

# Idas y vueltas en materia de consumo



DRA. SUSANA SILVINA GUEILER

Jueza de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 18ª Nominación.  
Rosario.

## Introducción

Como señala el ilustre Profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe, en el sistema tradicional había compradores, había locatarios de obra y de servicios, pero no había consumidores. En ese sistema había un Derecho Civil que fue el tronco del Derecho privado, y un Derecho Comercial con gran fuerza expansiva derivada del concepto de acto de comercio objetivo del Código francés de 1807 (arts. 632 y 633), y del concepto de acto unilateralmente comercial del Código alemán de 1861 (art.277), mediante el cual se abarcó en la regulación mercantil a todos quienes contratan con comerciantes. (1 Mosset Iturraspe, 2008:14)

Pero desde mediados del siglo XX todos somos consumidores. A partir de esos tiempos se los escuchó con atención creciente, y nació el denominado Derecho del consumidor, Derecho del consumidor y del usuario, o Derecho de las relaciones de consumo.

Tradicionalmente las normas de índole patrimonial, civiles y comerciales, correspondieron al derecho de la voluntad, en cambio, las normas del Derecho del consumidor son de orden público. Se trata del denominado orden público económico de

protección, que tiende a resguardar a una de las partes así como a mantener el equilibrio interno del contrato, fijando a tal fin «un mínimo y un máximo de protección».

El Derecho del consumidor comenzó por abarcar los contratos de consumo. En su extensión actual comprende genéricamente a las relaciones de consumo como vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario, haya contrato o no lo haya, y aunque la relación sea a título gratuito si tiene conexión con una relación de consumo eventual o ya celebrada.

El Derecho del consumidor conmueve la teoría de los efectos relativos del contrato, pues incluye a los terceros respecto de la relación de consumo: tanto a quien, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios, como a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo

La defensa del consumidor está prevista en las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela.

Las normas del Derecho del consumidor se han ido incorporando al Derecho co-

mún, como en los Códigos civiles de Perú de 1984, de Paraguay de 1987, de Québec de 1991, de Holanda de 1992, de Brasil de 2002. Así también al Código civil francés en 1998 y al Código civil alemán en la reforma de 2002.

En el estado de situación actual se está requiriendo de los juristas un criterio apropiado para la regulación de los contratos entre empresas grandes; otro, para la regulación de los contratos entre empresas grandes y pequeñas, atendiendo a su vulnerabilidad relativa; otro, para la regulación de los contratos entre empresas y consumidores.

### **Evolución del régimen legal Argentino**

Como ya se expresara la legislación protectoria del consumidor en el derecho Argentino comenzó por abarcar el contrato de consumo para extenderse hoy día, tras la reforma incorporada por la ley 26.361, a la llamada relación de consumo criterio este que, por otra, parte venía abriéndose paso en la doctrina y jurisprudencia local a partir de la incorporación del art. 42 en nuestro texto constitucional.

En este sentido se alzaron numerosas voces tanto en el ámbito de la doctrina

como en el de la jurisprudencia, estableciendo que en virtud de las disposiciones de la Constitución Nacional se expandía el marco protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor más allá de su propia letra. Son numerosos los fallos judiciales previos a la reforma de ley 24.240 en los cuales se equiparaba a la noción de consumidor a todas las personas expuestas a una relación de consumo propiciando una interpretación amplia. Este criterio también fue delineado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo «Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros» extendiendo el régimen tuitivo de la ley 24.240 al considerar que abarcaba no sólo al consumidor contratante, sino también al no contratante y a aquel que circunstancialmente se encontraba en las intermediaciones sosteniendo que la obligación de seguridad que corresponde al organizador debe ser garantizada no sólo en el período precontractual y contractual con los espectadores, sino también en aquellas situaciones de riesgo creadas por comportamientos unilaterales respecto de sujetos no contratantes. [CSJN «Mosca Hugo A c. Provincia de Buenos Aires y otros», 06/03/2007]. Dijo en esa oportunidad la Corte: «La seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas

por los comportamientos unilaterales respecto de los 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», JA, 2007-II-483.

Precisamente en los fundamentos del proyecto de ley remitido en oportunidad de la sanción de la ley 26.361 por la Cámara de Diputados se expresó que: «La reforma integral a la ley tutelar de los consumidores argentinos intenta responder, por un lado, a las principales necesidades relevadas en la experiencia de la aplicación concreta de la misma, y, por el otro, a las nuevas tendencias del país y del extranjero en la materia. Destacándose que para la elaboración del proyecto que presentaron se han tenido en consideración, además de iniciativas parlamentarias y contribuciones de la doctrina académica y judicial y del derecho comparado, valiosos aportes de au-

toridades locales de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y de Asociaciones de Consumidores».<sup>2</sup>

Como argumento de la sustitución de los artículos Artículos 1° y 2° de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor. Se sostuvo: «Desde distintos ámbitos vinculados con la aplicación de la misma (parlamentario, autoridades administrativas, asociaciones de consumidores), se ha postulado la ampliación del objeto de los contratos alcanzados por la protección. En la mayoría de los casos se propició incluir de manera expresa nuevas formas de comercialización de ciertos bienes, en particular, los llamados tiempos compartidos y similares, cementerios parque, determinados servicios, etcétera. La experiencia de estos diez años de vigencia de la ley 24.240, ha planteado numerosos casos de eventuales exclusiones, y no sólo con relación a esos rubros a los que, en general y no obstante el debate acerca de su naturaleza jurídica, se los consideró alcanzados por este régimen. En este sentido, a manera de ejemplo de cuestiones opinables, cita el legislado la administración de consorcios que por imperio de la ley 13.512, algunos casos de depósitos, o los contratos sobre derechos. Con base en estas circunstancias, y considerando

que en el vastísimo escenario del consumo la dinámica tecnológica y de comercialización de productos y servicios es capaz de presentar situaciones novedosas a cada paso, se entiende de buena técnica legislativa acuñar un tipo lo más cercano posible al grado de generalidad y abstracción que toda ley formal debe ostentar. Abandonando toda casuística, presente y futura, con sus riesgos de estrechez y obsolescencia; y descartando las restricciones del inciso c) del artículo 1° de la ley por no conocerse justificación valedera». Asimismo y para aventar toda duda y para la mejor comprensión de la ley se propugnó la expresión «bienes o servicios» como el objeto posible de una relación de consumo, utilizándose así en más de una oportunidad a lo largo de la ley 24.240».

Se propuso eliminar además el requisito de la onerosidad en la contratación de consumo para considerarla tal, y por tanto comprendida por esta legislación especial. En lo referido a la extensión del carácter de consumidor y equiparación de los no contratantes argumento el legislador que «Si bien un criterio correcto, aunque no por todos aceptado, sostiene que la actual ley 24.240 de Defensa del Consumidor, no protege únicamente al consumidor contratante sino también

a los que, formando parte de su grupo familiar o social como reza el artículo 1° de la ley citada, reciben de aquél el objeto de la relación de consumo, y como tales podrían ejercer todos los derechos reconocidos por dicha ley, se propone ahora dejarlo sentado explícitamente en el texto legal para despejar cualquier duda o desviación interpretativa. Ejemplificando agrega: «si alguien recibe un electrodoméstico como regalo, y no funciona correctamente, no tendrá que ir a buscar al que lo compró y se lo regaló para ejercer el derecho a garantía, sino que podrá hacerlo por sí mismo en ejercicio de su propio derecho, haya o no contratado él personalmente. Esta es una primera extensión del carácter de consumidor». Asimismo, expresó el legislador: «hay numerosas situaciones en que la tutela legal se proyecta –y debe proyectarse– a la etapa precontractual; más aún, la normativa establece obligaciones puntuales a los proveedores en dicha etapa. Por citar algunas de las más destacadas, podemos aludir al deber de información del artículo 4, al vínculo obligacional que crea la oferta para quien la emite, en el artículo 8°; la necesaria confección y entrega de presupuesto de ciertos servicios contemplada en el artículo 21; la prohibición del artículo 35 de formular cargos por productos o servicios no solicitados.

Empero, el régimen anteriormente vigente no siempre legitimaba de manera expresa al potencial consumidor para reclamar por su interés particular vulnerado. Por ello, se propuso equiparar en el carácter de consumidores a quienes, sin estar involucrados en una relación de consumo propiamente dicha, se encuentran expuestos a ella».<sup>3</sup>

Por último, se mantuvo la exclusión tuitiva de la ley 24.240, para los proveedores que adquieren o utilizan bienes o servicios para integrarlos a otros bienes o servicios que ellos a su vez proveerán. Pero se limita la exclusión a los proveedores que incorporan esos bienes o servicios como insumo directo de otros bienes o servicios. La exclusión de la protección especial se basa en los necesarios conocimientos que un proveedor tiene o debería tener del negocio que maneja y de sus intimidades, pudiendo ser excluido también por su ostensible poder negocial en razón de la magnitud del giro de la empresa. Sostuvo así el redactor de la norma: «Siendo así las cosas, se presume acotada la asimetría informativa, y como consecuencia de ello la asimetría negocial, en lo que a información se refiere, en unos casos, y en su poder empresario integral, en otros, y por ende acotada asimismo su vulnerabilidad contractual.

Hasta la reforma de la ley, al amparo del artículo 2° del decreto reglamentario 1.798 del 13 de octubre de 1994 y siguiendo un criterio económico contable de que toda operación empresarial forma parte del giro de la empresa, se ha entendido que la adquisición de cualquier producto o servicio por un proveedor termina, finalmente, incorporado al proceso de producción o comercialización, y por lo tanto debe estar excluida de la ley. Esto, que puede ser cierto acerca de los bienes estrechamente relacionados con los que el proveedor produce o comercializa, no lo es respecto del amplio universo de todos los demás. A este respecto en la exposición de motivos, afirma el legislador; que un productor de tornillos podrá y deberá conocer acerca del acero con que los fabrica, pero no tiene por qué saber de los muebles, ni del equipo de aire acondicionado, ni de la papelería, ni de los alimentos, ni de la telefonía, ni de tantas otras cosas o servicios que adquiere para utilizar en su fábrica. En estos casos, la asimetría y vulnerabilidad del, por así llamarlo, proveedor-consumidor viene siendo idéntica a la del consumidor común. Por ello, se propició limitar esta exclusión respecto de las operaciones referidas solamente a los insumos directos destinados a ser integrados en otros procesos de provisión.

En otro orden, si bien es cierto que estas situaciones podrían replicarse en empresas de gran magnitud, no es menos cierto que las mismas disponen o tienen capacidad para contar con los más variados y suficientes recursos (económicos, científicos y tecnológicos, jurídicos, contables, etcétera) para encarar sus contrataciones desde una posición de negociación suficientemente sólida, por lo que, en esta circunstancia, no se considera menester que sean alcanzadas por este estatuto del consumidor final, cualesquiera sean las causas de las adquisiciones o locaciones de bienes y servicios que realicen».<sup>4</sup>

Por la reforma del art. 3 se buscó, por un lado, conceptualizar la expresión «relación de consumo». Esta noción, acuñada en los ámbitos especializados en política y derecho del consumo, incorporada por el artículo 42 de la Constitución Nacional en la Reforma de 1994 y empleada profusamente en la práctica cotidiana vinculada a esta temática, alude, precisamente, a lo que es foco y común denominador de las múltiples situaciones reguladas por esta legislación especial, sus reglamentaciones y otras normas complementarias. Sin embargo, hasta hoy hay que acudir a la doctrina o a la jurisprudencia para hallar una definición

de lo que son las relaciones de consumo, por lo que establecer qué entiende la ley argentina por relación de consumo implicaba según el legislador un avance hacia la seguridad jurídica para todos los actores en ella involucrados.

Se sostuvo en dicha oportunidad que se optaba por una locución que encierre en sí misma la debida fuerza jurídica que debe tener, clara y concisa, inspirada en la que al respecto se armonizó oportunamente en el Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor del Mercado Común del Sur (Mercosur), a la vez suficientemente abarcativa de todo el universo al que ha de proyectarse.

Como puede apreciarse la intención del legislado del 2008 ha sido auspiciar que el régimen protectorio sancionado sea aplicado al más vasto campo de las relaciones de consumo devenidas y posibles a lo largo del tiempo, excluyendo tan sólo aquellos supuestos en donde el negocio celebrado entre las partes sea claramente empresarial y por lo tanto no exista presumiblemente vulnerabilidad mayor en alguno de los celebrantes digna de tutela legal.

A fin de comprender cabalmente entonces cual es el concepto legal de consumidor

y relación de consumo ha de estarse a los términos que la ley asigna a los elementos que la componen, esto es sujeto, objeto y causa. Puede afirmarse certeramente que no existe acuerdo en la doctrina respecto del concepto de consumidor y relación de consumo, inclinándose a sostener siguiendo al Dr. Lorenzetti, que debe definirse la relación de consumo en sentido que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar, cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica del mercado, cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, por lo cual tengo para mí que debe comprender todas las situaciones posibles con un criterio de suficiente amplitud.

En este sentido el concepto de consumidor es, como señala el Dr. Lorenzetti, la puerta de entrada al Derecho del consumo y por lo tanto mientras más amplia se la conciba, más supuestos quedarán incluidos. (Lorenzetti, R.L.2009,94 y sigs.)

En un primer momento primó el criterio finalista, quien es consumidor: el contratante que consume, o sea el destinatario

final de los bienes, posteriormente dicho concepto cambió tomándose en cuenta la «no profesionalidad» o sea vinculado a la actividad del sujeto protegido, en una clara intención de ampliar la tutela, en este sentido hay una tendencia a incluir dentro de la protección del derecho consumerista a las pequeñas empresas que no entrarían en la definición tradicional de consumidor pero que como ya se expresó se encuentran en situación de debilidad. (Lorenzetti,2009:98)

Así nuestra ley 24.240 modificada por ley 26.361 al definir su ámbito de aplicación se vale del elemento personal, referido al tipo de personas que se pueden considerar consumidores, y el elemento material relacionado a la actividad del sujeto en relación al bien.

En cuanto al elemento personal nuestra ley adopta un criterio amplio: persona física o jurídica de Derecho público o privado, nacional o extranjero. Asimismo pueden ser individuales o colectivos, diferenciándose los intereses individuales homogéneos de los supuestos de un bien colectivo afectado, en donde se encuentra legitimado para actuar el afectado, las asociaciones intermedias y los entes públicos, criterio sostenido por nuestra actual ley 26.361 y en el fallo «Halabi» de la C:S.J.N.

Asimismo la definición legal tiene en cuenta la causa fin del acto celebrado, debiendo verificarse consumo final, y ello debe ser probado por quien pretende la aplicación del régimen.

La ley 26.361 adopta como elemento activante de la protección el acto de consumir y no el de contratar como lo hacía la ley anterior. Lo cual ha permitido englobar en el ámbito de la relación y consecuentemente de aplicación de la ley al usuario (quién usa, sea un invitado, un familiar, un tercero ajeno); la víctima de un daño causado por un producto o servicio; el afectado o expuesto a prácticas comerciales. Como quien está en contacto con publicidad abusiva, engañosa, fraudulenta, afectado por situaciones monopólicas, etc. es consumidor simplemente por estar expuesto; el cesionario, de un consumidor cedente de un contrato de consumo adquiere su la calidad de tal, aunque el segundo contrato puede considerarse entre consumidores, el cesionario mantiene su carácter; también queda comprendido el tercero beneficiario como ocurriría en un contrato de seguro o de medicina prepaga, siendo el contrato base un contrato de consumo, el beneficio también lo es.

### **El Proyecto de Reforma 2012. Modificaciones a la ley 24.240.**

El Proyecto modifica la LDC en pocos artículos, pero lo hace de un modo trascendente, lo cual ha sido motivo de disfavor por parte de cierta doctrina. Así, modifica la noción de consumidor en el art. 1o; el art. 8 en materia de heterointegración de la publicidad con la oferta; el art. 40 bis denominado daño directo y proyectado como indemnizaciones en sede administrativa; modifica el art. 50 en materia de prescripción liberatoria; el art. 52 bis denominado daño punitivo y ahora proyectado como sanción pecuniaria disuasiva.

### **Su metodología**

A diferencia de sus antecesores, el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 regula en el Libro Tercero «Derechos Personales», Título III «Contratos de consumo», en cuatro capítulos y en solo 30 artículos, a partir de los arts. 1092 al 1122, algunos tópicos relativos al derecho del consumidor ya sea en materia de relación de consumo, formación del consentimiento, modalidades especiales y cláusulas abusivas. Cabe destacar que más allá de la inclusión de dicho capítulo en el código, la LDC mantiene su vigencia con algunas derogaciones parciales y algunas modificaciones.

El capítulo 1 Relación de consumo regula la «Relación de consumo. Consumidor» [art.1092], «Contrato de consumo» [art. 1093], «Interpretación y prelación normativa» [art. 1094] y la «Interpretación del contrato de consumo» [art. 1095].

El capítulo 2 Formación del consentimiento que incluye dos secciones: 1o) Prácticas abusivas [arts. 1096 a 1099]; 2o) Información y publicidad dirigida a los consumidores [arts. 1100 a 1103].

El capítulo 3 Modalidades especiales prescribe sobre «Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales [art. 1104], «Contratos celebrados a distancia» [art. 1105], «Utilización de medios electrónicos» [art. 1106], «Información sobre los medios electrónicos» [art. 1107].

El capítulo 4 Cláusulas abusivas determina las «Normas aplicables» [art. 1117], «Control de incorporación» [art. 1118], «Regla general» [art. 1119], «Situación jurídica abusiva» [art. 1120], «Límites» [art. 1121], «Control Judicial» [art. 1122].

En los «Fundamentos» se explica la decisión de seguir un método diferente al del Proyecto de Código Civil de 1998 que en la definición de contrato especificaba

cinco subtipos (art. 899), distinguiéndose entre el contrato discrecional, predispuesto, condiciones generales y celebrado por adhesión. Por el contrario, ahora se proponen sólo tres títulos dentro del Libro Tercero: 1o) Contratos en general; 2o) Contratos de consumo y 3o) Contratos en particular.

De esta manera, se expresa que «corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de los contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo) y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte genera».<sup>7</sup>

Desde el punto de vista metodológico un sector de la doctrina sostiene que no es correcta la inclusión de la definición de «relación de consumo» en este capítulo del código. Así se afirma que «la relación de consumo es, a nuestro juicio, una especie dentro del género relación jurídica, pero restringida a los denominados derechos personales o de crédito, compuesta de sujetos, objeto y causa (Zetner, D;2010:68). Es decir, se trata de un ligamen jurídico que une o sujeta a un acreedor con un deudor sobre una prestación de contenido patrimonial, ca-

racterizándose esta relación por la desigualdad estructural, de índole jurídica y económica, que permite considerar a una parte débil o profano y a la otra como fuerte o profesional: El primero recibe el nombre de consumidor o usuario y el segundo es llamado proveedor de bienes o servicios.

### **Utilidad de la inclusión de normas atinentes al derecho del consumidor en el Código**

Tanto los redactores del código como la doctrina afirman que su utilidad deviene de establecer en el código una protección mínima que tiene efectos importantes: «a.-No hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b.- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos «mínimos» actúan como un núcleo duro de tutela. c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la le-

gislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d.- En el campo de la interpretación, se establece un «diálogo de fuentes» de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor».

### **Concepto de consumidor**

El Anteproyecto definía la relación de consumo y brindaba una noción de consumidor, en estos términos: «ARTÍCULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. 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, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. 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, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional».

En la definición propiciada se había seguido el criterio de considerar consumidor, conforme los antecedentes de la ley 24.240, tanto a la persona física como jurídica que adquiera o utiliza bienes o servicios, a título gratuito u oneroso, siempre y cuando no tenga relación, directa o indirecta, con su actividad profesional.

De este modo, se intentaba limitar o restringir la noción para aquellos casos propios del régimen del consumidor, excluyéndose expresamente al denominado consumidor empresario.

Asimismo se eliminaba de la definición al consumidor expuesto como también aquellos derechos referidos a los cementerios privados o clubes de campo o figuras afines, que tenía una función meramente ejemplificativa.

### El texto del Proyecto

El Poder Ejecutivo reformó este artículo, sin informar sin embargo de las razones de su cambio.

El Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo Nacional prescribe:«ARTÍCULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. 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».

La supresión del párrafo referido al criterio de la «no profesionalidad» ha sido receptado de diversas maneras por la doctrina. Así, para una primera opinión, se sigue el criterio de las Jornadas científicas manteniéndose al consumidor en tanto persona física o jurídica como sujeto protegido porque se enfatiza como «elemento estructural de caracterización al consumo final, lo que supone que las personas físicas o jurídicas que desenvuelven actividades económico empresariales no pueden ser excluidas a priori del régimen de protección»<sup>[10]</sup>Nicolau N.L. -Hernandez C.A 2012:635).

En una segunda opinión, se ha dicho que «Nuestra postura, claro está, no implica que lisa y llanamente todo profesional o empresario pueda hacer valer los preceptos de la ley 24.240 en su beneficio. Según nuestro modo de ver, el destino o utilización final y la actuación fuera del ámbito de su actividad profesional configuran la situación de vulnerabilidad del consumidor- profesional. Sólo aquellas empresas o comerciantes que adquieran bienes fuera de su ámbito de actividad profesional y, además, no los incorporen de manera directa a su actividad comercial o productiva, podrán acudir al auxilio del régimen específico en la materia». Esta postura es aquella que se denomina como maximalista, y que pretende incluir dentro de la protección del derecho de defensa del consumidor a todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que poseen una situación de vulnerabilidad.

Esta postura es criticada por el propio LORENZETTI quien sostiene que hay una tendencia denominada maximalista que pretende incluir dentro del derecho del consumidor a los casos de pequeñas empresas que tienen una misma situación fáctica de vulnerabilidad, pretensión que califica de desacertada «toda vez que lleva a una banalización de la protección, que sería indiferenciada»<sup>[11]</sup>Lorenzetti, R.2009:87)

Cabe entonces preguntarse si esto cerrará definitivamente el debate doctrinario y las distintas posturas jurisprudenciales al respecto. Nuevamente la última palabra la tendrán nuestros Tribunales los cuales han hecho ya aplicación fructífera de la norma dando respuestas concretas conforme las particularidades de los hechos de la causa.

### La supresión del by stander

El bystander regulado en la Resolución 123/96 Grupo Mercado Común del Mercosur, Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/374/CEE 25/7/85; Ley Brasileña art. 17 es un tercero en relación al bien o servicio ofrecido o contratado, que se encuentra próximo al mismo y sufre daños en consecuencia.

Es un caso de «destinatario/usuario no contratante», que capta debidamente la expansión que puede tener la adquisición de bienes y servicios destinados a ser consumidos.<sup>[12]</sup> Ariza, A 2008:53). Es el tercero ajeno a la relación de consumo que sufre 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 tu-

tela o cuidado y los consumidores en la relación del consumo.

La figura ya había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia Nacional con anterioridad a su incorporación por la Ley 26.361, en el renombrado caso «Mosca» como se expresara más arriba.

Los argumentos para su exclusión, de acuerdo a los fundamentos del proyecto, fueron expresados en el sentido que la figura del «consumidor expuesto», 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 y solamente para el caso del expuesto a prácticas abusivas, mientras que en la Ley 24.240 el concepto carece de restricciones. Esto –expresan- ha generado «una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud».

Cabe aclarar que en general la doctrina especializada en la materia se ha manifestado de manera contraria a dicha exclusión sosteniendo que más allá del retroceso que implicaría de aprobarse la redacción proyectada la República Argentina pasaría a estar en desventaja comparativa con dos de los socios del

MERCOSUR, la República Federativa del Brasil (Código de Consumo del año 1991) y la República Oriental del Uruguay (Ley de Relaciones de Consumo del año 2000) que tienen incorporada en su legislación –desde hace ya mucho tiempo- la figura del bystander.

Así y conforme lo señala el Dr. Gherzi se concluye que el «expuesto» que señala el proyecto no es el de la Ley de Defensa del Consumidor, sino su versión disminuida. El primero es «el expuesto a las relaciones de consumo –como dañado- «y el del proyecto solamente es el expuesto a las prácticas comerciales, es decir, a los adquirentes de bienes y servicios, no solo en distinta situación jurídica sino obviamente más limitado».

Como corolario puede aquí destacarse que en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, el despacho de la mayoría sostuvo 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 fami-

liar 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.

Por su parte en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán) existieron varias ponencias que propiciaron limitar la noción de consumidor sólo a las personas físicas o bien, incluir a las personas jurídicas, pero limitándolas a aquellas que no tuvieran un fin de lucro. En las «Conclusiones» de la Comisión N° 8 se expresó:

1º) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino. Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio. Excepcionalmente, el destino final se encuentra ausente en el caso del sujeto expuesto a una relación de consumo.

2º) La tutela del consumidor abarca cuatro supuestos distintos, a saber: a) Quien adquiere bienes o servicios con un destino final, sea a título gratuito u oneroso (consumidor en sentido estricto), b) Quien utiliza bienes o servicios con un destino final sin ser parte de un contrato de consumo; c) El sucesor particular en los derechos adquiridos por el consumidor originario; d) Los sujetos expuestos a una relación de consumo.

3º) Las personas jurídicas son, en principio, consumidoras, en la medida en que se den los presupuestos antes señalados.

En las «Recomendaciones» se expresó:

1º) Se recomienda que la reforma en curso del Código Civil contemple: a) La incorporación de la categoría de consumidor mediante la inclusión de principios generales y normas que garanticen niveles de protección mínima; b) La adopción de soluciones que provean a la tutela de otras situaciones de debilidad jurídica no alcanzadas por la categoría de consumidor. En especial se recomienda la adopción de un régimen adecuado sobre condiciones generales de la contratación.

Cabe concluir entonces, en consideración a las opiniones doctrinarias y ju-

risprudenciales reseñadas, que la supresión de la figura del by stander implica un retroceso en la protección legal sin justificada explicación.

### La llamada «sanción pecuniaria disuasiva»

En el Título V denominado: «Otras fuentes de las obligaciones» Secc.2a: Función preventiva sanción pecuniaria disuasiva (arts. 1710 a 1715) el proyecto regula la denominada multa civil.

Al respecto sostiene la Comisión en los Fundamentos del Anteproyecto que :«La regulación de la función punitiva ha sido muy controvertida en la doctrina argentina y en el derecho comparado, en diversos aspectos. La primera decisión a adoptar consiste en regular o no este instituto y cuál sería su extensión. (...) La situación legal ha variado desde 1998, ya que se ha incorporado el artículo 52 bis en la ley 24240, que se aplica a un amplísimo sector incluido en las relaciones de consumo. El daño punitivo del artículo 52 bis consiste en una multa civil a favor del consumidor, a pedido de parte, que se aplica a los proveedores, en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Debemos asumir entonces que el instituto ya se encuentra incorpo-

rado en el derecho argentino y resulta aplicable a una gran cantidad de supuestos de responsabilidad por daños en el ámbito de las relaciones de consumo».

De la lectura del Proyecto elevado por el Ejecutivo al Congreso Nacional, surge que se propone asimismo una modificación a la redacción del art. 52bis LDC.

El instituto ahora reformado busca sancionar a quienes actúan con total despreocupación respecto de los derechos de terceros.

En la inteligencia que la justicia no se satisface con el sólo resarcimiento del daño, aún con la vigencia del principio de reparación plena o integral, entonces que los daños punitivos se postulan como una reacción más vigorosa frente a conductas que «lastiman el sentimiento de justicia» [<sup>13</sup>Zavala de Gonzalez, M,2011:1) . Por eso cumplen una función de prevención general, a través del efecto disuasorio que se le atribuye a una sanción ejemplar [<sup>14</sup>Zavala de Gonzalez, 2011:1) Cumple, entonces tanto una función sancionatoria como preventiva.

La norma de la actual Ley de Defensa del Consumidor que reconoce este instituto (art. 52 bis) no define con claridad

los requisitos concretos de aplicación de la figura, y esta apertura ha dado lugar a un amplio debate doctrinario respecto a la admisibilidad del daño punitivo, en la doctrina autores como el Profesor Picasso habían llegado a sostener su inconstitucionalidad por la laxitud de la misma la cual no describe con precisión la conducta prohibida ni requiere un factor subjetivo de atribución es decir culpa o dolo del agente, ni precisa las pautas mínimas que habrían de guiar la graduación de la sanción siendo la misma absolutamente insuficiente.

En esta tesitura resulta positiva la reforma propuesta al 52 bis de la ley la cual faculta al juez a aplicar una sanción disuasiva, a pedido de parte a quien actúe con grave menosprecio a los derechos del consumidor (es decir ahora se exige culpa grave) fijando además parámetros para su graduación; a saber: circunstancias del caso, gravedad de la conducta, repercusión social, beneficios que obtuvo o pudo obtener, efectos disuasivos, patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El juez debe además fijar su destino por resolución fundada, antes era en beneficio del damnificado consumidor.

Sin embargo dicha norma no se reitera en

el articulado del código en el cual el art. 1714 al establecer la llamada «sanción pecuniaria disuasiva» la única precisión que da es la de su aplicación a los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c) del Título Preliminar; por lo cual la situación sería la siguiente:

1. Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial del art 52bis de la LCD;
2. Derechos de incidencia colectiva: art. 1714 proyecto de Cod;
3. Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.
4. Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplicaría.

Atento que el Proyecto no deroga la LDC, pareciera mantenerse que el incumplimiento de brindar al consumidor un trato digno, equitativo y no discriminatorio puede ser también presupuesto de aplicación de la «ex multa civil», ahora «sanción pecuniaria disuasiva» en términos del art 8 bis de la Ley 24.240.

La norma prevé la limitación de la cuantía en caso de resultar excesiva en razón de otras sanciones civiles o penales, estando facultado el magistrado para dejar sin efecto la sanción total o parcialmente. Este último supuesto sin embargo resulta un tanto confuso en cuanto tal vez ello re-

sulte imposible de establecer al momento de aplicación de la sanción por parte del sentenciante.

Se elimina asimismo el tope de cinco millones de pesos con base en el artículo 47 de la Ley 24.240. Este tope había merecido críticas ya que sostenían que conspira con la naturaleza y finalidad del instituto. En este sentido las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyeron en que: «El tope previsto en el art. 52 bis resulta inapropiado a los fines del cumplimiento del fin perseguido por la norma» [15Furlotti,S, 2010:819].

Finalmente, concluye la polémica respecto al destino de las multas, quedando librado al criterio judicial, sin ningún parámetro. La previsión legal del destino a favor del consumidor, consagrada en el texto legal vigente fue cuestionada, como motivante de enriquecimiento sin causa o como inductiva de «industrias del juicio».

Entendemos que deberán los jueces mantener un equilibrio, para sin dudas otorgarla a favor del consumidor en los supuestos que ello se justifique. Alguna doctrina entiende que lo correcto sería que el tribunal determine que una parte beneficie al reclamante y otra sea destinada a una organización de bien común o al propio estado<sup>[16]</sup> Molina Sandoval, C.2008:81).

### La reformulación del art. 40bis LDC, posibilidad de reparación administrativa del daño directo

Por último entiendo productivo terminar esta breve reseña haciendo sintética referencia a la modificación proyectada al art. 40 bis de la LDC el cual queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 40 bis.- Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias; d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos perso-

nalísimos 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 patrimoniales.»

La posibilidad de indemnización en sede administrativa del llamado «daño directo» se introdujo con la reforma del 2008, hasta ese momento único que podía obtener el consumidor denunciante en esa instancia (de fracasar la etapa conciliatoria) era que el proveedor infractor fuese multado por incumplimiento de la ley, si es que ello se verificaba. Su introducción quizás le permite al usuario formular un reclamo administrativo con la expectativa de lograr un resarcimiento económico limitado al daño material sufrido aunque permanezca indemne el resto de los padecimientos que debió soportar.

El instrumento sin embargo resultó altamente polémico. Se cuestionó su constitucionalidad, propugnándose una visión reductora del ámbito de aplicación de la norma (<sup>17</sup> Picasso, S.208:57) atento su carácter de excepción frente al principio general de que las facultades jurisdiccionales corresponden solamente al Poder Judicial.

Para otros, toda vez que el artículo 42 de

la Constitución Nacional impone al legislador el deber de sancionar procedimientos «eficaces» a los fines de tutelar los derechos del consumidor y atento lo engorroso del procedimiento administrativo donde se puede aplicar el daño directo, no se cumpliría el concepto de eficacia (<sup>18</sup> Ghersi, C-Weingarten. C;2008:57)

A contrario sensu y estando prevista la posibilidad de revisión judicial en términos del art. 45 de la ley, buena parte de la doctrina (<sup>19</sup> Perez Bustamante, L.2008:118) entiende que el instituto no merecería tachas constitucionales, ni aun después de la sentencia de la Corte en Ángel Estrada y Cía., en la cual el Alto Tribunal respondió negativamente a la posibilidad que un ente regulador de servicios públicos reconociera resarcimientos económicos a los usuarios de una empresa prestadora.

En cuanto a la redacción de la norma propuesta, la misma no aclara si es necesario que exista pedido de parte, al igual que el artículo anterior, con lo cual subsiste el interrogante vinculado a su aplicación de oficio.

La innovación, superadora de algunas polémicas, es la de poner fin a la discusión en lo referido a su alcance, reducido a los daños materiales en los bienes objeto de

la relación de consumo. Los restantes daños alegados solo podrían ser reclamados judicialmente.

Tampoco se aclara si puede ser reclamado por cualquier legitimado por la relación de consumo, que hubiera sido menester clarificar. <sup>[20]</sup> Ghersi, C.-Weingarten C, 2008:57)

Si bien la determinación de su aplicación y cuantía pertenece a la autoridad de aplicación, el punto conflictivo quizás refiere a los requisitos que debe cumplir la autoridad de aplicación para poder determinar daño directo, entre los que se enumera: 1) Que la autoridad de aplicación por ley de creación tenga facultades para «resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta», 2) El organismo debe estar dotado de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas. o descentralizadas.3) La ley de creación debe establecer que sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y ser susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias. 4) Control judicial amplio y suficiente.

Por el nuevo código, eventualmente también desaparecería el monto máximo, es-

tablecido según un parámetro de medición proveniente del tan cuestionado INDEC. Se elimina también la mención respecto a que el monto resultante de la aplicación del daño directo es deducible de las demás indemnizaciones que puedan obtenerse en sede judicial lo cual, sin duda alguna deberá ser delimitado jurisprudencialmente.

Por último, desaparece toda mención a plazos de interposición de apelaciones, lo cual ocasionara nueva confusión en los ordenamientos locales de procedimiento administrativo.

**Hay mucho camino por andar y en esta etapa los operadores tenemos la difícil tarea de velar por que la LDC cumpla los objetivos para los que fue sancionada. La manera más adecuada de lograrlo es respetando la intención del legislador, aplicando para ello la norma en relación a los sujetos y al objeto previstos por la misma, con un criterio de suficiente amplitud a fin de alcanzar la meta propuesta pero asimismo evitando los excesos a los que las «modas» en el ejercicio de la actividad forense nos tienen acostumbrados ■**

<sup>1</sup> MOSSET ITURRASPE, J y WAJNTRAUB J, «Ley de Defensa del Consumidor», Rubinzal Culzoni, Sta. fe. 2008)

<sup>2</sup> Fundamento acompañados al proyecto de ley 26.361

<sup>3</sup> Fundamentos citados nota 2

<sup>4</sup> Fundamentos citados nota 2

<sup>5</sup> LORENZETTI, R.L. «Consumidores» segunda de. Actualizada, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe. 2009

<sup>6</sup> LORENZETTI, op. cit

<sup>7</sup> «Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título II: Contratos en general, La Ley, Buenos Aires,

<sup>8</sup> ZENTNER, DIEGO H., Contrato de consumo, La Ley, Buenos Aires, 2010, PÁG. 68

<sup>9</sup> Fundamentos del anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación.

<sup>10</sup> NICOLAU N.L.-HERNADEZ C.A «Breve análisis de la relac de consumo y sus fuentes y de algunas normas que incorpora a esta norma el Proyecto de C.C y C. 2012» en Rivera J.C. (Director)-Cambios al proyecto de C.C y Cde la Nación» Abeledo Perrot 2012, PAG.635

<sup>11</sup> LORENZETTI, R. «Consumidores», op cit.

<sup>12</sup> ARIZA, A «Desplazamiento del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado» L.L. Suplemento Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. 2008.

<sup>13</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, M «Función preventiva de daños» L.L.13/10/11

<sup>14</sup> ZAVALA DE GONZALEZ, M. op. cit

<sup>15</sup> FURLOTTI, S. «Los daños punitivos» L.L.gran cuyo 2010 (oct.) 819.

<sup>16</sup> MOLINA SANDOVAL, C. «derecho de Consumo», Advocatus, 2008.

<sup>17</sup> PICASSO, S. «Nueva Categoría de daños en la ley de Defensa del Consumidor» en L.L. Suplemento de reforma a La Ley de Defensa del consumidor» L.L. Buenos Aires 2008

<sup>18</sup> GHERSI, C. -WEINGARTEN, C. «visión integral de la nueva ley del consumidor» en L.L. Suplemento de reforma a La Ley de Defensa del consumidor» L.L. Buenos Aires 2008

<sup>19</sup> PEREZ BUSTAMANTE; L. «La reforma de la ley de defensa del consumidor» en L.L. Suplemento de reforma a La Ley de Defensa del consumidor» L.L. Buenos Aires 2008

<sup>20</sup> GHERSI, C.-WEINGARTEN, C. «Vision...»op cit.