



myf

264

# LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DESDE LA ÓPTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS: EN BUSCA DE UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

**DR. MARCELO C. QUAGLIA**

Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 14ª Nominación de Rosario

**DRA. MARÍA LAURA MARTÍNEZ**

Fiscal subrogante de la Fiscalía N° 6 de Rosario

*«Una regla esencial e indiscutida –ya que no se trata de una regla escrita– de la sociedad de consumidores es que para tener la libertad de elegir hay que ser competente: disponer del conocimiento, la habilidad y la determinación necesarios para hacer uso de la capacidad de elección».*

ZYGMUNT BAUMAN, VIDA DE CONSUMO

## **I. Los derechos del consumidor: ¿derechos humanos?**

La normativa que regula la tutela de los consumidores y usuarios en nuestro derecho, si bien en sus orígenes se centró en la protección de los intereses económicos, aun en esos inicios denota la presencia de normas que procuran la protección de la persona humana, un germen que paulatinamente comenzó a adquirir mayor relevancia, hasta

llegar a determinar principios y reglas normativas y jurisprudenciales tendientes a amparar los derechos extrapatrimoniales de los consumidores y usuarios<sup>1</sup>.

Los derechos humanos constituyen el núcleo de la cultura jurídica posmoderna<sup>2</sup>. Su expansión histórica se traduce en su reconocimiento en tratados y convenciones internacionales. En nuestro país, el proceso de constitucionalización del derecho privado, iniciado en 1994 con la reforma constitucional<sup>3</sup>, se cristalizó recientemente en la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta revalorización implica una mutación en la manera de pensar y actuar el derecho por parte de sus operadores; esa lógica se proyecta sobre las instituciones del derecho privado<sup>4</sup>, otorgando a los derechos humanos una fuerza expansiva primordial en la determinación del contenido del orden normativo que lo regula<sup>5</sup>.

Nos preguntamos si lo dicho es sufi-

ciente para concluir que los derechos del consumidor merecen ser considerados con el rango de derechos humanos. Porque, con todo, no lo encontramos expresamente consagrado como tal en los tratados internacionales, lo que permitiría, en su caso, tenerlo por incorporado así a nuestro derecho.

No obstante el déficit en la positivización, la respuesta afirmativa es indudable: la tutela de los consumidores y usuarios no se limita a cuestiones económicas, sino que las trasciende. Hoy la defensa de los consumidores y usuarios se encuentra íntimamente ligada a cuestiones tales como la dignidad de la persona, la vida, su integridad psicofísica, su salud, la igualdad, la libertad, etc.

Basta simplemente remitirse a la enumeración que establece el art. 42 de la Constitución Nacional (norma que otorga jerarquía constitucional al derecho del consumidor<sup>6</sup>) de los derechos fundamentales de los consumidores, que, al par de amparar sus intereses económicos, se endereza pri-

mordialmente a la protección de su salud, de su seguridad (comprensiva de su integridad psicofísica); su derecho a una información adecuada y veraz (que muchas veces garantizará la igualdad); su libertad de elección; su derecho a condiciones de trato equitativo y digno. Dicha enunciación da claramente preminencia a aquellos valores que enfatizan al consumidor en cuanto ser humano, sin desoír por ello sus derechos económicos<sup>7</sup>.

Los ámbitos de tutela no son optativos ni excluyentes, y no sería inusual que la defensa de un derecho humano conlleve al amparo de los intereses económicos del consumidor. Así, el acceso a una información adecuada y veraz, que eventualmente podrá implicar la posibilidad de que el consumidor emita un consentimiento pleno y eficaz (evitando su «cosificación» en la contratación masiva), le permitirá contratar en forma más adecuada a sus intereses y, por tanto, amparar sus derechos económicos.

Evidentemente, la ausencia de recono-

cimiento expreso del derecho del consumidor como derecho humano no debe resultar óbice para así considerarlo<sup>8</sup>.

## II. Los derechos del consumidor como derechos humanos: efectos de esta nueva ponderación

Abordar la tutela de los derechos del consumidor desde la óptica de los derechos humanos implica una nueva interpretación, esta vez a través de los principios constitucionales en juego, en línea con las cláusulas consagradas por los arts. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, y conforme el llamado diálogo de las fuentes<sup>9</sup>. En esta intención el principio de la tutela judicial efectiva (entre otros) deberá cobrar una nueva virtualidad.

Debemos recordar que el régimen de tutela de los consumidores y usuarios, definido como un microsistema jurídico comprensivo de un pequeño conjunto de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más con-

creta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado)<sup>10</sup>.

Hoy tal microsistema se inserta en un régimen calificado acertadamente por Nicolau<sup>11</sup> como de «plurijuridismo», donde se produce el encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o «pluralismo jurídico», que consiste en «(...) la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos».

En síntesis, estamos en presencia de un sistema jurídico particular, muchas veces con reglas propias<sup>12</sup> que hoy se ve además desbordado por la existencia de numerosas normas o disposiciones conexas o superpuestas al mismo que deberán ponderarse y considerarse (plurijuridismo), para lograr la solución más apropiada y acor-

de al caso concreto.

En dicho esquema normativo, cada uno de los operadores jurídicos deberá buscar la solución en el supuesto particular, debiendo ponderar la respuesta que mejor se adecue a los principios en juego, principios que en el ámbito de las relaciones de consumo usualmente responderán a la tutela de los derechos humanos conforme las normas constitucionales y los tratados internacionales.

La tutela judicial efectiva no puede quedar sino abarcada por estas soluciones, especialmente a partir de considerar que el tercer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional expresamente determina que «la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos».

¿Qué sucede en jurisdicciones donde aún no se han consagrado disposiciones locales procedimentales en orden a la tutela de los consumidores y usuarios? ¿A qué normas y principios recurrir en estos casos?

Naturalmente no pretendemos clausurar el debate con respuestas concluyentes ya que el derecho es una práctica social susceptible de ser leída desde diversos puntos de vista. En este opúsculo sólo intentaremos delinear algunos conceptos que colaboren con las conclusiones a que cada lector pueda arribar...

### III. Tutela judicial efectiva en el ámbito de las relaciones de consumo: apostillas procesales

Entendemos que, ante la ausencia de disposiciones locales en la materia en nuestro ámbito, corresponde remitirse de manera directa a las normas procesales consagradas en la ley 24.240.

En este aspecto la ley dedica un capítulo entero (el XIII, arts. 52 a 54 bis: «De las acciones»), al tratamiento de la cuestión procesal.

El primer interrogante que plantea la presencia de normas procesales en

una ley de fondo radica en su constitucionalidad.

En tal sentido y si bien pareciera que la Nación interfiere en las facultades reservadas por las provincias (art. 104 de la Constitución Nacional), tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la de nuestra Provincia, han tenido oportunidad de expedirse sobre esta cuestión<sup>13</sup>, pronunciándose ambas por la validez de tales regulaciones bajo ciertas condiciones.

De esta forma, ello será admitido siempre y cuando no se vea afectado el orden público y las disposiciones actúen como herramientas de implementación de los derechos sustanciales que se consagran<sup>14</sup>, debiendo seguir en esta línea el precepto constitucional que establece el art. 42 en su tercer párrafo al demandar que la legislación establezca procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos en materia de consumo.

Justamente en esta línea, expresa Gozáini que las normas sustanciales

destinadas a la defensa de los derechos de usuarios y consumidores muchas veces no resultan suficientes si no consiguen plasmarse en dos planos sucesivos: uno que actúa como orientador de las conductas y que opera como prevención de eventuales desatinos; y otro consecuente que se activa con la acción procesal propiamente dicha, vale decir, la demanda judicial<sup>15</sup>.

Consideramos así que las normas procesales consagradas por la legislación de fondo en esta materia deben interpretarse como presupuestos mínimos de ejercicio de los derechos vinculados con los consumidores, admitiéndose por tanto que la normativa local pueda regular por encima de dicha base ya que, en caso de limitar los derechos procesales por debajo de la misma, corresponderá la aplicación las normas más beneficiosas la consumidor (básicamente una directa aplicación del principio in dubio pro consumidor consagrado tanto en la ley 24.240 –arts. 3 y 37- como en el Código Civil y Comercial de la Nación –arts. 1.094 y 1.095-).

La solución que pretendemos que se consagre se alinea además con el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional), garantizando un piso mínimo de preservación y ejercicio de los derechos de los consumidores y usuarios en todo el territorio nacional.

Se advierte así cómo el proceso de «constitucionalización» de los derechos de los consumidores evoluciona, no sólo en el ámbito de fondo, sino también a través de sus vertientes procesales, generando garantías que el ordenamiento les ofrece a fin de asegurar una tutela judicial efectiva y oportuna, agravada en razón de la vulnerabilidad que pesa sobre ellos<sup>16</sup>.

Sintéticamente, podemos enumerar:

### **III. a) La función preventiva de la responsabilidad civil**

La ley 24.240 admite expresamente el planteo de acciones de prevención del daño.

En tal sentido no sólo se ha consagrado expresamente a partir del 2008 el instituto de la multa civil (cuya función preventiva, junto con la sancionatoria son innegables)<sup>17</sup>, sino que además el art. 52 de la ley 24240, más allá del profuso ámbito de actores que enuncia<sup>18</sup> no sólo admite el reclamo cuando los intereses de consumidores o usuarios resulten afectados, sino también cuando sean amenazados, sin necesidad de que el daño llegue a efectivizarse.

En esta línea se ha sostenido, justamente, que la tutela inhibitoria está expresamente autorizada por la Ley de Defensa del Consumidor<sup>19</sup>, cuestión que llegó a debatirse en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que consideró admisibles los planteos preventivos en la materia<sup>20</sup>.

La disposición debe integrarse, en el ya referido diálogo de las fuentes, con la regulación contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación referido a esta función de la responsabilidad (art. 1.710 y ss).

### **III. b) Intervención del Ministerio Público Fiscal**

El legislador previó la presencia del Ministerio Público Fiscal en los procesos de consumo, en correlato con su rol de protección de los intereses generales (art. 120 CN). Esta función resulta nuevamente una fase de la necesaria interacción entre el derecho del consumo y los derechos humanos, puesto que, como fiscal de la ley, este órgano debe opinar fundadamente sobre la demanda, su admisibilidad y procedencia, con arreglo a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, el diálogo de las fuentes, los tratados internalizados por la reforma constitucional de 1994, es decir, desplegar una actividad que esté a la altura de los mandatos que, en materia de derechos humanos, requiere el neoconstitucionalismo al que esa reforma adscribe.<sup>21</sup>

El rol y su impronta completa el que realiza en sede penal, puesto que, para la vida de un estado de derecho, es tan importante una fiscalía eficaz a la

hora de instar y mantener la acción penal como a la de proteger la efectiva vigencia de los derechos humanos en el proceso de consumo, puesto que si ponemos el foco en los grupos vulnerables, como los consumidores, si procuramos una legitimación democrática del bienestar, tendremos mejor calidad de vida, más bienestar, menos delitos por ende.

Esta buena práctica debe complementarse con la actividad jurisdiccional, por lo que es necesario articular el proceso con amplia participación del fiscal; así, más allá de la intervención prevista en el art. 52 de la ley, la notificación de la sentencia de fondo y mérito, la participación en cuestiones en que involucre el orden público, son de observancia recomendable para la salud del proceso y la consecución de las finalidades queridas por el legislador consumerista.

### III. c) Aplicación del proceso de conocimiento más abreviado

Según el art. 53 de la ley 24.240, en

las causas iniciadas en ejercicio de los derechos establecidos en ella establecidos (lo que conlleva que la disposición se aplique únicamente en los juicios que el consumidor sea actor y no para aquellos que plantee el proveedor contra el consumidor<sup>22</sup>) regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado establecidos en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.

Lo reseñado implica que, en principio (y si la causa debe tramitar ante un juzgado de distrito<sup>23</sup>), el proceso que debe seguirse es el sumarísimo<sup>24</sup> (hoy en la mayoría de los juzgados rosarinos y santafesinos a través del Plan piloto de oralidad en los procesos civiles, impulsado por la Corte Suprema de la Provincia de Santa Fe, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación)<sup>25</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, la norma prevé supuestos de excepción, los que (conforme su texto) deberán ser

planteados por alguna de las partes (actor o demandado<sup>26</sup>) y el juez deberá resolver por el trámite que se considere pertinente de manera fundada, conforme la *complejidad de la pretensión* (así lo requiere expresamente la disposición).

Consideramos, no obstante el texto normativo, que el propio juez de oficio (aunque siempre fundadamente) posee facultades para encauzar el procedimiento y tramitar la causa por vía ordinaria o sumaria, según el caso<sup>27</sup>. También –ante un supuesto de reconducción de la postulación procesal y de darse las circunstancias–, podrá el Tribunal disponer que el trámite transite por la vía del amparo y/o hasta el de, vgr., una medida autosatisfactiva<sup>28</sup>, siempre, claro está, con el recaudo de la fundamentación adecuada.

En la práctica forense no es inusual que, en defecto de la solicitud del trámite sumarísimo por el actor, el juez imprima el ordinario, obviando el precepto legal tuitivo y, por lo demás, de

orden público –art. 65–)<sup>29</sup>. Si bien entendemos que nada obsta que el juez «ordinarice» el proceso, en tal supuesto debería fundamentar su decisión.

Finalmente, entendemos que, tratándose de un derecho disponible para el actor, su opción –expresa o tácita– por el trámite más amplio (por temor a restricciones en materia probatoria, releva al juzgador de la fundamentar la providencia que así lo ordene.

### **III. d) La exigencia del cumplimiento de la mediación prejudicial obligatoria**

A partir de la vigencia de la ley provincial 13.151 se ha instituido la mediación con carácter de instancia previa obligatoria a la iniciación del proceso judicial en el territorio de la Provincia de Santa Fe.

Y, si bien en sus inicios se pretendió excluir de su ámbito de aplicación los reclamos vinculados con relaciones de consumo, alegando la presencia del orden público (art. 4 inc. m de la

ley 13.151), rápidamente los tribunales rechazaron dichos planteos, diferenciando básicamente la circunstancia de que la ley 24.240 se califique como de orden público, del hecho que la cuestión en debate haga al orden público; y aclarando que usualmente las cuestiones de consumo son las típicas mediables, dado que estaríamos en presencia de derechos esencialmente disponibles<sup>30</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto se ha considerado que si el actor ya ha transitado la instancia de conciliación impuesta de manera vinculante por el art. 45 de la ley 24.240 (esto es en el ámbito del procedimiento administrativo), demandarle el tránsito de una nueva instancia de conciliación a través de un nuevo método alternativo de resolución de conflictos (vía desjudicializada y no adversarial) puede considerarse un exceso de rigor formal, generando no sólo un desgaste económico (el que en última instancia podrá recuperar a través de la carga en costas –art. 30, ley 13.151), sino además uno más grave: el desgaste

innecesario de tiempo<sup>31</sup>, cuando justamente el proceso de consumo pretende tender a la celeridad en su respuesta, como hemos visto.

En esta misma línea, y siguiendo este apropiado criterio, el XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor (desarrollado en Mar del Plata en noviembre 2017) concluyó en el punto 9 de la Comisión 2 (Medios Alternativos y Protección Procesal del Consumidor) que no resulta necesario recurrir a la MPO (Mediación Prejudicial Obligatoria) si ya se concurrió al procedimiento administrativo ya que se satisface la promoción y desarrollo de métodos no adversariales y la desjudicialización de conflicto.

Tal postura, evidentemente, se asocia y fundamenta en el principio constitucional ya destacado que propugna procedimientos eficaces para la solución de conflictos en el ámbito del consumo (art. 42, tercer párrafo de la Constitución Nacional).



### III. e) Deberes del proveedor en relación a la prueba

El art. 53 de la ley 24.240 obliga al proveedor a aportar al proceso todas las pruebas que se encuentren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, imponiéndosele además una obligación adicional de carácter genérico: prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

La solución responde a que la superioridad técnica (muchas veces acompañada por preeminencia económica) que detenta el proveedor le permite acreditarse una superioridad jurídica, en cuanto a un fácil acceso a extremos relevantes para liberarse de responsabilidad propia y/o para fundar la ajena, de tal forma que «a mayor dificultad, menor exigencia de prueba»<sup>32</sup>.

De todos modos la figura ha sido materia de debate; se ha dicho que la norma no consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas, sino que pone en cabeza del proveedor el

deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder, pero no determina que recaer sobre él la carga de producir la prueba correspondiente. No se trataría por tanto de una inversión de la carga probatoria sino de un deber de carácter agravado establecido en cabeza del proveedor<sup>33</sup>.

En esta misma línea la CSJSF asevera «*si bien la regla <in dubio pro consumidor> consagrada en los artículos 3 y 37 de la Ley de Defensa del Consumidor atañe a la interpretación de la ley y del contrato y no a la valoración de la prueba de los presupuestos fácticos de la pretensión y, a su turno, el artículo 53 de la misma ley no establece una inversión de la carga probatoria, sí se establece en cabeza del proveedor el deber de prestar la colaboración procesal necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio y, puntualmente, de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder conforme a las características del bien o servicio, cuyo incumplimiento podría acarrear un indicio en su contra*

*según las circunstancias»*<sup>34</sup>.

De esta forma, y como señala Chamtrópulos con un criterio práctico, en los hechos aplicar esta solución normativa conlleva a resultados similares a los de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, todo ello a partir de una correcta interpretación del deber de colaboración procesal puesto en cabeza del proveedor y de las circunstancias fácticas que rodean a las relaciones de consumo en particular<sup>35</sup>. Ello es así dado que si el principio de las cargas probatorias dinámicas obliga a arrimar prueba al proceso a quien se encuentre en mejores condiciones para ello, no es difícil concluir que el art. 53 de esta ley termina produciendo ese mismo resultado en la práctica ya que, en la gran mayoría de los supuestos, el proveedor, teniendo en cuenta la dinámica propia de las relaciones de consumo, será quien tiene en su poder gran parte de la prueba que puede ser definitiva en estos litigios. Adicionando a ello el deber genérico de colaboración previsto en dicho precepto la conclu-

sión es casi obvia ya que el proveedor que no aporte las pruebas en su poder, estará infringiendo su deber de colaboración<sup>36</sup>.

Esta premisa no implica liberar al consumidor de acreditar los extremos en que basa su pretensión<sup>37</sup> (mínimamente deberá, por ejemplo, acreditar la relación de consumo, los presupuestos de la configuración del daño, su cuantía, etc.). En este sentido se ha señalado, con buen criterio, que la modificación hecha a la ley de defensa del consumidor asume las dificultades probatorias con que puede enfrentar el consumidor como contratante no profesional, pero ello no puede llevarnos a entender que el consumidor quede relevado de introducir medios de comprobación idóneos para justificar la posición, razón por la cual al menos debe exigírsele que identifique eventuales carencias de su adversario en la adjunción de esos elementos, de modo de permitir el control judicial sobre este aspecto<sup>38</sup>.

También debe destacarse que, efec-

tuando una interpretación sistemática de la normativa, la presente disposición deberá integrarse con el art. 37 inc. c de la misma ley 24.240, el cual dispone que tiene por no escritas las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Y, por último, ponderando el carácter de orden público de la ley 24.240, entendemos que el recaudo planteado por el art. 1.735 del Código Civil y Comercial de la Nación (en orden a que el juez distribuya la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, comunicándolo a las partes de considerarlo pertinente) no resulta aplicable en este ámbito ya que el art. 53 de la ley 24.240 lo demanda para todos los supuestos de relaciones de consumo, sin necesidad de advertencia o consideración alguna del Tribunal antes de la sentencia. De esta forma ningún proveedor podrá alegar sorpresa y/o violación de

su derecho de defensa si la sentencia lo condena con fundamento en su inconducta en los términos del art. 53 de la ley 24.240.

### III. f) Beneficio de justicia gratuita

Señalaba Couture que si en un proceso actúa un pobre frente a un rico, debiendo pagar ambos los gastos de la justicia, no existe igualdad posible, porque mientras el pobre consume sus reservas más esenciales para la vida, el rico litiga sin sacrificio y hasta con desprecio del costo de la justicia; entendiéndose que ello termina quebrantando el principio de la igualdad de las partes en juicio<sup>39</sup>. En línea con este razonamiento, la norma de tutela al consumidor le concede el beneficio de la justicia gratuita, tanto en las acciones individuales (art. 53 ley 24.240) como en las colectivas (art. 55 de la ley); aunque determinando en el primer supuesto (acciones individuales) que la contraparte podrá solicitar, acreditando la solvencia del consumidor, el cese de dicho beneficio (dándole por tanto un carácter presuncional).

A diferencia de lo reseñado en el ámbito de las acciones colectivas el beneficio es otorgado sin restricciones.

De esta forma, si se evidencia prima facie que estamos en presencia de una relación de consumo, conforme la norma el beneficio deberá ser concedido. A contrario *sensu*, «cuando la relación de consumo no resulta manifiesta, no rige de manera automática el beneficio de gratuidad ya que la misma debe ser debidamente acreditada por la parte que la invoca y valorada por el Juez de la causa»<sup>40</sup>. El análisis en esta instancia del proceso deberá ser meramente preliminar, a fin de evitar incurrir en el riesgo de adelantamiento de opinión y por tanto de violación del debido proceso<sup>41</sup>.

El primer debate que se ha planteado jurisprudencialmente en relación a este beneficio se vincula con su admisibilidad. En tal sentido, en nuestra jurisdicción, la Agencia Provincial de Impuestos, a través de la Circular 7980/12 de la Dirección General Técnica y Jurídica ha planteado la inconstitucionalidad de la norma, con-

siderando que el Estado Nacional se inmiscuye a través de la misma en un ámbito propio de la Provincia: la cuestión tributaria local. Tal también es el razonamiento al que concluyera el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>42</sup> ante planteos similares.

Numerosos son los argumentos a través de los cuales puede rebatirse este razonamiento.

Cabe en primer lugar recordar el ya citado art. 42 de la Constitución Nacional, el cual en su tercer párrafo plantea que la legislación debe establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos. Entendemos que justamente el beneficio de la justicia gratuita apunta a la determinación de procedimientos eficaces a fin de solucionar los conflictos de consumo. En síntesis, se evidencia una supuesta contradicción entre el principio constitucional de tutela al consumidor y el de los poderes reservados a las provincias, supuesto en el que consideramos necesario se dé preminencia al primero.

A tal conclusión se ha arribado en el XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. I Encuentro Nacional de Profesores de Derecho del Consumidor (Mar del Plata, noviembre 2017) Comisión 2 (Medios Alternativos y Protección Procesal del Consumidor), donde se planteó en el punto 10 que este beneficio constituye una derivación del art. 42 tercer párrafo: «El beneficio de justicia gratuita del consumidor o usuario tanto para el ejercicio de acciones individuales como colectivas (art. 53 y 55 de la Ley 24.240) constituye una derivación del derecho fundamental a obtener procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (art. 42 C.N.). En otras palabras, dicho beneficio legal constituye una herramienta de implementación de derechos fundamentales».

En nuestro ámbito local se han desarrollado numerosos argumentos a fin de sustentar esta postura<sup>43</sup>, coronados por el reciente fallo de nuestro cívico Tribunal en la causa «*Salvato*», en la que se rechaza un planteo de arraigo en el ámbito de las relaciones

de consumo sosteniendo que el consumidor goza de este beneficio<sup>44</sup>.

Así, la Suprema Corte provincial destaca que una solución diferente implicaría un apartamiento del derecho aplicable y de la jurisprudencia del más alto Tribunal de la Nación que considera que el artículo 53 de la ley nacional es plenamente operativo y de inmediata aplicación, y que, por lo tanto, el beneficio no es sino una efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos.

A esta tesis adscribimos, porque pensamos que el beneficio de gratuidad en el ámbito de las relaciones de consumo constituye un mínimo necesario para garantizar la efectiva tutela de derechos de raigambre constitucional<sup>45</sup>.

Clarificada –al menos en nuestro ámbito provincial– esta cuestión, corresponde también dilucidar el alcance de la expresión *beneficio de justicia gra-*

*tuita*, ya que ha sido objeto de diversas interpretaciones. Así, para algunos implica la eximición de sellados de tasa de justicia, asimilándolo por tanto a la declaratoria de pobreza del art. 332 y ss. CPCyCSF<sup>46</sup>. Otros lo extienden a las costas (al menos en el ámbito de las acciones colectivas)<sup>47</sup>. Asimismo, y de forma excepcional se ha pretendido, erróneamente a nuestro entender<sup>48</sup>, extender el beneficio a las medidas cautelares, específicamente en relación al recaudo de prestar contracautela<sup>49</sup>.

La cuestión no se ha consensuado aún; la piedra de toque ser el fin último del referido beneficio. En síntesis, su alcance se corresponderá con la debida tutela judicial efectiva, –principio constitucional que consagra el art. 42 CN en su tercer párrafo y que debe ponderarse en el ámbito de llamado diálogo de las fuentes (art. 2 del Código Civil y Comercial de la Nación– y debe ser definido en cada caso concreto.

De todos modos, esta interpretación protectoria impregna a otros institu-

tos: vgr. en la causa «Del Pino, Sergio D. c/ CST TERRA S.A. y otros s/ Ley 24.240», CUIJ 21-02860946-6 (en trámite por ante el Juzgado Civil y Comercial de la Novena Nominación de Rosario), el juez determinó improcedente la aplicación del art. 328 CPCyCSF (norma que impone al condenado en las costas de un incidente la prohibición de promover otro, y aun la paralización del principal, si no abonó previamente aquéllas) con fundamento, entre otros aspectos, en el principio de tutela judicial efectiva que demandan especialmente las relaciones de consumo<sup>50</sup>.

#### **IV. Finalmente, acerca de los derechos humanos y el consumo de masas**

La condición ontológica del sujeto social en nuestros días es inescindible de su pulsión por el consumo. Todos, y todo el tiempo, consumimos: mientras que el hombre primitivo debía salir a cazar y pescar para proveerse de alimento, hoy todo está al alcance de la mano, en la góndola, en un sitio web,

por una llamada telefónica, siempre que nuestra energía laboral encuentre cabida en el mercado.

Claro que esto no implica satisfacción humana; todo lo contrario, dirá Bauman, como otros teóricos que analizan el fenómeno de la vida de consumo; y no tanto para todos, porque, como lo explica Pierre Bourdieu en *Meditaciones pascalianas: «Los más desposeídos, los más carenciados, son quizás quienes han perdido la lucha simbólica por ser reconocidos, por ser aceptados como parte de una entidad social reconocible, en una palabra, como parte de la humanidad»*.

Pensar el derecho del consumo como inscripto en el discurso de los derechos humanos, desde criterios progresivos que, sin perjuicio de su evaluación casuística, en cada caso concreto, resulten tuitivos y oponibles a la hipervulnerabilidad del sujeto tutelado, es una aspiración, una labor cotidiana, una construcción social que nos convoca en tanto trabajadores del derecho. ■

#### CITAS

<sup>1</sup> Así lo destaca FRUSTAGLI, SANDRA, «La tutela del consumidor hipervulnerable en el Derecho argentino», Revista de Derecho del Consumidor, N° 1, Noviembre 2016, IJ Editores, [www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=70c95fe26afcead21622866207afa8f2](http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=70c95fe26afcead21622866207afa8f2)

<sup>2</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN, «El panorama de los derechos humanos a fin de siglo», Ed. Lexis 0003/007291, entre otros.

<sup>3</sup> RIVERA, JULIO C., «La constitucionalización del derecho privado en el Proyecto de Código Civil y Comercial», en RIVERA Julio C. (dir.) Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 4.

<sup>4</sup> Así lo destacan FRUSTAGLI, SANDRA A. y HERNANDEZ, CARLOS A.; «La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales», JA 2017-III, 1341.

<sup>5</sup> AGUILÓ REGLA, JOSEP, «Sobre la constitución del Estado constitucional», Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho, N° 24, 2001, ps. 429 y ss.

<sup>6</sup> STIGLITZ, GABRIEL, «La constitucionalización del Derecho del Consumidor. La experiencia argentina», en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A (dir.), Tratado de

Derecho del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, ps. 227 y ss.

<sup>7</sup> FRUSTAGLI, SANDRA A. y HERNANDEZ, CARLOS A.; «La protección al consumidor desde la perspectiva de los derechos humanos y de los derechos fundamentales», JA 2017-III, 1341.

<sup>8</sup> Se ha considerado (COURTIS, CHRISTIAN, en «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del art. 26 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos», en «Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio», p. 389) que, pese a no existir una referencia directa a los derechos del consumidor dentro de los tratados internacionales de derechos humanos, éstos integran los derechos económicos y sociales a que refiere el cap. III de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos en su art. 26, pudiendo entonces derivarse de las normas económicas y sociales de la Carta de la OEA; asimismo pueden considerarse en el tratamiento que otros organismos internacionales dedicaron al tema, por ejemplo las directrices de Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, cuya versión revisada fue aprobada el 22 de diciembre de 2015 por la Asamblea General en su resolución 70/186, y también en el desarrollo que le dedicaron a los derechos del consumidor las constituciones nacionales de diversos países.

<sup>9</sup> MOSSET ITURRASPE, JORGE, Del «micro» al

«macro» sistema y viceversa. El diálogo de las fuentes, RDPyC, «Consumidores», Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe., p. 15 y JAYME, Erik, «Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne. Cours général de droit international privé», Recueil des cours, vol. 251 (1995), ps. 9-268.

<sup>10</sup> NICOLAU, NOEMÍ L.; «La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado», en Revista de Estudios del Centro, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, N° 2, 1997, p. 80.

<sup>11</sup> NICOLAU, NOEMÍ L.; «El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización», en Alterini, Atilio y Nicolau, Noemí L. (dirs.), «El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización», Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 423.

<sup>12</sup> QUAGLIA, MARCELO C.; «El desequilibrio relacional y del orden público económico 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 STIGLITZ, Gabriel A. y HERNÁNDEZ, Carlos (dirs.), Tratado de derecho del consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 271.

<sup>13</sup> La ley 24.240 no es la primera norma de fondo que pretende regular cuestiones proce-

sales. Ejemplo de esta clase de disposiciones puede encontrarse en la ley de seguros (por ej. art. 118), la ley de quiebras o la ley de contrato de trabajo (art. 20), entre otros.

<sup>14</sup> CSJN, Fallos: 181:288; 306:1223 –La Ley, 11-829; 1984-D, 499- y 1615 y CSJ Santa Fe, «Inserra, Patricia contra Bar El Luchador y otros» (Expte. CSJ n°. 276/2006) del 29/11/2006, A y S t 217 p 120-124).

<sup>15</sup> GOZAÍNI, OSVALDO A., «Protección procesal de usuarios y consumidores», Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2010, p. 343.

Si bien coincidimos con este razonamiento, hoy en día no puede desconocerse que la consagración de la prevención en el ámbito de la responsabilidad civil permite que ambos planos puedan coincidir, por ejemplo en un supuesto de acciones preventivas, tutela inhibitoria, etc.

<sup>16</sup> SAHIAN, JOSÉ; «Dimensión constitucional de la tutela judicial efectiva de los consumidores», SJA 07/02/2018, 173.-

<sup>17</sup> Cabe al respecto simplemente destacar la existencia de un debate en relación a esta cuestión (el cual naturalmente excede el ámbito de esta líneas), existiendo dos claras posiciones: quienes admiten la aplicación del instituto ante la configuración de un daño (y sin perjuicio de su función disuasoria y por tanto preventiva) y quienes sostienen la innecesidad de que el mismo se configure

(posición en la que nos enrolamos), reflejo de tal debate han sido las conclusiones a que se arribara en la Comisión de Defensa del Consumidor en el ámbito de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Córdoba en el año 2009.

<sup>18</sup> Donde otorga legitimación activa no sólo al consumidor o usuario por su propio derecho, sino también a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de la ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal.

<sup>19</sup> SEGUÍ, ADELA, «Prevención de los daños y tutela inhibitoria en el derecho del consumidor», en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), op. cit., Tomo II, p. 681.

<sup>20</sup> CSJN, «Zubeldía c/ Municipalidad de La Plata», 07/02/2006, LA LEY 2006-B, 630.

<sup>21</sup> Según Junyent Bas, el Ministerio Público Fiscal es el guardián de la tutela de los intereses generales, así lo expresó en la ponencia «El rol del fiscal en el proceso civil», en las Jornadas nacionales de Fiscalías para la protección de los intereses generales, Rosario, 2 y 3 de noviembre de 2017, Colegio de Magistrados de Rosario.

<sup>22</sup> La disposición rige únicamente para los

juicios que el consumidor sea actor y no para aquellos que plantee el proveedor contra el consumidor (FARINA, Juan M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, 4ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 571).

<sup>23</sup> Cabe también la posibilidad que el reclamo se interponga ante un Juzgado de Circuito (en razón de la cuantía) y/o un Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual (si se invoca por ejemplo la inexistencia de una relación contractual, sin perjuicio de lo cual el consumidor ha sido víctima, como expuesto –art. 1096 CCyC-, de prácticas comerciales abusivas).

<sup>24</sup> A modo ejemplificativo podemos destacar la solución dada en el ámbito de la provincia de Jujuy, donde el art. 3º de la Ley 5170 establece que «a los fines de lo dispuesto en el Artículo 53 de la Ley Nacional N° 24.240 «de Defensa del Consumidor»; déjase establecido que en el ámbito de la Provincia de Jujuy, serán de aplicación las normas establecidas para las acciones de amparo».

<sup>25</sup> Conforme el protocolo de actuación recomendado por Acuerdo Ordinario - Acta 48/2017 de fecha 5 de diciembre de 2017 y lo dispuesto por los Acuerdos Ordinarios – Acta 8/2018 del 13 de marzo de 2018 y 10/2018 del 27 de marzo de 2018 de la Excma. Suprema Corte de la Provincia de Santa Fe.

<sup>26</sup> Si bien el proveedor puede solicitar el cam-

bio del trámite lo hará siempre en su carácter de demandado ya que el procedimiento más abreviado se reserva a los procesos que inicie el consumidor, como reseñáramos infra (FARINA, JUAN M., op. cit., p. 571).

<sup>27</sup> Por ejemplo ante la interposición de una acción colectiva parece difícil (al menos actualmente y dada la escasa regulación en la materia) que la misma pueda tramitar a través de un proceso sumarísimo.

<sup>28</sup> Tal podría ser el supuesto en el que se demanda el cumplimiento del deber de información, acreditándose plenamente la existencia de una relación de consumo y agotándose la pretensión simplemente con la provisión de los datos requeridos. Se han planteado precedentes jurisprudenciales de pretensiones de consumo que tramitaran por esta vía (por ejemplo: STJ Corrientes, «Municipalidad de Mercedes, Corrientes c. Aguas de Corrientes S.A., Suc. Mercedes s/ medida autosatisfactiva», 13/02/2009, La Ley on line, AR/JUR/1953/2009).

<sup>29</sup> Así lo destacan COLOMBO, CARLOS J. y KIPER, CLAUDIO M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo VII, p. 310.

<sup>30</sup> CCyC Santa Fe, sala 1, 12/02/2015; *www.legaldoc.com.ar* ID18706; CCyC Rosario, sala

4; 22/04/2013, *www.legaldoc.com.ar* ID11981 y 29/04/2014, *www.legaldoc.com.ar* ID11882; CCyC Rosario, sala 2; 1/6/2012, *www.legaldoc.com.ar* ID10416; entre otros.

<sup>31</sup> Cám. de Circuito de Rosario, «Baumann, Hernán c/ TELECOM PERSONAL S.A. s/ Daños».

<sup>32</sup> Así lo destaca ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Doctrina Judicial. Solución de casos 7. Aspectos procesales del resarcimiento*, Alveconi, Córdoba, 2010, pp. 27 y 30.

<sup>33</sup> SÁENZ, LUIS R. J. y SILVA, RODRIGO, «Comentario al art. 53 LDC», en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (Directores), Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2009, Tomo I, p. 670.

<sup>34</sup> CSJSF, «BELFER c/ ELECTRONICA MEGATONE»; 04-abr-2017, A y S t 274 p 280/286.

<sup>35</sup> CHAMATROPULUS, DEMETRIO ALEJANDRO; «Estatuto del Consumidor Comentado. Tomo 2», Ed. La Ley, Bs. As. 2016, comentario al art. 53.

<sup>36</sup> El citado autos plantea como ejemplos de esta situación el caso en que el proveedor tiene obligación de guardar la documentación de las operaciones que celebren por un determinado tiempo, quedando obligado a ponerla a disposición del proceso; similar situación

puede darse en relación a las filmaciones de cámaras de seguridad, o en el supuesto de contrataciones telefónicas, donde para poder acreditar cuestiones relativas a las condiciones de dicho contrato cuenta con el registro de las comunicaciones efectuadas (CHAMATROPULUS, DEMETRIO ALEJANDRO; op. cit., comentario al art. 53).

<sup>37</sup> Supuesto que tampoco ocurre en el ámbito de la teoría de las cargas probatorias dinámicas (PEYRANO, JORGE W.; «Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas», en «Cargas Probatorias Dinámicas», obra colectiva dirigida por Jorge W. Peyrano, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 25 y ss.).

<sup>38</sup> CNac. en lo Comercial, sala F, 2010-10-05, «Playa Palace S.A. c. Peñaloza, Leandro Hipólito», JA 2011-III, 397.

<sup>39</sup> COUTURE, EDUARDO J., Estudios de Derecho Procesal Civil, Volumen 1 (La Constitución y el Proceso Civil), Puntotex, Santiago, 2010, pp. 82 y ss.

<sup>40</sup> CNCiv., sala H, «A., M. E. c. Google Inc y otro s/ daños y perjuicios», 19/02/2014,

<sup>41</sup> Así se ha descotado recientemente por la Cám. Nac. Com., sala D el 3 de abril de 2018 dentro de los caratulados «PIRRONCELLO, FERNANDO PABLO Y OTRO C/ BANCO SUPERVIELLE S.A. S/ ORDINARIO», al se-

ñalar (rechazando el encuadre de la pretensión en el ámbito del consumo) que no abona una solución distinta la circunstancia de que «de acuerdo al art. 53 de la ley 24.240, no se le reclamó en autos al actor la tasa de justicia (fs. 16, cap. VII; fs. 34 vta. y 35). Es que semejante decisión con puro impacto fiscal no prejuzgó ni pudo hacerlo en orden a una defensa de inexistencia de un contrato de consumo y condición de consumidor del demandante planteada en la contestación de demanda (fs. 94 vta./95, cap. III), la cual obviamente debía tener una específica respuesta de fondo en la sentencia definitiva».

<sup>42</sup> TSJ de Córdoba LL 2013-C, 345.

<sup>43</sup> ARIAS, MARÍA PAULA «Beneficio de Justicia Gratuita en las relaciones de consumo. Situación de los Tribunales Provinciales de la Ciudad de Rosario», LLLitoral 2015 (septiembre), 21/09/2015, 815.

<sup>44</sup> Reg.: A y S t 276 p 392/398.

<sup>45</sup> Así lo destaca el Dr. Falistocco en la causa citada.

<sup>46</sup> CNCom, sala D, LL 2009-A-554. Si bien los institutos tienen similitudes la norma procesal local exige una declaración jurada de pobreza, cuestión que no es demandada en el ámbito de las relaciones de consumo, donde bastaría con invocar tal carácter para acceder al beneficio. En este sentido las

diferencias son relevantes dada la eventual falsedad de la declaración, así como a la carga en costas que podría generarse a través de la norma procesal local, la que entendemos no debería imponerse en el caso que se invoque el art. 53 de la ley 24.240.

<sup>47</sup> CS, 11/10/2011, «Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Nacionale del Lavoro S.A.» (disidencia de Argibay), y «Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Entre Ríos S.A.» La Ley Online • AR/JUR/73176/2014.

<sup>48</sup> Resulta pertinente del pago de tasas de justicia a los fines de cautelar, pero no así de la contracautela.

<sup>49</sup> 1<sup>era</sup>. Instancia CyC Federación 18/6/2008, LL Litoral 2008, 894.

<sup>50</sup> Destaca el Tribunal, con buen criterio que, dado que el objeto de la norma no es otro que evitar la proliferación de incidentes que dilaten de manera injustificada el proceso «su efectiva aplicación dependerá de las circunstancias del caso, habida cuenta la señalada finalidad normativa y su correspondiente interpretación teleológica, y armónica con el ordenamiento jurídico todo (art. 2 Código Civil y Comercial), máxime cuando concurren en el caso derechos consumeriles que gozan de una tutela procesal preferente, con miras a que se garantice el real acceso a la justicia».