre el derecho consumeril y el aeronáutico

Como sostuvimos, existe una aspiración cada vez más creciente del derecho del consumidor de abarcar y proyectarse sobre radios cada vez más amplios. En el caso del artículo que nos compete, esta pretensión parecería colisionar o entrar en tensión con las notas distintivas que posee una rama tan específica del derecho como lo es el derecho aeronáutico.

La actividad aeronáutica, explica Folchi, dista de ser un negocio como otros en los que la posición de uno de los contratantes es claramente desigual desde el principio. Por el contrario, su desenvolvimiento está sujeto a regulaciones estrictas y a riesgos cambiantes, propios de la industria, que se suman a los vaivenes de la economía mundial y obligan a establecer instituciones jurídicas eficaces para enfrentarlos.[3]

En la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde hace largos años, se viene reconociendo la especialidad que adquiere el derecho aeronáutico y su tendencia a la "completividad", "tanto en el aspecto público como en el privado, lo que le confiere un grado de autonomía que sin desatender, por cierto, la interrelación eventual con otras ramas

3. Folchi, Mario, *Tratado de derecho aeronáutico y política de la aeronáutica civil*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2015, T. 2, p. 359.

del derecho, le acuerda un marco normativo autosuficiente (art. 2°,Ley Nº 17.285)".[4] A partir de ello, ha validado regulaciones e institutos con modalidades específicas que difieren de los marcos generales e, incluso, ha reconocido la aplicación prevalente de sus normas.

En la tensión entre la aplicación de normas de derecho aeronáutico y de derecho de consumidores y usuarios –esto es, la Ley N° 24240–, cabe tener presente que el derecho aeronáutico, como sostiene Knobel:

> … contempla no solamente las cuestiones que atañen a los pasajeros y usuarios en general, sino también al cumplimiento de obligaciones formales y sustanciales de los transportadores frente a la autoridad pública y las prerrogativas de esta de imponer sanciones que pueden llegar incluso al retiro de la concesión o autorización otorgadas para realizar su actividad.[5]

Se trata de una rama del derecho sumamente regulada y publificada, siendo necesaria la actuación coordinadora de los Estados y los organismos internacionales para que la actividad pueda ser llevada a cabo y para que pueda ser llevada adelante tanto nacional como internacionalmente, tanto en su faz comercial como en la no comercial. En este sentido, Capaldo explica que esta singular rama del derecho se caracteriza por las notas de autonomía (científica, legislativa, jurisdiccional y didáctica), internacionalidad, integralidad, reglamentarismo, dinamismo y politicidad.

Estos autores, de los mayores especialistas en la materia aeronáutica, se paran desde el lado de la autonomía disciplinaria y las particularidades que esta posee y exige, poniendo en un segundo plano la incidencia del derecho del consumidor sobre ella. Capaldo, por el caso, destaca que:

> La aviación civil cumple un rol geoestratégico y geopolítico admitido por todos los estudiosos en política aérea del mundo. Ese rol es más acusado en la Argentina por ser un país ubicado en situación geográfica desventajosa. El negocio del transporte aéreo es el menos rentable de todas las actividades comerciales, pues arroja una ganancia neta de entre el 3% y el 5% solo si cada vuelo logra un factor de ocupación del 85% o superior

4. CSJN, Fallos: 329:3403, "Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otro c/ Entre Ríos, provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 24/08/2006.

5. Knobel, Horacio E., "Transporte aéreo. A 20 años del Convenio de Montreal de 1999", *La Ley*, 05/09/2019, y en *LL* 2019-D-1165.

> (cantidad de asientos y capacidad de bodega). Por debajo de ese factor, las escasas ganancias netas se desvanecen. Las múltiples razones para apoyarlo, desarrollarlo, preservarlo y regularlo especialmente saltan a la vista para cualquier profesional con 10 años o más de especialización en la materia. La ley de defensa del consumidor, al proteger a estos en todas las relaciones de consumo, es en sí misma una ley general de consumo. Se infiere de ello que su aplicación debe ser subsidiaria frente a otras ramas de la enciclopedia jurídica que cuentan con autonomía científica y legislativa, como el derecho aeronáutico y el derecho marítimo. Todo el delicado equilibrio de derechos y obligaciones, toda la compleja arquitectura del sistema de responsabilidad local e internacional (CA y Tratados) basado en normas de orden público [...] prevalecen sobre él.[6]

En idéntico sentido, Knobel hace foco en el carácter sistémico del sector y las proyecciones que eso genera sobre el modo en que se protegen los derechos de los consumidores. Así, destaca la antigüedad del régimen aeronáutico, mucho mayor que la del consumidor, y añade que aquel no se desliga de la protección de los derechos de usuarios y consumidores, sino todo lo contrario; las regula, pero compatibilizándolas con las restantes previsiones, elementos y actores del régimen en cuestión.

El autor puntualiza que los usuarios representan un eje importante dentro de la dinámica aeronáutica y son objeto de su protección, pero no son el único elemento que compone el sistema. El Estado, en este sentido, cuenta con facultades para "velar por un transporte aéreo seguro, regular, eficaz y económico, promoviendo la seguridad de la actividad y el establecimiento de reglas clara y uniformemente establecidas, para que las líneas aéreas puedan cumplir adecuadamente con su actividad",[7] de modo tal que deben ser compatibilizados.

En la vereda opuesta, autores como Barreiro consideran que esta autonomía disciplinar no es óbice para la aplicación del régimen consumeril. La autora señala que los argumentos para resistir a la aplicación del derecho del consumidor "han sido siempre similares: regulación administrativa bajo un organismo específico de contralor,

6. Capaldo, Griselda D., "De la legislación aeronáutica al proyecto de ley de defensa del consumidor (y viceversa)", en *Suplemento Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC*, 71 (referencia: LALEY AR/DOC/593/2019).

7. Knobel, Horacio, "Transporte aéreo, relaciones de consumo y prescripción", *La Ley*, 11/08/2015, y en *LL* 2015-D-343; *RCyS* 2016-I-49.

normativa especial y en algunos casos internacional, contratos o condiciones generales aprobadas por el órgano de contralor, etcétera". Para la autora, los motivos subyacentes radican en la necesidad de "eludir un sistema de responsabilidad mucho más amplio y por tanto menos ventajoso a la empresa, tal el que se deriva de las leyes de protección a los consumidores"[8], legitimados sobre conceptos como el de autonomía disciplinaria o sobre la base de la internacionalidad de la actividad.

A partir de la reforma constitucional, y de la incorporación del artículo 42, entienden quienes apoyan esta postura, el derecho del consumidor resulta prevalente. Barocelli, por el caso, sostiene que la exclusión que realiza el artículo 63 de la Ley Nº 24240, "es inconstitucional, por vulnerar los principios de igualdad y no discriminación; sin embargo, no obsta la aplicación de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional en el supuesto de contratos de transporte aéreo". Impone, a su criterio, "un doble estándar de protección en función de si se tratan de vuelos de cabotaje o de vuelos internacionales".[9]

Para estos autores, entonces, resulta fundamental promover modificaciones en la legislación aeronáutica que incorporen la visión de los consumidores y usuarios, brindando

> … marco normativo más eficiente con relación a la protección de los pasajeros aéreos, que vaya más allá de los intereses de los transportadores. El costo económico de dicha protección […] no puede ser un obstáculo, sino una variable más de competitividad.[10]

Para finalizar, lo que hay que señalar es que, en ningún caso, se pone en tela de juicio la caracterización como consumidores de aquellas personas que celebran un contrato de transporte aéreo, como tampoco la existencia de una relación de consumo. Por su parte, en la visión de los mayores defensores de la autonomía del derecho aeronáutico, tampoco se cuestionan los derechos con los que deben contar

8. Barreiro, Karina, "Los derechos de los pasajeros y la necesidad de reforma del Código Aeronáutico", *La Ley*, 20/02/2018, y en *LL* 2018-A-994.

9. Barocelli, Sebastián, "Ámbito de aplicación del derecho del consumidor", *El Derecho*, 01/102017, *ED*-CMXXIV-192.

10. Barreiro, Karina, "Los derechos de los pasajeros y la necesidad…", *op. cit.*

las personas dentro de esta relación, sino sus modulaciones a la luz de una actividad que es, ciertamente, particular.

El artículo 63 y el Código Aeronáutico

El artículo 63, tal como se encuentra redactado, data de la sanción original de la Ley Nº 24240. No obstante, la cláusula no se encontraba prevista en el proyecto que comenzó a tratar el Congreso de la Nación. El proyecto de los senadores León, Mac Karthy, Mazzuco y Rubeo, que aprobó la Cámara Alta en el año 1992, carecía de previsiones de este estilo. Recién cuando fue girado a la Cámara de Diputados fue que los miembros de la Cámara resolvieron su incorporación al texto legal,[11] que fue luego aceptada por la Cámara de Senadores.

Años después, al reformarse la ley, el Congreso pretendió dar vuelta atrás con esa incorporación. En el proyecto de la diputada Stella Maris Córdoba sobre modificaciones al texto de la Ley Nº 24240 se preveía la derogación del artículo 63. Entre sus fundamentos, se destacó:

> … ninguna justificación técnico-jurídica ni de sana política de consumo reconoce la actual subsidiariedad de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor, en conflictos del servicio de transporte aéreo impuesta por el artículo 63, cuya derogación se postula. Este sector de actividad, como cualquier otro que genere relaciones de consumo, debe ser alcanzado por la integración normativa del artículo 3°, sin que su naturaleza explique excepción alguna.[12]

Del mismo modo lo entendió el Senado de la Nación. Al debatirse la media sanción arribada desde Diputados, el senador Fernández destacó la trascendencia de la reforma que se proponía a la Ley Nº 24240 y postuló, en particular, que la reforma al artículo 63 era muy importante:

> … fundamentalmente en momentos como los que vive la República Argentina, donde el transporte aéreo es motivo de miles de reclamos, de miles de abusos y de indefensión del usuario […] Sería primordial que los usuarios tuvieran, frente a un proceso que se avecina como importante y de mucho movimiento de pasajeros, una herramienta que les permita

11. Honorable Senado de la Nación, *Diario de sesiones*, sesión del 23/06/1993, p. 1556.

12. Honorable Cámara de Diputados de la Nación, *Diario de sesiones*, sesión del 09/08/2006, p. 103.

> poner coto a los abusos que, efectivamente cometen las líneas aéreas con respecto a infinidad de problemas que el 90 por ciento de los senadores, que son del interior del país, conocen en profundidad.[13]

El Congreso de la Nación, al sancionar la Ley N° 26631, eliminó el artículo 63. Sin embargo, esa postura no fue compartida por el Poder Ejecutivo Nacional, quien, mediante el Decreto N° 565/2008, observó la cláusula derogatoria,[14] manteniendo la redacción que actualmente se halla en vigencia.

---

13. Honorable Senado de la Nación, *Diario de sesiones*, sesión del 19/12/2007, p. 44. En igual sentido, el Senador Naidenoff expresó que "la ley 24.240 ha dejado de tener el criterio supletorio que se daba en materia de servicios públicos, de transporte aéreo, que muchas veces posibilitaba la comisión concreta de abusos o que esta ley llegara a destiempo del reclamo concreto de la gente", p. 46.

14. En los fundamentos se destacó que:
"Que las normas de defensa al consumidor nacen con la finalidad de actuar como correctores en los contratos de oferta masiva.
Que estas nuevas leyes no constituyen normas de fondo sino que resultan reglas protectivas y correctoras, siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente.
Que las mismas tienen por objeto actuar como efectivo control de cláusulas contractuales predispuestas en los contratos de adhesión, cuando el ESTADO NACIONAL no interviene mediante un control genérico en actividades como el transporte aerocomercial por medio de una Autoridad de Aplicación específica, con cuerpos normativos especiales (Código Aeronáutico, Reglamentación del Contrato de Transporte Aéreo y Tratados Internacionales que integran el Sistema de Varsovia), con controles tarifarios, de autorizaciones de los servicios a prestarse, de habilitaciones del personal, de aeronaves, de talleres de mantenimiento y de horarios, rutas, frecuencias y equipos con los cuales se cumplirá.
Que el derecho de los usuarios del transporte aerocomercial está reglamentado en la Resolución Nº 1532 de fecha 27 de noviembre de 1998 del ex MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, "Condiciones Generales del Contrato de Transporte Aéreo".
Que los países de mayor tráfico aéreo, también se rigen por reglamentos que solo complementan las normas aeronáuticas comerciales. En el caso europeo, el Reglamento (CE) Nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de febrero de 2004, resulta una complementación de la norma de fondo vigente, esto es el Convenio de Montreal de 1999.
Que los principios de autonomía, integralidad, uniformidad e internacionalidad del derecho aeronáutico siguen siendo consagrados en los más altos tribunales, tanto es así que el Tribunal Supremo de Judicatura Inglés sostuvo en el caso "Sidhu c/ British Airways" en 1977, que los Tribunales de cada país no cuentan con la libertad de brindar recursos previstos por las normas de derecho interno, dado que ello significa socavar la Convención –refiriéndose a la Convención de Varsovia de la cual es miembro la República Argentina– y agregaba que ello representaría establecer en forma paralela a

El sistema que la norma establece parecería ser sencillo: los contratos de transporte aéreo se rigen por la normativa de ese tenor y, en aquello que no tuvieran previsto, se aplica supletoriamente la normativa de defensa del consumidor.

En este sentido, la Cámara Civil y Comercial Federal ha sostenido en forma consistente que la Ley Nº 24240 no se aplica en lo referente a aquellas cuestiones que deban verificarse a la luz de las normas específicas que rigen la materia –entre otras, el Código Aeronáutico, Convención de Varsovia, Convenio de Montreal–, por aplicación del principio de especialidad:

> Para todo lo demás, los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que "consumidores" en los términos de la Ley Nº 24240, es decir, son parte en una relación de consumo al adquirir los servicios de una empresa –en el caso, dedicada al transporte aéreo internacional–, en forma onerosa y como destinatarios finales, sea en beneficio propio o de su grupo familiar (art. 1º, texto según Ley Nº 26361, B.O. 07/04/08). Por ende, no puede sostenerse que queden excluidos, en forma total y generalizada, de las restantes disposiciones de la Ley Nº 24240.[15]

---

la Convención un Conjunto de normas completamente diferentes que distorsionaría el funcionamiento de todo el sistema.

Que la Corte Suprema de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA en el caso "El Al Israel Airlines c/ Tseng" en 1999 manifestó que dado el esquema integral de reglas en materia de responsabilidad previsto por las normas de la Convención y su énfasis literal sobre la uniformidad, no podríamos llegar a la conclusión de que la intención de los delegados de Varsovia fuera que las Compañías de Transporte Aéreo estuvieran sujetas a normas de responsabilidad diferentes y que no guarden uniformidad con cada una de las partes signatarias.

Que entonces, la promulgación del proyecto de reforma a la Ley de Defensa del Consumidor que incluya la derogación prevista en su Artículo 32, dejaría en pugna el principio de orden constitucional que otorga prioridad a los Tratados Internacionales sobre el orden interno, quedando inmediatamente sujeta a revisión judicial su aplicación.

Que sumado a las razones técnico jurídicas antedichas, de aprobarse la derogación propuesta, acarrearía inseguridad jurídica tanto a las empresas nacionales, –un sector que se encuentra con declaración del Estado de Emergencia del Transporte Aerocomercial por el Decreto Nº 1654 de fecha 4 de septiembre de 2002 y el Decreto Nº 1012 de fecha 7 de agosto de 2006– como a las internacionales que operan en la REPÚBLICA ARGENTINA, a las cuales se las pretendería alcanzar con normas de derecho interno inspiradas en un régimen infraccional, excluyendo a las normas uniformes, internacionales y vigentes, para el NOVENTA POR CIENTO (90%) del transporte aerocomercial del mundo, dentro de los cuales se encuentra adherida la REPÚBLICA ARGENTINA".

15. CNACiv., Sala III, "Fortunato José Claudio c/ American Airlines y otros s/ pérdida/ daño de equipaje", Expte. N° 2790/12, 04/12/12.

No obstante, la redacción de la norma nos genera algunos interrogantes. Primero, a la hora de evaluar casos del estilo es preciso analizar a qué normativa del derecho aeronáutico se refiere la ley –que alude a "las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales"– y distinguir si otras previsiones, como la Resolución Nº 1532/1998, que aprueba las condiciones generales del contrato de transporte aéreo para los servicios internos e internacionales, prevalecen por sobre la Ley Nº 24240.

Dentro de la posición más proclive hacia la normativa del derecho de consumidor, Barreiro sostiene que, desde una interpretación literal de la norma por la que se inclina, el orden de prelación incluye únicamente al Código Aeronáutico y los tratados internacionales y, supletoriamente, la ley de consumo; no así a normativa de otra índole que no se encuentre mencionada y no responda a la autoexclusión impuesta por la Ley Nº 24240:

> … para el supuesto en que se invoque una aplicación distinta o –como propugna parte de la doctrina– se sostenga la inaplicabilidad de la norma consumeril, el principio de interpretación propio de la norma protectoria de los consumidores adquiere relevancia extrema determinando la normativa aplicable. Por tal razón, es preciso tener en cuenta que ni la resolución 1532 ni ninguna otra norma que no sea el Código Aeronáutico o los Tratados Internacionales puede ser aplicada en desmedro de la ley 24.240 cuando la cuestión se encuentre en el marco de una relación de consumo (ámbito regido por la LDC), salvo –claro está– que la aplicación de la normativa aeronáutica en cuestión resulte de mayor beneficio al usuario.[16]

En igual sentido, entre muchos otros casos, la Sala I en "Ure, Carlos Ernesto", sentencia del 02/11/2021, destacó que "las presentes actuaciones giran en torno a una demanda fundada en un hecho originado en la actividad aeronáutica, extremo que determina la aplicación de la ley específica de la materia, es decir, el Código Aeronáutico y los correspondientes tratados internacionales. Ocurre que cuando el supuesto sometido a decisión encuadra en las previsiones específicas de la ley especial, no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y apartarse de ellas […] Lo expuesto no implica negar la relación de consumo, sino –antes bien– rechazar el desplazamiento de las normas de la ley aeronáutica que específicamente regulan la cuestión. Dicho en otros términos, el transporte aéreo no está completamente excluido de las previsiones contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor, sino que la aplicación de esta última es supletoria y está limitada a aquellos supuestos no contemplados en el Código Aeronáutico ni en los tratados internacionales".

16. Barreiro, Karina, "Los derechos de los pasajeros y la necesidad…", *op. cit.*

La posición en contrario entiende que cuando la ley habla de "las normas del Código Aeronáutico", no hace específica alusión a ese código, sino al *corpus* normativo que regula los pormenores de la disciplina. Ello, en tanto se trata de una rama que, como se dijo, posee autonomía e integralidad, lo que motiva que las distintas "fichas" que componen el sistema no puedan ser alteradas individualmente, sino en conjunto. De allí que, bajo este criterio, la aplicación de la Ley Nº 24240 sea supletoria a, por ejemplo, la mencionada Resolución Nº 1532/1998 y sus modificatorias.

Esta es la postura que habría adoptado la Sala III de la Cámara Civil y Comercial Federal al sostener, por ejemplo, que

> … por la fecha en que se suscitó el conflicto resultan aplicables el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo Internacional de Montreal 1999 –aprobado por ley 26.451–, las normas del Código Aeronáutico, la Resolución n° 1532/98 del Ministerio de Economía, el Código Civil y Comercial de la Nación, en lo pertinente, y supletoriamente, la ley 24.240 (art. 63 de este último cuerpo legal).[17]

Es decir, se aprecia cómo, para el tribunal, la supletoriedad lo es en relación con toda la normativa aeronáutica.

Por otra parte, corresponde preguntarse cómo inciden las cláusulas en materia de consumidores y usuarios previstas en el Código Civil y Comercial de la Nación. Barreiro, en este sentido, considera que "a diferencia de lo ocurrido en la ley 24.240, el nuevo Código no ha previsto la supletoriedad en la aplicación de sus normas al transporte aéreo, de manera tal que su aplicación resulta directa".[18] No compartimos esta conclusión.

La ley especial en materia de defensa de consumidores y usuarios ha establecido una prelación normativa particular en relación con el derecho aeronáutico; no parece consistente que, a través de una norma del estilo del Código Civil y Comercial de la Nación, que no hace consideraciones particulares sobre la relación entre el derecho del consumidor y esta rama autónoma y específica del derecho –el aeronáutico, que atraviesa tanto derecho público, como derecho

17. CCiv. y Com. Fed., Sala III, "Giudici Iridoy, María Mercedes c/ United Airlines INC s/ sumarísimo", Expte. N° 4167/2018, 08/03/2022.

18. Barreiro, Karina, "Los derechos de los pasajeros y la necesidad…", *op. cit.*

privado–, se rompa con el esquema que el legislador ha establecido específicamente en la normativa especial.

Finalmente, respecto de la invocación de la aplicación del artículo 42 de la Constitución Nacional, el interrogante que surge es si solo resulta posible satisfacer la manda constitucional –que no ciñe únicamente a la sanción de leyes– con la aplicación de la Ley Nº 24240, o si aquella puede ser cumplida mediante otro tipo de normas que también reconozcan derechos para los consumidores y usuarios, como lo hacen distintas normas propias del derecho aeronáutico. Creemos que la combinación entre normativa específica y supletoriedad de la Ley Nº 24240 constituye una razonable reglamentación a lo previsto en esta cláusula constitucional.

Algunos puntos en discusión

La singularidad que existe en la vinculación entre derecho del consumidor y derecho aeronáutico ha obligado a los doctrinarios y, principalmente, a los magistrados, a repensar la aplicación de algunos puntos nodales de la normativa consumeril para dar respuesta a la creciente judicialización que ha existido en el sector. En la presente sección abordaremos, a mero modo ejemplificativo, tres puntos que involucran esa relación: i) la competencia en materia aeronáutica; ii) la aplicación del daño punitivo a estos reclamos; y iii) el plazo de prescripción.

i) La competencia en materia aeronáutica

La judicialización de las cuestiones aeronáuticas ha venido *in crescendo* en estos últimos años; por un lado, por las mayores alternativas y facilidades que existen para volar, como también, accidentalmente, por las consecuencias que tuvo la pandemia por coronavirus en el sector. Basta ver, en este último sentido, la cantidad de causas que se iniciaron contra empresas aerocomerciales entre 2020 y 2022, por cancelaciones o reprogramaciones en los vuelos.

Uno de los mayores problemas que este desarrollo ha tenido es el de la determinación de la competencia judicial para entender sobre las causas, particularmente por una tensión entre la justicia federal, las

justicias ordinarias y, en el caso particular de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la justicia de relaciones de consumo.

Por su singularidad, única dentro del territorio argentino, analizaremos lo que ocurre en el ámbito de esta ciudad, donde *a priori* parecerían existir tres opciones para demandar: la justicia civil y comercial federal, la justicia nacional en lo comercial o la justicia contencioso administrativo, tributario y de relaciones de consumo de la CABA.

Lo primero que corresponde señalar es que, en materia aeronáutica, el Código Aeronáutico, aprobado por la Ley Nº 17285, en su artículo 197 prevé que corresponde a la legislación nacional la regulación de lo concerniente a:

1. La circulación aérea en general, especialmente el funcionamiento de aeródromos destinados a la navegación aérea internacional e interprovincial o a servicios aéreos conectados con estas;
2. El otorgamiento de títulos habilitantes del personal aeronáutico, así como la matriculación y certificación de aeronavegabilidad de las aeronaves; y
3. El otorgamiento de los servicios comerciales aéreos.

El artículo siguiente, en línea con ello, dispone que es competencia de la Corte Suprema y de los demás tribunales de la Nación el conocimiento y decisión de las causas que versen sobre navegación aérea o comercio aéreo en general y de los delitos que puedan afectarlos.

Estas normas encuentran su sentido en el hecho de que, como se indicó anteriormente, la actividad aeronáutica supone, en su realización, una actividad que no se encuentra regulada por el Estado y circunscripta a una única jurisdicción; por el contrario, sus rasgos fundamentales abrevan en la interconexión entre distintas ciudades, provincias y países.

La regla general, ha sostenido la Corte, es que en los reclamos de consumidores contra aerolíneas y a diferencia de otro tipo de acciones que involucran a consumidores y usuarios, corresponde a la justicia federal conocer sobre este tipo de causas y, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires que cuenta con especialización en función de la materia, al fuero civil y comercial federal en particular; ello, aclaramos, en la medida en que el reclamo se dirija contra la empresa aeronáutica.

Así, el Máximo Tribunal ha dicho, en el primero de aquellos supuestos, que corresponde la intervención del fuero federal cuando:

> … las cuestiones planteadas se hallan principalmente vinculadas con el servicio de transporte aéreo comercial, entendido este como la serie de actos destinados al traslado en aeronave de personas o cosas, de un aeródromo a otro y por ende, sujetas a las prescripciones del Código Aeronáutico, su reglamentación y normas operativas de la autoridad aeronáutica (arts. 1, 92, 93, 95, 97, 108, 113, 116, 141 y cc. de la ley 17.285).[19]

Contrariamente, ha descartado dicha competencia en los casos en los que el sujeto demandado resultaba ser una agencia de turismo. En "Texido",[20] el procurador fiscal ante la Corte, a cuyo dictamen remitió el tribunal, descartó la intervención de la justicia civil y comercial federal, puesto que

> … los hechos expuestos en el escrito de inicio, como el objeto principal del reclamo de autos, se relacionan estrictamente con el incumplimiento de obligaciones nacidas de un contrato celebrado entre el actor y una sociedad mercantil –agencia de turismo–, sin que se encuentre demandada la línea aérea.

Aún más, añadió:

> … en el marco en el que fue promovida la acción, no se encuentra en debate la aplicación o inteligencia de la legislación aeronáutica, de naturaleza federal, por lo que considero que corresponde atribuir competencia a la Justicia Nacional en lo Comercial.[21]

19. CSJN, Fallos: 346:75; 345:1289.

20. CSJN, "Texido, Juan Ignacio c/ Despegar com.ar S.A. s/ incumplimiento de contrato", 26/03/2014. También "Carnevale, Rodrigo Daniel c/ Despegar COM AR SA s/ incumplimiento de contrato", del 08/11/2022.

21. En "Silva, Mauricio", dictamen del 21/02/2022 al que remitió la CSJN, el procurador consideró que correspondía la intervención de la justicia federal, aun cuando el actor hubiera desistido de demandar a la aerolínea:
"No obsta a lo anterior que, en el marco del trámite seguido a propósito de la competencia del juzgado preveniente, el accionante haya informado que arribó a un acuerdo extrajudicial con la aerolínea por el que obtuvo la entrega de los pasajes oportunamente contratados y que, por ello, continuaba la acción solo contra la codemandada Despegar respecto de los restantes servicios.
Lo anterior es así, toda vez que el propio peticionario aclaró, posteriormente, que pese a haber conseguido los nuevos vouchers, no desistía de la demanda en orden a la responsabilidad de la compañía por la conducta desplegada en origen e, incluso, al tiempo de contestar la demanda presentada. En tales condiciones, y puesto que

En términos generales, el criterio de demarcación resulta claro. Naturalmente, como en la resolución de cualquier cuestión de competencia, corresponderá al juzgado analizar los hechos y determinar dentro de qué supuesto se encuadra.

Los problemas surgen –en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– en el segundo universo de casos, cuando lo que corresponde delimitar es si resultará competente la Justicia Nacional en lo Comercial o la Justicia Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de esa ciudad.

A partir del dictado de la sentencia en "Bazán",[22] quien debe resolver los conflictos de competencia entre los fueros mencionados es el Tribunal Superior de Justicia de la CABA. A la fecha, no obstante, no hemos encontrado que se haya pronunciado sobre este tipo de controversias. Sí lo ha hecho en conflictos negativos de competencia en causas de otra índole que involucraban la aplicación de la normativa consumeril y que permitirían inferir cuál sería la resolución que el tribunal adoptaría. Particularmente, en la causa "Benítez, María Fernanda c/ FCA S.A.", del 22/12/2022, concluyó:

> La competencia jurisdiccional para entender en la reparación de los daños ocurridos con motivo u ocasión de una relación de consumo ha sido acordada por el Congreso a la Ciudad de modo expreso por la ley 26.361 que reforma la ley 24.240. Así se desprende de la redacción actual de los artículos 40 bis, 41, 45, 53 y concordantes de la ley 24.240, en cuanto establecen que la Ciudad y las provincias actúan como autoridades de aplicación local de lo allí dispuesto. En suma, estamos frente a una norma que contiene disposiciones expresas que acuerdan a la Ciudad de Buenos Aires la jurisdicción para entender en pleitos donde se ventilen los alcances y/o la existencia de relaciones de consumo, en consonancia con lo que pretende la parte accionante.[23]

---

aún subsiste parcialmente el reclamo por daños y perjuicios motivado por la suspensión y reprogramación de los vuelos contratados con Aerolíneas Argentina a través de Despegar.com.ar S.A., extremo eminentemente vinculado con el transporte aéreo de pasajeros, considero que ello resulta suficiente para justificar la atribución de la competencia al fuero federal".

22. CSJN, Fallos: 342:509, sentencia del 04/04/2019.

23. Juz. CAyT N ° 25, "Benítez, María Fernanda c/ FCA S.A. de ahorro para fines determinados y otros s/ relaciones de consumo", Expte. Nº 238316/2021, 22/12/2022.

Sostenemos que esa conclusión, la compartamos o no, permitiría adelantar la solución y zanjar la cuestión en tanto para determinar la competencia hace primar la aplicación de un determinado régimen –el de consumo–, más que la particular cuestión que se esté de fondo (el tipo de contrato, el sector comercial del que se trate, etc.). Entonces, descartada la procedencia del fuero federal y la primacía del derecho aeronáutico, frente a estos supuestos donde se cuestiona la vulneración de cláusulas del régimen de consumidores y usuarios, la solución resultaría ser la competencia de la justicia local de CABA.

ii) Daño punitivo[24]

Otro de los puntos que tiene una modulación particular a raíz de esta relación entre derecho aeronáutico y derecho del consumidor es el de la aplicación del instituto del daño punitivo, regulado en el artículo 52 bis de la Ley Nº 24240 a los reclamos por cuestiones aerocomerciales.

En el caso de los vuelos internacionales, el artículo 29 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas para el Transporte Aéreo, suscripto en Montreal en 1999 y aprobado por Ley Nº 26451, establece que

> … en el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente Convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa, solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio, sin que ello afecte la cuestión de las personas que puedan iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En ninguna de esas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria (art. 29).

En definitiva, esta última oración –que incorpora un supuesto no previsto en las normas aeronáuticas antecesoras– lo que hace es excluir la posibilidad de aplicar multas civiles en concepto de daño punitivo.

24. Sobre este punto, ver el comentario al artículo 52 bis en esta obra.

La Cámara Civil y Comercial Federal, a partir de la entrada en vigencia de la Ley Nº 26451, ha sido consistente en aceptar esta conclusión. La Sala I del fuero, en este sentido, al rechazar la aplicación del daño punitivo en una demanda aeronáutica, concluyó:

> … toda vez que en el supuesto bajo análisis existen previsiones específicas que rigen la cuestión, restringiéndose expresamente la posibilidad de imponer indemnizaciones de carácter punitivo […] no cabe prescindir de la autonomía del derecho aeronáutico ni de las normas materiales de derecho internacional que lo rigen y que obligan a morigerar las soluciones de neto corte localista. En este orden de ideas, cuando el supuesto sometido a decisión encuadra – como en el caso– en previsiones específicas de una ley especial, no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y apartarse de ellas, por aplicación del principio de especialidad.[25]

En igual sentido, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal, en un caso referido a una cancelación de un vuelo, sostuvo que

> … no se desconoce, tal como plantea el actor, que con la anulación unilateral de los tickets, la accionada incurrió en un práctica comercial impropia para los usuarios […] tampoco se puede soslayar que la multa pretendida resulta incompatible con lo previsto expresamente en el artículo 29 del Convenio de Montreal 1999, aprobado por Ley N° 26.451, que, como se dijo en la sentencia de grado y no fue cuestionado, resulta aplicable por estar frente a un transporte aéreo internacional entre Estados Parte del Convenio […] tomando en consideración que al momento de los sucesos la Convención de Montreal ya se hallaba vigente y el carácter supletorio de la Ley de Defensa del Consumidor en materia de derecho aeronáutico (art. 63 de la Ley N° 24.240), de conformidad a lo dictaminado por el Ministerio Público Fiscal […], corresponde desestimar la aplicación de una multa civil en concepto de daño punitivo.

Naturalmente, quienes defienden la aplicación directa de la Ley Nº 24240 no comparten este tipo de conclusiones y no vislumbran razones por las cuales no resultaría procedente el daño punitivo sobre este sector. Barreiro, así, manifiesta que no le resulta:

25. Sala I, Cámara Civil y Comercial Federal, "Ure, Carlos Ernesto y otro c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ incumplimiento de contrato", causa N° 6428/2018, sentencia del 02/11/2021.

> … tan claro que la norma del art. 29 del Convenio de Montreal supere el tamiz de constitucionalidad en cuanto por una parte avanza sobre el derecho constitucional de los consumidores (art. 42 CN), en particular sobre sus intereses económicos, y por otra, con dudosa razonabilidad extiende los límites indemnizatorios de la Convención a cuestiones no tratadas en ella.[26]

Por el contrario, con cita en jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la autora considera que el referido convenio fue suscripto en miras a asegurar la protección de los intereses de los usuarios y que a la luz de ese objetivo deben evaluarse sus previsiones.

Distinto parecería ser el caso de los vuelos de cabotaje en la medida en que la Convención de Montreal regula los vuelos internacionales. En este sentido, coincidimos con Barocelli en que "nada impide que se le apliquen a las compañías aéreas en los vuelos de cabotaje, los daños punitivos del Art. 52 bis de la LDC en caso de corresponder".[27]

Así, por ejemplo, en la causa "Di Tella, Belén María", la Sala VII de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba resolvió aplicar una multa civil en concepto de daño punitivo contra una empresa aerocomercial frente a la cancelación de un vuelo de cabotaje. En sus fundamentos, el tribunal concluyó que resultaba de aplicación la Ley Nº 24240 y que, en este sentido:

> … ante la situación en que se dejó a los consumidores con este tipo de conductas, es necesario un mecanismo aleccionador y ejemplificador, que la accionada sienta en sus arcas el efecto de esta multa civil, y ello coadyuve a que modifique su comportamiento.[28]

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, finalmente, dejó firme la sentencia, al desestimar el recurso extraordinario federal mediante la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.[29]

---

26. Barreiro, Karina, "Sobreventa de pasajes aéreos y daños punitivos en el transporte aéreo de pasajeros", *La Ley*, 06/12/2017, *LL* 2017-F-379.

27. Barocelli, Sebastián, "Ámbito de aplicación del derecho del consumidor", *op. cit.*

28. Sentencia del 22/04/2019.

29. Sentencia del 07/04/2022. Para evitar confusiones sobre el sentido, cabe recordar que la CSJN ha sostenido que la desestimación de un recurso extraordinario mediante la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no

iii) Prescripción (y caducidad)

También existen diferencias entre la normativa aeronáutica y la de consumidores en lo atinente al plazo de prescripción.

En el artículo 2562, inciso d), el Código Civil y Comercial de la Nación establece que prescriben a los dos años los reclamos de los daños derivados del contrato de transporte de personas o cosas. Por su parte, en lo que se vincula con los consumidores, el Código Aeronáutico, en su artículo 228, prevé el plazo de prescripción de un año por los daños causados a los pasajeros, equipajes o mercaderías transportados, contados a partir de la llegada al punto de destino o desde el día en que la aeronave debiese haber llegado o desde la detención del transporte o desde que la persona sea declarada ausente con presunción de fallecimiento.

Por otra parte, para el caso del transporte aéreo internacional, el Convenio de Montreal de 1999 –al igual que el de Varsovia de 1929– regula un plazo de caducidad para iniciar la acción de dos años.[30] El artículo 35, denominado "Plazo para las acciones", dispone:

> El derecho a indemnización se extinguirá si no se inicia una acción dentro del plazo de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino o del día en que la aeronave debería haber llegado o la de la detención del transporte.

La Cámara Civil y Comercial Federal ha reconocido la aplicación de estos plazos especiales y el desplazamiento de los plazos previstos en la legislación de fondo o de consumo. Así, antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, sostuvo:

> En lo atinente al plazo de prescripción de la presente acción, no puede prosperar la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor como lo pretende la actora, puesto que no cabe duda que en las presentes actuaciones –y al solo efecto de determinar la naturaleza de la acción impetrada y el plazo de prescripción aplicable– se trata de una demanda fundada en un hecho originado en la actividad aeronáutica, extremo que determina la aplicación del plazo específico de prescripción que prevé la ley en la

importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida (Fallos: 322:3217; 330:496; 344:3156, 345:647, entre otros).

30. Sobre los antecedentes y los alcances de la caducidad ver Knobel, Horacio, "Transporte aéreo, relaciones de consumo y prescripción", *La Ley*, 11/08/2015, *LL* 2015-D-343; *RCyS* 2016-I-49.

> materia, es decir, el art. 228 del Código Aeronáutico. En efecto, esta Sala sostuvo –en una situación similar a la presente– que cuando el supuesto sometido a decisión encuadra en previsiones específicas de la ley especial no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y a apartarse de ellas [...] En el contexto antedicho, la demanda interpuesta lo fue una vez transcurrido el plazo anual al que se hizo referencia.[31]

Por otra parte, recientemente, en un caso vinculado a un vuelo internacional y la aplicación de los convenios internacionales, la Sala II de esa Cámara sostuvo que existían regulaciones específicas que regían la cuestión y, tratando el plazo de caducidad indistintamente como uno de prescripción, expuso que

> ... no existen razones valederas que, como principio, autoricen a descartarlas y a apartarse de ellas, por aplicación del principio de especialidad [...] Cierto es que los pasajeros que contratan los servicios de una aerolínea no son otra cosa que "consumidores" en los términos de la ley 24.240 (conf. art. 1º, texto según ley 26.361, B.O. 7/4/08) y, por esta razón, no puede excluirse totalmente las restantes disposiciones de la ley 24.240 [...] pero no lo es menos que la relación de consumo que pueda estar implicada en el vínculo entre las partes no obsta a la aplicación de la ley especial, que prima por sobre las normas supletorias (conf. art. 63 de la LDC citado). Definido el plazo de prescripción de la presente acción en dos años (art. 35 del Protocolo de Montreal), la demanda interpuesta una vez transcurrido dicho plazo se encuentra prescripta.[32]

31. CCiv. y Com. Fed., Sala III, "Marcori, Victoria Elsa c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/ incumplimiento de contrato", 28/06/2013.
En "Montero Miguel Ángel y otros c/ LAN Argentina S.A. s/ daños y perjuicios", sentencia del 11/06/15, el tribunal resolvió que: "En las presentes actuaciones –y al solo efecto de determinar la naturaleza de la acción impetrada y el plazo de prescripción aplicable– se trata de una demanda fundada en un hecho originado en la actividad aeronáutica, extremo que determina la aplicación del plazo específico de prescripción que prevé la ley en la materia, es decir, el art. 228 del Código Aeronáutico, como bien lo resolvió el Magistrado de la anterior instancia [...] Y así lo ha entendido el propio legislador cuando estableció en el art. 63 de la ley 24.240 que al contrato de transporte se le aplicara el Código Aeronáutico, los tratados internacionales y solo supletoriamente la ley de Defensa del Consumidor [...] Lo expuesto no significa negar la relación de consumo sino rechazar el desplazamiento de las normas de la ley aeronáutica las que específicamente rigen la cuestión".

32. CCiv. y Com. Fed., Sala II, "Ghidella, Marta Elba c/ LAN Argentina S.A. y otro s/ incumplimiento de contrato", Expte. N° 23558/2018, 02/07/2021.

Para finalizar, quisiera remarcar que la incorporación de los derechos de usuarios y consumidores dentro del texto constitucional ha sido una verdadera revolución, como sostuvimos al principio del capítulo. Pocas ramas del derecho han tenido tanto desarrollo como esta, en estos últimos años. No obstante, dicha introducción no ha implicado la creación de un sistema que se excluye a las reglas que establece el propio texto constitucional.

Los derechos, como bien es sabido, están sujetos a las leyes que reglamenten su ejercicio, con el infranqueable valladar de que no pueden ser alterados. El derecho del consumidor no escapa de esas premisas. La particular relación delimitada por las autoridades constitucionales entre la legislación aeronáutica y la legislación consumeril constituye una de las alternativas viables –aunque no la única– y la supletoriedad existente entre una y otra, creemos, no vulnera el precepto del artículo 42; del mismo modo que los consumidores tienen los derechos que allí se prescriben, también quienes llevan adelante actividades empresariales cuentan con los derechos a comerciar libremente que la propia Constitución les confiere.

Cierto es que existen algunas decisiones que bien podrían estar teñidas de inconstitucionales. Un régimen que vedara por completo la posibilidad del acceso a información veraz podría colisionar con la expresa manda que establece la norma constitucional. No obstante, no toda decisión legislativa resulta inconstitucional por el mero hecho de no coincidir con nuestras preferencias personales. La solución de excluir el daño punitivo de los vuelos internacionales o establecer reglas diferenciadas para la prescripción no supone una alteración de los derechos de los consumidores, sino la adopción de un particular curso legislativo, como bien podría haber sido otro.

La confusión, entendemos, surge de creer que la Constitución Nacional o los instrumentos internacionales tienen que regular los pormenores de las distintas ramas del derecho. Eso queda, en nuestro sistema, sujeto a la competencia de las autoridades constitucionales. Constitución, convenciones, leyes y reglamentos actúan en escalas de abstracción diferentes y tienen objetivos diferentes. Es, como postula Garay, difícil imaginar "cómo elaborar todo un código que fuera derivación 'estricta' cuando la Constitución posee cláusulas tan

generales";[33] por el contrario, por más ingenio o voluntad que se le imprima a esa aspiración:

> … esos cuerpos normativos, simplemente, regulan aspectos de la vida civil o comercial de los habitantes y, en su amplia mayoría, no están regidos por, ni relacionados de modo directo o cercano con, las disposiciones de Ley Fundamental. Creer lo contrario implica trivializar, banalizar la Constitución como tal y el significado de sus disposiciones. Implica también quitar al Derecho Civil y Comercial y a sus viejas y nuevas instituciones el espacio enorme que ocupan merecidamente.[34]

Artículo 64. Modifícase el artículo 13 de la ley 22.802, que quedará redactado de la siguiente forma:

Los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias, con respecto a los hechos cometidos en su jurisdicción y que afecten exclusivamente al comercio local, juzgando las presuntas infracciones.

A ese fin determinarán los organismos que cumplirán tales funciones, pudiendo los gobiernos provinciales delegar sus atribuciones en los gobiernos municipales, excepto la de juzgamiento que solo será delegable en el caso de exhibición de precios previsto en el inciso i) del artículo 12.

Este artículo modifica la Ley 22.802 de Lealtad Comercial. Esta norma, a su vez, fue abrogada por el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 274/2019 (ver artículo 72). Por tal motivo, a la fecha, se encuentra derogado. Sobre la temática, el decreto establece una regulación específica en sus artículos 27, 28 y 29, entre otros.

33. Garay, Alberto F., "El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados", en *Revista Código Civil y Comercial*, Thomson Reuters, 2015, p. 13.

34. Ibídem, p. 19.

Artículo 65*

La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.

Concordancias: *art. 42 CN, art. 46 CCABA, arts. 1, 2, 12, 1094, 1095 del CCCN.*

En materia de orden público, la única constante en el derecho nacional y comparado es la dificultad advertida por los autores para su definición. Vareilles-Sommieres ha dicho que esa tarea es "un suplicio para la inteligencia";[35] y Roa que se trata de una empresa que ha "desesperado" a los juristas que la encararon.[36]

Sin embargo, el derecho positivo argentino sigue abrevando en esta noción aun en sus leyes más modernas. Tan solo para ubicar el asunto en los momentos más relevantes de nuestra historia legislativa, el lector podrá corroborar la similitud que existe entre el artículo 21 del Código de Vélez[37] y el 12 de nuestro Código actual.[38] Esta pervivencia sugiere que en nuestra concepción de lo jurídico existe un ámbito de indisponibilidad que sigue siendo relevante.

Los orígenes más remotos de la institución aparecen en el Derecho Romano. En efecto, el Digesto incluye en dos pasajes una noción de orden público muy próxima a la que tienen nuestras leyes vigentes: la inderogabilidad de las normas de derecho público mediante convenciones particulares.[39] Se advierte enseguida que para los romanos no había diferencias visibles entre el derecho público y el orden público.

---

* Comentario sobre el artículo 65 por Lucas Bellotti.

35. Acedo Penco, Ángel, "El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia", -15 *Ann. Fac. Der. U. Extremadura*, 1996, vol. 14, p. 323.

36. Borda, Guillermo, "Concepto de ley de orden público", *La Ley*, 1950, p. 997.

37. "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres".

38. "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público".

39. Digesto, Lib. II, tit. 14, Ley Nº 38 y Lib. L, tit. 17, Ley Nº 45, nº 1.

Una primera lectura, superficial, de esta equiparación nos provoca algún rechazo. La distinción entre derecho público y privado –y dentro de este último, el modo de operar del orden público– hace a las bases mismas de nuestra formación académica. Sin embargo, la tesis de identidad entre orden público y derecho público aparece como una lectura posible que atraviesa prácticamente la historia moderna del concepto del que nos estamos ocupando.

En efecto, fue defendida por uno de los principales redactores del Código de Napoleón, fundacional en la materia según se verá.[40]

Y de allí pasó a juristas de fuste del mundo hispano, que siguieron de cerca las previsiones del Code, como Florencio García Goyena. El autor del proyecto de Código Civil de 1851 para el Reino de España explicó en una obra posterior que convenía reemplazar el término galo de "orden público", precisamente por el de "derecho público", de cuño romano. Lo consideraba más amplio y sencillo de distinguir de ciertas concepciones legas asociadas a la tranquilidad comunal. En la concepción del ibérico, cabía dentro del "Derecho Público" todo aquello que tuviera por objeto la utilidad o la moral públicas, la forma y solemnidades de los actos o instrumentos y de los juicios.[41]

La perdurabilidad de esta corriente de opinión es ciertamente notable y llega a nuestros días defendida por autores de la talla de Hernando Devis Echandia, quien defendió la equiparación mencionada desde una anticipada identificación del proceso de publicización del derecho privado.[42]

Retomando el recorrido histórico de la figura, nos encontramos con un concepto embrionario del orden público como límite a la libertad contractual en Las Partidas de Alfonso El Sabio. La Ley XXVIII de la Partida V establecía respecto de todo pacto "que es fecho contra nuestra ley o contra las buenas costumbres [...] non debe ser guardado, maguer pena o juramente fuese puesto en él".

40. Nos referimos a Jean-Étienne Portalis en su exposición relativa al art. 6 del Code de Napoleón. Véase una crítica al respecto en Belluscio, Augusto y Zannoni Eduardo. *Código Civil comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires: Astrea, 1979, Tº I, p. 103.

41. García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1879. Tº I, p. 23.

42. Devis Echandía, Hernando, "Evolución de la noción de orden público", en *Revista de La Universidad Nacional* (1944-1992), 1946, Nº 6, p. 251-262.

En materia de derecho positivo moderno es seguro que la noción hizo aparición en el artículo 6 del Código de Napoleón y desde allí fluyó hacia las otras codificaciones que se inspiraron en él, entre ellas la argentina. Como dijimos más arriba, la norma informaba que los particulares no podían pactar dejar sin efecto leyes en las que se interesaba el orden público.

Cuando se acerca la lupa a esta formulación surgen cuestiones bien interesantes. La idea ilustrada del legislador infalible hizo valer su influencia en esta primera recepción del orden público en el código de derecho privado por excelencia. Nótese que no se habla del orden público como valor autónomo, abstracto o en general sino de las leyes que a él refieren.

Es que el auge de la exégesis como único modo válido, o al menos el modo privilegiado, de interpretación de la ley, no hubiera permitido el nacimiento de un orden público instalado en el ámbito de los valores o los principios jurídicos.[43] Menos aun si se tiene en cuenta que aquel apareció como un límite a la fuente creadora de derecho favorita de las codificaciones del siglo XIX, la autonomía de la voluntad.

De allí que se hablara de un orden público "rigurosamente legal".[44] Es decir, un orden público que la ley general (por ejemplo, el código civil) reconoce como límite general y que la ley particular específica. Solo será de orden público la norma que el legislador repute como tal.

Claro que esa ortodoxia no duraría para siempre. Nuevas filosofías y nuevos valores en auge van a jalonar un desplazamiento de ese orden público mínimo y excepcional hacia otro más vigoroso y, en algunos casos, omnipresente. Así, la transición hacia un modelo de Estado intervencionista iniciada bien entrado el siglo XX haría nacer algo hasta entonces desconocido, un llamado "orden público económico".

El concepto se atribuye con justicia a un joven Rippert, pero ganó rápido predicamento entre los grandes doctrinarios de su época. Uno y otros vieron entusiasmados el ocaso de ese orden público

43. Vigo, Rodolfo, "Descrédito y Necesidad de la Filosofía del Derecho", en *Interpretación jurídica*, Rubinzal Culzoni, 1999, pp. 291-303.

44. Devis Echandía, *op. cit.*, p. 251.

inicial –típicamente político y tuitivo de la libertad– y la aurora de otro, renovado, más próximo a las preocupaciones por la igualdad social y a la agenda del intervencionismo público.[45]

Los autores extranjeros en general reconocen esta irrupción como una consecuencia de la voluntad de las agencias públicas de limitar la libertad individual (muy especialmente la de contratación) para asegurar cierta orientación de la economía.[46]

La doctrina argentina ha llegado a afirmar que esta noción de la que ahora nos ocupamos fue una eficaz herramienta al servicio del Estado intervencionista y que provocó una inversión de los antiguos principios liberales: del contrato como ley para las partes se pasó a la ley como contrato de las partes.[47]

Para mediados del siglo XX prima cierta heterogeneidad entre nuestros autores.

Una distinguida obra de Manuel Arauz Castex entrará de lleno en estas complejidades.[48]

Tras repasar con detalle las distintas opiniones doctrinarias en disputa, el doctrinario creerá encontrar la clave de bóveda del asunto en la noción de imperatividad de la ley. A su ver, si bien aquella es una cualidad connatural a la norma positiva, cabe la posibilidad de que el legislador válidamente la dispense. Leyes de orden público serían –entonces– todas aquellas constitucionalmente válidas en las que el legislador, por diversas razones, no realiza esa dispensa y exige su operatividad en todos los casos.

En alguna medida, la propuesta se emparenta con la idea del orden público estrictamente legal que defendió la escuela de la exégesis francesa: todo su campo está delimitado por la obra del legislador.

La profundidad de las reflexiones de Arauz Castex y los agudos señalamientos hechos a cada una de las tesis descartadas en su obra no alcanzaron para generar una general adhesión en la materia.

---

45. Fermandois Vöhringer, "Arturo. Ripert y su influencia en el Concepto de Orden Público Económico: Auge y Caída de una Visión Dirigista", en *Revista Chilena de Derecho*, 2005, 32(1), 7–18.

46. Acedo Penco, *op. cit.*, p. 362 y doctrina allí citada.

47. Belluscio y Zannoni, *op. cit.*, p. 105.

48. Arauz Castex, Manuel, *La ley de orden público,* Buenos Aires, V. Abeledo, 1945.

Incluso para esta época aparece un interesante fallo de la Corte Suprema que, tangencialmente, señala lo dudoso del argumento según el cual el legislador pueste investir de orden público a una norma solo por atribuirle tal carácter en su texto.[49]

De cualquier manera, la tesis de Aráuz Castex incorpora algunas visiones que nos aproximan al objeto central de esta obra cuando, al alejarse del terreno de las definiciones e ingresar en el modo en que opera la noción del orden público, identifica entre sus funciones la protectoria.

Una reflexión detenida llevará al autor a identificar una auténtica "desfiguración de la autonomía de la voluntad" en los contratos de adhesión.[50] Y, más generalmente, captará la necesidad de la intervención legal frente a las relaciones jurídicas fuertemente asimétricas generadas por el mercado. Al decir del autor,

> ... [c]uando una de las partes busca en el contrato una prestación de interés vital y el otro un beneficio pecuniario, la ley de las partes puede no ser justa; hace falta a veces la intervención del Estado. He ahí las nuevas leyes imperativas.[51]

Borda polemizará con estas nociones. En un conocido aporte[52] sostendrá que la frontera entre el orden público y el orden privado es el interés comprometido en la norma. Así, serían de orden público las que conciernen a un interés general, colectivo o social; en tanto que las que atañen solo a intereses particulares se instalarían en el otro registro.

Si bien el autor reconoce que, en definitiva, todas las normas persiguen en alguna medida un bien general o interesan a la comunidad, las de orden público se caracterizan por hacerlo de manera inmediata. Es decir, a criterio del autor, en ellas lo que interesa a la comunidad es la solución expresamente dada por el legislador; y no la mera existencia de alguna solución, cualquiera sea, que permite sortear las dudas o colmar los olvidos de las partes.

---

49. CSJN, Fallos, 270:201, "Díaz, José Manuel y otros c/ Banco de Avellaneda S.A. s/ indem. reincorporación al puesto", 03/04/1968.

50. Aráuz Castex, *op. cit.*, p. 83.

51. Ibídem, p. 87.

52. Borda, Guillermo, "Concepto de Ley de Orden Público", *LL58 -997*.

No caben dudas de que este criterio es uno de los más difundidos y explicados en el ámbito académico. Sin embargo, existen varios supuestos que una tesis de estas características no puede explicar, como ocurre con las normas imperativas que integran el estatuto de la capacidad de las personas, que se establecen en favor de estas últimas, y sin embargo constituyen típicos ejemplos de leyes de orden público.

Se podrá replicar que hay un interés general de la sociedad en la protección de los incapaces de hecho. Moralmente resulta persuasivo y esperanzador sostenerlo. Sin embargo, la solución remite a un análisis de intereses mediatos que subyacen en las normas, que es justamente lo que Borda descarta para construir su argumentación.

En definitiva, cualquier norma imperativa que beneficie a particulares –y el estatuto del consumidor no es ajeno a esto– puede encontrar una justificación más o menos lejana en intereses generales de la sociedad, vinculados a cierto concepto.

Desde nuestro punto de vista, la tesis más satisfactoria la propusieron Salvat[53] y Llambías,[54] con algún matiz que lecturas más modernas ya le han puesto. Para los autores debe entenderse por orden público el conjunto de principios fundamentales en los que se cimenta la organización social.

Su aporte específico pasa por reconocer a ese orden público una singular mutabilidad y particularismo. Llambías aporta el ejemplo de la monogamia matrimonial: es una institución típicamente de orden público en el derecho occidental, mientras que en los países regidos por el islam la poligamia es la que está investida de aquel carácter. En un cuadrante similar, Salvat señala la indisolubilidad del matrimonio como principio de orden público que está presente en algunas legislaciones y ausente en otras.

De allí que el último de los doctrinarios llegara a afirmar que es imposible "establecer una regla absoluta para distinguir cuáles son las leyes cuya observancia interesa al orden público y cuáles no".[55]

53. Salvat, Raymundo M., *Tratado De Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, Tip. Editora Argentina, 1950, pp. 128 y ss.

54. Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil Parte General*, Tº I, Emilio Perrot, 1997, pp. 163 y ss.

55. Salvat, Raymundo M., *op. cit.*, p. 129.

De ello se derivan dos cuestiones importantes.

En primer lugar, imperatividad y orden público no son sinónimos, sino conceptos unidos por relación de causa y efecto. Todas las leyes de orden público son imperativas, pero no porque ambos conceptos tengan igual valor, sino porque una de las consecuencias que el orden público proyecta sobre la ley es su imperatividad.

En segundo lugar, cuando el legislador guarda silencio acerca del carácter de orden público o no de determinada norma, la tarea del jurista no será determinar si la regla interesa a los particulares o a la sociedad toda. Por el contrario, deberá determinar si el precepto se asienta sobre determinados principios que, en el lugar y momento del intérprete, cumplen un rol basal para la sociedad, al punto de vincularse a su digna subsistencia.

Decíamos que concepciones más modernas han matizado esta comprensión. En el trabajo de Acedo Penco que ya hemos citado, se la completa con la incorporación de los valores constitucionales.

El autor identifica un movimiento reciente en la doctrina civilista que, frente a la pregunta del orden público en el derecho privado, comienza a incorporar los derechos fundamentales de la persona y los principios emanados de la Ley Fundamental.

Fácil resulta emparentar este desplazamiento con lo que en Argentina hemos llamado "constitucionalización del Derecho Privado". Ciertamente, el concepto provoca a veces más interrogantes que certezas y se lo ha invocado con los fines más diversos y no sin cierta ligereza en ciertos casos.[56] Pero es indudable que en el discurso jurídico jusprivatista la Constitución Nacional ha pasado a ocupar –de un tiempo a esta parte– un mayor protagonismo, al que cierto sector de la disciplina era esquivo antes. La fuerza normativa de la Ley Suprema ha cobrado recientemente un nuevo significado para amplios sectores de la vida académica y jurisprudencial del derecho civil.

No ha de sorprender entonces, como se anticipara, que la moderna doctrina defina al orden público con expresa referencia a "lo constitucional". Así, ampliando si se quiere las nociones fundantes de Llambías y Salvat, se ha afirmado que el concepto actual de orden

56. Rivera, Julio César, "Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a más de seis años de su entrada en vigencia", en *Tratado de Derecho Constitucional y Convencional de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 2022, pp. 214–256.

público debe extraerse del conjunto de principios que conforman los fundamentos constitucionales de políticos, económicos, sociales y relativos a la paz social, que persiguen una autonomía de la voluntad orientada hacia el Derecho justo.[57]

Esto, como se intuye, nos instala en el tema específico de esta obra. No solo porque la Ley 24.240 ha sido calificada por el legislador desde sus orígenes como de orden público, circunstancia que –esperamos– puede comprenderse mejor tras todo lo dicho.

También, y fundamentalmente, porque la incorporación de los derechos del consumidor y el usuario al texto constitucional en 1994 permite identificar hasta qué punto la totalidad el estatuto consumeril se encuentra inscripto en los valores tuitivos que de allí emanan. Desde tal punto de vista, su carácter de orden público trasciende la calificación mutable que pueda hacer el legislador al respecto y se proyecta hacia toda la normativa de protección específica, sea o no calificada de tal manera.[58]

La Ley Nº 24240 y el microsistema consumeril como normas de orden público

De lo anterior se desprende que el estatuto consumeril, también llamado "microsistema del Derecho del Consumidor" está estructurado sobre la idea de orden público. La doctrina especializada lo ha considerado enmarcado en el llamado orden público económico (sobre el que ya habláramos) de protección[59] o, más sencillamente, orden público de protección.

Ese último concepto ha atraído especialmente a la doctrina nacional, y su mención tiene fuerte capacidad explicativa. Si bien no hace más que precisar una de las funciones posible del orden públi-

57. Acedo Penco, Ángel, *op. cit.*, p. 391.

58. Vázquez Ferreyra, Roberto, "El orden público en el derecho del consumidor", en *La Ley*, 20/11/2015.

59. Quaglia, Marcelo Carlos, "El desequilibrio relacional y del orden público de protección. Defensa del consumidor y revalorización de los principios generales (con especial referencia a la buena fe y a la protección de la confianza) La equidad en el ámbito del derecho del consumidor", en *Tratado de derecho del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2015, pp. 271-208.

co en general, en el ámbito de las relaciones de consumo se lo ha asociado a la corrección de las asimetrías (económicas, jurídicas, de información) que generan las fallas de mercado. Así lo entienden Lorenzetti[60] y Mosset Iturraspe.[61]

Conocidamente, el artículo 65 de la Ley Nº 24.240 determina el carácter de orden público de toda la normativa. Ello proyecta sus consecuencias al resto del articulado puesto que, como se advirtió con buen criterio, la celebración de contratos en infracción a esta norma provoca nulidades absolutas,[62] y por lo tanto imprescriptibles, insusceptibles de convalidación ulterior, pasibles de ser reclamadas por el Ministerio Público o declaradas de oficio por el juez.

Encontramos un ilustrativo precedente sobre el punto en los repertorios de la Justicia Nacional en lo Comercial.

Se trató de un supuesto en el que el proveedor de servicios financieros pretendió ejecutar un pagaré sobre la base de documentación que acompañó. Tras estudiarla, la jueza consideró que de esos instrumentos surgía una clara infracción del deber de información por parte del proveedor (art. 36 inc. g LDC). Por ello, declaró la nulidad de la documentación arrimada,[63] pese a que esto no había sido pedido por la demandada. Justamente basó su declaración oficiosa en el orden público comprometido y el carácter absoluto de las nulidades que se generan cuando se contrata en infracción a este. La Sala C de la alzada mercantil nacional confirmó el pronunciamiento, en un fallo[64] que recibió aval doctrinario.[65]

Algo similar ocurrió en materia de prescripción.

En un caso de reclamo por vicios redhibitorios, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por su Sala F, aplicó de oficio la normativa

60. Ver por ambos Vazquez Ferreyra, *op. cit.*

61. Mosset Iturraspe, Jorge, "El orden público y la tutela del consumidor y el usuario", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. 2007, (3), 49–60.

62. Ossola, Federico, "Irrenunciabilidad de los derechos del consumidor", *op. cit.*, pp. 331-329.

63. Así se expone en el fallo, aunque en realidad lo que debió declararse nulo es el convenio base de la ejecución.

64. "Banco Hipotecario S.A. c. Rodríguez, Eladia Dora s/ Ejecutivo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 15 de noviembre de 2019, LL 2020-B, 1 (Argentina).

65. Muñoz, Matías, "El orden público efectivo en el derecho del consumidor", en *Responsabilidad Civil y Seguros*, 2020 (V), p. 52.

consumeril que no había sido invocada en las instancias anteriores y rechazó la excepción de prescripción opuesta por la proveedora demandada. Para así decidir, juzgó que el plazo de prescripción era de tres años (art. 50 LDC) y no de tres meses, que era el previsto en el derecho común, dado que entre ambos litigantes se había anudado una relación de consumo.[66]

Expresamente afirma el Dr. Zannoni en su calidad de juez de primer voto que ello es posible "[a]unque la aplicabilidad de la ley 24.240 no fue invocada por las partes en la anterior instancia, y en el memorial se alude tímidamente a ella en la parte final [...] no solo en virtud del iura novit curia, sino porque se trata de una ley de orden público (art. 65)."

Ahora bien, frente al indiscutible carácter de orden público de la LDC surgen –sin embargo– interrogantes más sutiles. El modo de operar de ese orden público con relación al tiempo y la eficacia de los acuerdos logrados en el marco de los métodos alternativos de resolución de controversias son interrogantes de interés para el jurista contemporáneo.

Perez Hazaña estudia ambas cuestiones mediante interesantes analogías con el derecho del trabajo,[67] algo más desarrollado por su surgimiento anterior en el tiempo. El autor sostiene sobre estos tópicos que en el ámbito consumeril argentino (a diferencia de lo que ocurre en legislaciones comparadas como la chilena) el orden público se proyecta de modo bifronte. Tanto impide la abdicación anticipada de los derechos que asegura (imperatividad) como la renuncia a los que ya se incorporaron al patrimonio del sujeto más débil de la relación (irrenunciabilidad).

Puga no coincide con esta visión. Si bien admite la imperatividad del estatuto consumeril, afirma que los derechos ya incorporados al patrimonio del consumidor como consecuencia de una defectuosa ejecu-

66. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, "Mennah, Cristina Liliana c. Fernández Sarcone, Claudia Aída y otros", 17 de noviembre de 2010, DJ08/06/2011, 10 (Argentina).

67. Pérez Hazaña, Alejandro, "El orden público en el derecho del consumidor y los límites a las renuncias y transacciones", en *Revista de derecho comercial y de las obligaciones* (289), pp. 265-282.

ción del contrato o de la relación de consumo son estrictamente privados y de contenido patrimonial. De allí afirma que resultan renunciables.[68]

Frente al dilema que ello plantea cuando el consumidor logra acuerdos conciliatorios que requieren homologación, el autor propone que estos serán posibles siempre que la cuestión sea dudosa de hecho y no de derecho.[69] Esa es también una concepción razonablemente extrapolada del derecho del trabajo.

De todos modos siempre existirá un margen de penumbra, pues la distinción entre las cuestiones de derecho y las de hecho no es siempre nítida y es de la esencia de los mecanismos no controversiales cierto corrimiento respecto del eje de lo realmente acaecido (por lo demás, pasible de interpretaciones) para poner el énfasis en el modo de proveer respuestas recíprocamente satisfactorias.

Desde nuestra óptica, no parece posible exigir al operador, en todos los casos, una impecable reconstrucción de los hechos para luego admitir la transacción solo si es acorde a la plataforma fáctica descubierta. Ello se presenta en alguna medida encontrado con la finalización más pronta del conflicto que persigue la autocomposición. También con su propia razón de ser, pues la aplicación del Derecho a circunstancias jurídicamente indiscutidas es justamente la esencia de la resolución por adjudicación de estos conflictos.

A modo de cierre

Hemos intentado proveer al lector un concepto de orden público que puede ser de utilidad para extraer conclusiones frente a escenarios dudosos o no regulados. Tras considerar que él se define a partir de principios fundamentales de cada comunidad en cada tiempo, afirmamos que en la nuestra los valores constitucionales indudablemente lo integran. A partir de ello, y sobre la base de la específica consagración de los derechos del consumidor en nuestra Constitución Nacional, es que hemos intentado brindar una noción acerca del orden público

68. Puga, Mónica, "Estatuto de Defensa al Consumidor. La relación entre orden público económico y la Constitución Política", en *La Ley - Suplemento especial de Derecho Constitucional*, 2019, p. 185.

69. Pérez Hazaña, Alejandro, *op. cit.*

consumeril en el derecho argentino. Como se dijo, este ya no depende hace tiempo de la calificación que haga el legislador de las normas que integran el microsistema de consumo.

Tras esa comprobación, hemos querido presentar el modo concreto en que opera ese orden público presente en las regulaciones del consumo. Su campo de actuación es amplísimo pero su médula consiste en la imposibilidad de cancelar sus exigencias mediante acuerdos particulares.

Como derivación de lo anterior, siquiera el silencio o la omisión del interesado es suficiente para privarlo de las ventajas correctivas que el estatuto protectorio le asegura. Y así es que se anotan distintos casos donde los jueces, de oficio, han hecho valer las normas tuitivas en ámbitos otrora regidos implacablemente por el principio dispositivo.

Las aguas no son tan pacíficas en las zonas limítrofes, según se ha visto. Es lo que ocurre en los supuestos de renunciabilidad de derechos patrimoniales ya incorporados al patrimonio del consumidor. La falta de un pronunciamiento expreso de la LDC sobre el punto deja la cuestión abierta a la interpretación. En ella siempre terciarán aspectos filosóficos del operador y, muy especialmente, sus concepciones acerca de cuán deseable es asegurar mayores cuotas protectorias o de libertad contractual en esta parcela.

Ello se proyecta sobre el carácter transable o no de los derechos, aunque la realidad parece señalar que esta es una discusión más bien teórica: las transacciones abundan cuando se trata de cuestiones patrimoniales de esta esfera del derecho, sin que se corrobore una propensión a severas indagaciones en orden a los hechos en los que se funda el reclamo, lo cual no siempre es factible según hemos dicho.

Artículo 66. El Poder Ejecutivo nacional, a través de la autoridad de aplicación, dispondrá la edición de un texto ordenado de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor con sus modificaciones.

(Artículo incorporado por art. 33 de la Ley N° 26361, BO 07/04/2008)

Artículo 66. — Comuníquese al Poder Ejecutivo. — ALBERTO R. PIERRI. — EDUARDO MENEM. — Juan Estrada. — Edgardo Piuzzi.

(Nota Infoleg: debido a la incorporación dispuesta por art. 33 de la Ley N° 26361 BO 07/04/2008, ha quedado duplicado el número del presente artículo)

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTIDOS DIAS DEL MES DE SETIEMBRE DEL AÑO MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES.

Sobre los autores

María Constanza Garzino

Doctora en Derecho (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España), Magíster en Derecho Privado (Universidad Nacional de Rosario), Abogada (Universidad Nacional de Córdoba), Diplomada en Derecho del Consumidor (Universidad Nacional de Córdoba), Profesora Adjunta de Derecho del Consumidor, Cátedra B, Universidad Católica de Córdoba, Relatora en la Cámara en lo Civil y Comercial de 5° Nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba.

Débora T. Marhaba Mezzabotta

Magíster de la Universidad de Buenos Aires en Magistratura (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA), en Contratos y Daños (USal). Diplomada en tecnología, subjetividad y política (CLACSO) y en Gobernanza de Internet (UdeSA - UCU). Abogada (UNLaM). Docente de grado y posgrado. Investigadora en el proyecto UBACyT "Las profesiones jurídicas frente a la tecnología de producción, cálculo y vigilancia digital". Autora y coautora de artículos y capítulos de libros sobre responsabilidad civil, daños, derecho del consumidor y tecnología.

Nicolás Pérez Felicioni

Abogado (UBA). Máster en Cultura Jurídica por la Universidad de Girano (tesis en curso). Profesor adjunto en la materia "Genealogía de la Justicia" del departamento de Ciencia Sociales (UBA). Investigador en el proyecto UBACyT "Las profesiones jurídicas frente a la tecnología de producción, cálculo y vigilancia digital".

Sandra A. Frustagli

Investigadora de la Carrera del Investigador Científico de la Universidad Nacional de Rosario (UNR). Profesora Asociada de Derecho de los Contratos y de Derecho del Consumidor (UNR). Directora de la Maestría en Derecho Privado (UNR).

Johanna C. Faliero

Doctora en Derecho con Tesis Doctoral Distinguida en Protección de Datos Personales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Informático con Programa de Actualización en Derecho del Consumidor Profundizado y Abogada en Derecho Empresarial y Privado de la Facultad de Derecho (UBA). Directora del Programa de Actualización en Data Governance, Data Compliance, Infosec & Ciberseguridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Posgrado "Derecho a la protección de los consumidores y usuarios" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. Directora de Faliero Attorneys at Law y Consultora Internacional. Autora de 5 libros, entre ellos: *La protección de datos personales* (Editorial Ad Hoc, 2021).

Paula M. Cicchino

Secretaria de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Especialista en Contratos y Daños. Profesora Adjunta de "Obligaciones Civiles y Comerciales" y docente de "Derecho de Daños" en la cátedra del Dr. Sebastián Picasso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora de la Maestría en Derecho Privado, dirigida por los Dres. Alberto Bueres y Sebastián Picasso, en la misma facultad. Se desempeñó como Profesora Titular de "Teoría del razonamiento y la decisión judicial" en la Universidad de Palermo, como Profesora Adjunta de "Filosofía del derecho" en la Universidad del Museo Social Argentino y como Jefa de Trabajos Prácticos de "Introducción al Derecho" en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Matías N. Núñez Ostiz

Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Maestrando de la Maestría en Magistratura (UBA). Docente de la materia "Obligaciones Civiles y Comerciales" (UBA). Secretario de Juzgado en el Poder Judicial de la Nación.

Julián Lamanna

Abogado (UBA), Diploma de Honor y Abanderado de Colación. Maestrando en Derecho Empresario (Austral). Docente en las materias Obligaciones Civiles y Comerciales, Contratos Civiles y Comerciales y Contratos de Mercado: Empresas y Consumidores, todas ellas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Jorge Surin

Abogado UBA. Posgrado en Derechos Intelectuales, Universidad de Palermo (UP). Profesor titular de Derechos del Consumidor y Usuario en la Facultad de Abogacía de la Universidad de Belgrano (UB). Responsable de Lealtad Comercial e Inspecciones en Defensa al Consumidor del GCABA (2016-2023). Profesor de posgrado en UBA, AABA, UAI, UCES. Coautor de libros y artículos sobre lealtad comercial, publicidad engañosa y discriminatoria.

Gabriela A. Iturbide

Vocal de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Anteriormente fue Juez Nacional de Primera Instancia (JNC Nº 71). Adjunta de "Elementos de Derechos Reales" y de "Obligaciones", Facultad de Derecho (UBA). Profesora del Departamento de Posgrado en la carrera de Actualización en Derechos Reales. Titular de "Derecho de Defensa de la Competencia y de Defensa del Consumidor" en UCES. Docente de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Coordinadora de la Comisión de Capacitación que tiene a su cargo la Escuela Judicial en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. Miembro de las Comisiones de Capacitación, Gestión y Oralidad de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Doctora en Ciencias Jurídicas de la UMSA, cuya tesis doctoral "Fideicomiso de garantía" fue publicada por Editorial Hammurabi. Autora de diversos artículos y obras en colaboración en temas de su especialidad.

Manuel J. Pereira

Abogado (UBA). Maestrando en Derecho Civil Patrimonial (UCA). Especialista en Administración de Justicia (UBA) y en Derecho Sucesorio (UBA). Diplomado en Derecho del Consumidor (UCES), en la Actualización del Código Civil y Comercial Unificado (UBA) y en

Economía Digital (UBA). Secretario de Cámara de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor de posgrado en Derecho Procesal (USAL) y en la Diplomatura en Derecho del Consumidor y del Usuario (UAI). Profesor titular asociado (Derecho del Consumidor, UCES), Profesor Adjunto (Derecho de Daños, UCES). Profesor jefe de trabajos prácticos (Derecho de Obligaciones, UBA). Autor y coautor de artículos de doctrina y obras bibliográficas.

Patricio Cánepa

Abogado (UBA). Magister en Derecho (UP). Realizó cursos de posgrado en universidades nacionales y del extranjero, entre ellos el Programa de Actualización en Derecho del Consumidor Profundizado (UBA). Ingresó al Ministerio Público de la Defensa en el año 2008 ejerciendo cargos de funcionario en distintas áreas, finalizando su actuación en el organismo como Defensor Interino de la Def. CAyT N° 5. Actualmente se desempeña como Juez a cargo del Juzgado CATyRC N° 27. Se desempeñó como miembro titular de la Comisión Directiva de la AABA y como secretario de relaciones institucionales de MAFUCABA. Ejerció la docencia en el área del derecho público. Ha publicado diversos artículos de doctrina en distinguidas revistas jurídicas.

Juan C. Boragina

Doctor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Área Derecho Civil. Profesor Titular de Derecho de de la Responsabilidad Civil. Daños, en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Ex Profesor Titular de Derecho Civil, Parte General, en la Facultad de Derecho de la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Profesor Adjunto Regular de Derecho Civil II (Obligaciones Civiles y Comerciales) en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Autoridad, miembro titular y disertante en diversas jornadas y eventos científicos, nacionales y extranjeros. Autor, coordinador y colaborador en distintas obras y revistas jurídicas. Libros publicados: "Responsabilidades profesionales", bajo dirección de Augusto Mario Morello, "Responsabilidad por incumplimiento contractual" y "Responsabilidad por hecho ajeno", junto con los Dres. María Martha Agoglia y Jorge Alfredo Meza y "Derecho de Daños", primera y segunda edición, junto con los Dres. Sandra Wierzba, Jorge Alfredo Meza y colaboradores 1ª y 2ª edición).

Jorge A. Meza

Doctor de la Universidad Nacional de Buenos Aires, Área Derecho Civil. Profesor Adjunto por concurso de Derecho Civil II en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, integrado a la Cátedra del Dr. Alberto J. Bueres. Profesor Titular de Derecho de la Responsabilidad Civil. Daños. en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Ex Profesor Titular de Derecho de Obligaciones en la Universidad Abierta Interamericana (UAI). Autoridad y miembro titular de diversas jornadas y eventos científicos, nacionales y extranjeros. Autor, coordinador y colaborador de distintas obras y revistas jurídicas. Libros publicados: *Responsabilidades profesionales*, bajo dirección de Augusto Mario Morello, *Responsabilidad por incumplimiento contractual* y *Responsabilidad por hecho ajeno*, junto con los Dres. María Martha Agoglia y Juan Carlos Boragina y *Derecho de Daños*, junto con los Dres. Sandra Wierzba y Juan Carlos Boragina (1ª y 2ª edición). Disertante en numerosos encuentros jurídicos nacionales e internacionales.

María Rosa Muiños

Actual Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, anteriormente se desempeñó como legisladora por dos períodos consecutivos (2013-2021). Fue presidenta de la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana y de la Comisión Especial de Seguimiento de Organismos de Control, e integró las comisiones de Presupuesto, Planeamiento Urbano y Justicia; las Juntas de Ética, Acuerdos y Organismos de Control y de Interpretación y Reglamento Interno. Trabajó en pos del pleno cumplimiento de la Ley N° 1777 (Ley de Comunas), en políticas de inclusión y en normas vinculadas a la protección y amparo de las/os consumidores, entre otras.

Melanie D. Salcedo

Abogada (UNlaM). Profesora Universitaria (UM). Graduada del programa de actualización en Género y Derecho (UBA). Diplomatura en Antropología Social y Cultural (FLACSO). Maestranda en "Feminismos y Políticas Públicas" UNPAZ. Secretaria en la Sala Primera de la Cámara Civil y Comercial de San Justo, dpto. judicial La Matanza.

Fernando Pagliuca

Abogado especialista en Derecho de Daños, docente en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica de La Plata. Vasto desempeño en la Administración Pública sobre todo en el ámbito de la salud, especializándose en procedimiento administrativo y medicamentos. Realizó varias publicaciones como autor y coautor, y participó en proyectos de investigación del programa UBACYT y del Foro de Debate de Políticas Públicas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue Subsecretario de Sistemas de Análisis, Monitoreo, Información Estratégica y Sistemas de Contratación del Organismo Provincial de Contrataciones de la Provincia de Buenos Aires (2022-2023).

Norberto C. Darcy

Abogado y Procurador (UBA). Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica de la Universidad de Alcalá, España. Posgrado en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, España. Diplomado en Derecho del Consumidor (UCES). Profesor Adjunto interino de la materia Principios Generales de Derecho Privado, CBC – UBA. Director del Área de Defensa de Usuarios y Consumidores del Instituto Latinoamericano del Ombudsman-Defensorías del pueblo (ILO). Presidente de la Comisión de Usuarios y Consumidores de la Asociación de Abogados y Abogadas de Buenos Aires (AABA). Secretario General de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Eduardo Molina Quiroga

Abogado, doctor en Derecho Civil (UBA), codirector de la Carrera Especialización en Derecho Informático (UBA).

Gonzalo M. Rodríguez

Abogado egresado de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Posgraduado en Derecho del consumo local, regional e internacional por la UQAM (Universidad de Quebec en Montreal). Posgraduado en Derecho Continental Europeo Universidad Panthéon-Assas de París II. Posgraduado en Asesoramiento Jurídico de Empresas y en Derecho de Daños (UCA). Profesor de derecho de los contratos y derecho del consumidor. Prosecretario Letrado de la Procuración General de la Nación.

María Celeste Colombo

Abogada (UNC). Magíster en Derecho Civil Patrimonial (UCA). Jefa de Trabajos Prácticos - Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA). Especialización en Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual - Facultad de Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM). Directora de la Sección "Novedades en el Derecho de Seguros" de la Editorial El Derecho. Miembro de Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros - AIDA Rama Argentina. Vicepresidenta del Grupo de Trabajo de Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguros de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros-AIDA Rama Argentina. Secretaria del Instituto de Derecho Civil del Colegio de la Abogacía de la Capital Federal. Profesora de posgrado en diversas universidades argentinas. Autora de diversos artículos doctrinarios en su área de especialización.

Luciano Carfagno

Abogado graduado de la Universidad de Buenos Aires. Graduado de la Carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA. Docente de la materia Obligaciones Civiles y Comerciales, Facultad de Derecho (UBA) y de la materia Derecho de Daños, Facultad de Derecho (UBA).

Vilma C. Bouza

Abogada especialista en Derecho del Consumidor con formación académica en Derecho de Faltas y Contravenciones. Controladora de Faltas, en la Dirección General de Administración de Infracciones, desde el año 2009 al 2015 y Directora General de Defensa y Protección al Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires desde el año 2016 al 2023. Integrante de la Comisión Redactora del Código de Procedimientos para la Justicia de las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires designada mediante Res. 424/SSJUS/2016 de la Subsecretaría de Justicia de la CABA. Docente de Práctica Profesional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de artículos de la especialidad, obras colectivas y leyes comentadas. Actualmente a cargo de la Dirección Actuaciones por Infracción, dependiente de la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, Gobierno Nacional.

Leonardo Lepíscopo

Abogado y Procurador UBA (1988). Cursó estudios de posgrado relacionados con la materia de protección al consumidor en Argentina, España y Colombia. Docente universitario de grado de contratos civiles y comerciales y de posgrado en la materia de protección al consumidor (UBA). Ha sido director de Protección Jurídica del Consumidor de la DNDC de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación y miembro de la Comisión Reformadora responsable del Anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor. Durante 10 años fue Coordinador Nacional Alterno de la Coordinación Nacional de Argentina ante el Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor – MERCOSUR. Consultor Internacional contratado por concurso por parte de FIDE- Banco Mundial, para la reformulación integral del Proyecto y Reglamento de la Ley de Defensa del Consumidor para la República de Honduras (2006 a 2009). Asesor del COFEDEC. Actualmente es asesor especializado sobre sumarios por infracciones a la normativa de comercio interior de la DGAJ de la Subsecretaría de Gestión Administrativa de la Secretaría de Industria y Desarrollo Productivo del Ministerio de Economía de la Nación.

Sandra Wierzba

Abogada y Profesora Titular de Obligaciones Civiles y Comerciales (FDer.-UBA) y de distintas Universidades nacionales y extranjeras. Doctora en Derecho Privado e Investigadora (UBA). Integró la Comisión de Bioética del Código Civil y Comercial de la Nación. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Directora del Instituto de Salud del Colegio de Abogados de San Isidro. Abogada en ejercicio, especializada en Salud, RC Profesional y Seguros y asesora legal de distintas Sociedades Científicas.

Sebastián H. Carreira Ochoa

Abogado (UNLaM), especializado en derecho penal (UBA). Auxiliar letrado de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del departamento judicial La Matanza.

Carlos E. Tambussi

Abogado, UBA (1991). Juez de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario y de las Relaciones de Consumo de la CABA. Profesor Adjunto Regular: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Máster en Derecho de Comercio y Consumo e Investigador Asociado de la Cátedra Euroamericana de Derecho del Consumidor (Universidad de Cantabria, España). Autor de libros y capítulos en obras colectivas y artículos de la especialidad en revistas nacionales y extranjeras. Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Procesal de las Relaciones de Consumo CABA (Res. 424/SSJUS/2016 SSJ), y del Proyecto de Código de Defensa del Consumidor Programa Justicia 2020.

Sergio Barocelli

Doctor en Derecho (UBA). Profesor regular adjunto por concurso. Contratos Civiles y Comerciales y Elementos de Derecho Civil (UBA) Profesor Titular ordinario. Contratos Civiles y Comerciales y de Derecho Regulatotio del Mercado (USAL). Profesor permanente de posgrado UBA-USAL-UCA-UNLaPam. Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (UBA). Miembro de la Mesa Directiva de la Asociación Internacional de Derecho del Consumidor (IACL). Secretario Académico del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor (IADC). Director Nacional de Defensa del Consumidor de Argentina (enero 2020-febrero 2022). A cargo del Departamento de Estudios en Derecho del Consumo del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Darío E. Reynoso

Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la CABA Nº 24.

Anabel Papa

Prosecretaria Coadyuvante en el Juzgado Contencioso Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la CABA Nº 24.

Pedro Galmarini

Abogado (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UBA). Docencia en Derecho de Obligaciones CyC, Constitucional, Administrativo, Consumo y Defensa de la Competencia, Procesal. Autor y coautor de publicaciones vinculadas a dichas materias. Asesor en la Secretaría de Justicia de la CABA. Autor de proyectos de reformas legislativas en CABA en materia procesal, de procedimiento y procesos colectivos.

Gustavo Cultraro

Abogado (UBA). Profesor Adjunto regular de Derecho Comercial y de Sociedades (UBA); profesor adjunto de Títulos de Crédito y Concursos y Quiebra (UCES); miembro titular del Instituto Argentino de Derecho Comercial (IADC), Presidente de la Comisión de Derecho Comercial de la Asociación de Abogados y Abogadas de Buenos Aires (AABA); Codirector del Programa de Actualización en Derecho Empresario (UBA/AABA); Coordinador titular de la Comisión de Incumbencias Profesionales (CPACF); Supervisor del "Ciclo de Perfeccionamiento Profesional" del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (módulo de Sociedades - Ciclo académico 2012); Capacitador en Contratos Asociativos - ciclo 2016 - (Centro de Formación Judicial del Poder Judicial de la CABA). Autor de numerosos artículos sobre Derecho Comercial y Sociedades y disertante en jornadas y congresos.

Romina N. Costa

Abogada (UBA). Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas, distinguida con Diploma de Honor (UBA). Maestranda en Derecho Administrativo y Administración Pública, con tesis presentada y a la espera de designación de jurado (UBA). Ayudante de Primera *ad honorem* en "Elementos de Derecho Administrativo", designada por concurso (UBA). Escribiente en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Florencia Singla

Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Administrativo Económico, tesis pendiente (UCA), ayudante de primera por Res. en "Elementos de Derecho Constitucional" (UBA), ayudante de Segunda por

Res. en "Elementos de Derecho Administrativo" (UBA), ayudante sin concurso en "Procedimientos y recursos administrativos" y "Responsabilidad del Estado" (UBA). Oficial en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3.

Agustina N. Vázquez

Doctora en Ciencias Jurídicas. Magister en Derecho Internacional y Desarrollo. Especializada en políticas públicas y educación superior. Abogada y Licenciada en Educación. Profesora e investigadora en UBA, UADE, UP y UFLO.

Juan Martín Scarramberg

Abogado (2018) y licenciado en Ciencia Política (2015) por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Docente en las Facultades de Ciencias Sociales y Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha trabajado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en el Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Lucas Bellotti

Abogado (UBA - Medalla de oro). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca). Magister en Magistratura y Derecho Judicial (Universidad Austral). Docente de grado y posgrado en materias de Derecho de Familia, Personas y Niñez (UBA-UCASAL). Actualmente, Defensor Público de Menores e Incapaces Coadyuvante.

Notas:

Notas:

Notas:

Notas: