

# ***Reflexiones sobre el acceso a la justicia de consumo***



**Dra. Laura Perez Bustamante**

Doctora de la Universidad de Buenos Aires.

Posdoctora de la Facultad de Derecho de la UBA (2010).

Especialista en Derecho de los Recursos Naturales, UBA.

Directora del Programa de Actualización en Derecho del Consumidor Profundizado. Posgrado.

Facultad de Derecho de la UBA, desde el 2009.

## 1. Antecedentes

En materia de consumo, Argentina ha desarrollado una diversidad de formas de acceso a la justicia, tanto a nivel federal como local.<sup>1</sup> Respecto del primero, además de la posibilidad de interponer acción de amparo en defensa de los derechos e intereses individuales y colectivos de los consumidores y usuarios del art. 43 de la Constitución Nacional; la ley nacional 24.240 establece un procedimiento especial para la actuación de los consumidores ante los tribunales en su art. 52, un sistema de arbitraje de consumo en el art. 59, un procedimiento administrativo por ante la autoridad de aplicación de la ley en el art. 45; y la opción de conciliar las diferencias en el ámbito de las asociaciones de consumidores en el art. 58. Adicionalmente, los entes reguladores de servicios públicos norman los procedimientos aplicables a los conflictos derivados de la prestación de los servicios de su competencia.<sup>2</sup>

Pese a este abanico de posibilidades, no fue sino hasta la reforma de la ley 26.361 del año 2008 que los

conflictos de menor cuantía de consumo tuvieron chance cierta de reparación; dado que los procedimientos existentes hasta ese momento no resultaban aptos para darles solución oportuna en tiempo, forma y costos. En este sentido, el amparo requiere del cumplimiento de requisitos para su procedencia específicos de este tipo de acción que no coinciden con las problemáticas comunes asociadas a la menor cuantía. Por su parte, el proceso judicial especial del art. 52 de la LDC se justifica en razón de los montos que involucra el proceso, por sus costos y tiempos. A su vez, el procedimiento administrativo del art. 45 de la LDC preveía una instancia conciliatoria y posibilidad de sanción de la infracción, pero no contemplaba la posibilidad de obtener resarcimiento en sede administrativa. El arbitraje de consumo era de carácter voluntario, incluso para el proveedor incumplidor. Y por último, la conciliación en sede de las asociaciones de consumidores del art. 58 LDC también era voluntaria. En este escenario, los conflictos de menor cuantía quedaban sin solución, librados a la buena voluntad en una instancia conciliatoria, pero

privados del acceso a una reparación efectiva por parte del Estado.

La reseñada situación cambió con la incorporación del daño directo –art. 40 bis– a la LDC, mediante la ley 26.361 ya mencionada. Se trata de la facultad de la autoridad administrativa de fijar resarcimiento a favor de los consumidores en el proceso sumarial instruido en su sede –art. 45 y ss LDC–. Esta previsión normativa tiene un tope cuantitativo –cinco canastas básicas total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC)– y cuenta con su debido control judicial, atendiendo las exigencias relativas a su constitucionalidad. Como consecuencia, los millonarios enriquecimientos sin causa derivados de los incumplimientos de menor cuantía vieron su límite en la figura creada en la nueva norma. De ahí la fiereza con la cual el daño directo es atacado y la necesidad de apoyar su vigencia comprendiendo sus objetivos. En definitiva, el daño directo constituye la única herramienta que dispone nuestro sistema de consumo que funciona como garantía de

## Acceso a la Justicia

Reflexiones sobre el acceso a la justicia de consumo

reparación en los conflictos de menor cuantía, más allá de las conciliaciones de carácter voluntario.

### 2. El proyecto de Código Civil 2012.

El Proyecto recepta varios de los institutos especiales que hoy tenemos vigentes en nuestra ley de defensa del consumidor e incorpora nuevas regulaciones necesarias en nuestro medio –como los ilícitos publicitarios–. Nos limitaremos a continuación a los cambios que propone el proyecto relacionados con el acceso a la justicia efectiva de consumo.

Particularmente en relación al daño directo, el Anteproyecto de Código directamente lo derogaba y el Proyecto presentado finalmente lo reincorpora, si bien con modificaciones que deben reverse a fines de tornar posible su aplicación por parte de la Autoridad de Aplicación de la ley de defensa del consumidor.

En este sentido, se introducen requisitos y limitaciones que podrían cumplir, por ejemplo, los entes reguladores de servicios públicos (conf. doctrina c.s.J.N *in re* Ángel Estrada), pero que no se corresponden con la naturaleza, estructura ni las funciones de la Autoridad de Aplicación de la ley 24.240.

A modo de ejemplo, cuando esta Autoridad sanciona por infracción al art. 8 bis (trato digno al consumidor),

el daño directo al consumidor estará vinculado a una afectación moral inevitablemente, habida cuenta de que el trato digno es un derecho personalísimo, por lo que la restricción que propone el proyecto de que el daño directo no recaiga sobre daño moral, haría inviable la aplicación del artículo.

Aún más, en ningún caso podría aplicarse el daño directo, ya que la nueva norma establece entre algunos de los requisitos a cumplir por parte del aplicador, su independencia y que su resolución haga cosa juzgada. La Autoridad de Aplicación de la ley 24.240 no es un organismo con independencia sino que depende del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y sus resoluciones tampoco hacen cosa juzgada. En otros términos, la Autoridad de Aplicación de la LDC no es equiparable en estructura ni funciones a un ente regulador.

Debe recordarse aquí que la figura del daño directo es de naturaleza protectora y resarcitoria de gran utilidad social, dado que ataca las numerosas afectaciones de menor cuantía; de ahí la necesidad de preservarla en los términos que se encuentra vigente actualmente por vía del art. 40 bis de la ley de defensa del consumidor. Si esta figura se derogara, nos retraeríamos, jurídicamente, a la situación anterior al año 2008, donde el enriquecimiento ilícito reinaba sin solución legal apropiada, enervándose la manda del art. 42 de la Constitución sobre la creación de

procedimientos aptos para la solución de conflictos de consumo.

Otro importante tema que merece atención es el instituto de la prescripción. Actualmente, los consumidores y usuarios gozan de un régimen especial de prescripción que dota al sistema de seguridad jurídica; del cual el Proyecto de Código se aparta, derogándolo y sujetando al consumidor a distintos plazos, según el contrato sobre el cual gire el conflicto. A su vez, al derogar el artículo 50 específico de la ley de defensa del consumidor, queda sin regular, por ejemplo, la prescripción de las acciones administrativas basadas en la misma, aspecto necesario de definición a fines del ejercicio de las funciones que encomienda la LDC a la Autoridad de Aplicación.

Cabe decir al respecto, que la ley 24.240 –con sus modificatorias– ha establecido un sistema normativo, cuyos principios mantienen coherencia interna y se plasman en regulaciones de carácter preventivo, protectorio y resarcitorio y el tema de la prescripción no es ajeno a esta política. De ahí la necesidad de conservar el *status* alcanzado con la norma del art. 50 vigente ya que de derogarse, dejaría librada la prescripción a la regulación de distintas leyes distintas, en perjuicio del consumidor, entre otros efectos indeseados, como los mencionados respecto de las acciones administrativas.

### 3. Conclusión sobre el estado actual y propuestas: el fuero de consumo y la regulación pormenorizada de las acciones colectivas.

En el estado actual de situación, Argentina ha mejorado el sistema protectorio de consumo notablemente gracias a la reforma de la ley 26.361, específicamente mediante la incorporación del daño directo –que aporta significativas mejoras en materia de reparación como vimos–, del daño punitivo –que suma prevención mediante las multas disuasivas y exige un rol más activo de los jueces en la consideración de la incidencia colectiva de las afectaciones–, de la prescripción –el nuevo art. 50 mejora a su antecesor receptando precisiones formuladas por la doctrina–, y de la regulación de acciones colectivas –el actual art. 54 es la única norma procesal federal sobre el tema– si bien debiera profundizarse.

Estamos en condiciones de afirmar que en el presente el consumidor dispone, frente a una amenaza o afectación de sus derechos, de distintas vías de acceso a la justicia –entendida en sentido amplio–; cuya idoneidad se evalúa en relación con las características particulares del conflicto de consumo sometido. En definitiva, hoy todos los conflictos cuentan con una vía apta para su solución, sean individuales o colectivas, de menor o mayor cuantía.

Hacia adelante, resulta indispensable

no retroceder en el estado normativo avanzado en materia de acceso a la justicia de consumo. De ahí que la primera conclusión es nuestra inclinación a favor del mantenimiento del daño directo en su redacción vigente. En cuanto a las mejoras a nivel federal, se requiere pensar una regulación más acabada de los conflictos colectivos en sede judicial y también en la especificidad de la materia de consumo. En torno a ello, se propone la creación de un fuero de consumo y profundizar la regulación vigente en acciones colectivas, temas que desarrollaremos a continuación.

#### a. El fuero de consumo:

Si bien la incorporación del actual art. 54 a la LDC ha significado un aporte positivo al acceso a la justicia de consumo, también debemos decir que en nuestra experiencia, salvo excepciones, el desconocimiento en la materia sumado a la falta de regulación acabada de las acciones colectivas ha conducido a resultados indeseados respecto de los intereses económicos de los consumidores y ha empujado al Estado a subsanar estas situaciones mediante presentaciones ulteriores judiciales (ver Perez Bustamante, Laura «*Class actions de consumo y representación colectiva*», diario La Ley, 14/12/2013).

Debemos recordar que el consumo es un derecho de tercera generación, y por tanto, de ontología transversal. Por eso puede ser ubicado en el dere-

cho civil, como en el comercial, como en el administrativo, como en el ambiental, de acuerdo con el tema sobre el cual verse el conflicto (ver Perez Bustamante, Laura, *Derechos del Consumidor*, Astrea. 2004). Pero el derecho del consumo tiene principios e instituciones propias, especiales, que en muchos casos se apartan por completo de los principios y presupuestos de las ramas del derecho en las cuales se inserta –vg. los presupuestos de los contratos civiles son opuestos a los de los contratos de consumo y consecuentemente, la regulación de contratos de consumo es tuitiva mientras que la clásica civil es liberal–.

A esto debe sumársele que el razonamiento de los jueces en los distintos fueros varía de acuerdo a su especialidad, lo cual coloca a los conflictos de consumo –sean individuales o colectivos– en una suerte de resultado aleatorio; ya que la experiencia indica que los principios, instituciones y normas de consumo no son frecuentemente consideradas o aplicadas en toda su fuerza y extensión regulatoria a la hora de sentenciar. A modo de ejemplo, es mucho más fácil obtener una sentencia favorable al consumidor por una violación al deber de información (art. 4 LDC) que la declaración de una nulidad de cláusula abusiva (art. 37 LDC), siendo que el nivel de conflictividad en ambos casos es altísimo.

Resulta oportuno, entonces, pensar soluciones que atiendan la complejidad, variedad y especificidad de los

## Acceso a la Justicia

### Reflexiones sobre el acceso a la justicia de consumo

conflictos de consumo a la hora de la justicia. En este sentido, la creación de un fuero de consumo sería un posible avance que contemplaría tanto la especificidad de la materia como su complejidad, posibilitando bases igualitarias de acceso a la justicia para todos los consumidores.

Asimismo, un fuero especial de consumo aportaría seguridad jurídica con independencia de la cuantía de los reclamos.

#### b. Cuestiones procedimentales:

La reforma, en este sentido, requiere la creación de un fuero y la creación, además, de procedimientos judiciales acordes a la cuantía u otras características de las causas, al tiempo de una articulación avanzada entre la sede administrativa y la judicial.

Respecto del procedimiento aplicable, el sumarísimo ha resultado apropiado a los conflictos de consumo que actualmente llegan a sede judicial, pero no lo sería para la menor cuantía. En este último caso, la experiencia del derecho comparado indica la abreviación aún mayor de los procedimientos de esta índole y resalta su sencillez. Por ejemplo, en Francia existe la llamada *injection du faire*, mediante la cual, el juez puede emitir órdenes de cumplimiento de una obligación directamente, frente a la presentación de documentación respaldatoria por parte del consumidor y el incumplimiento del proveedor –vg. la entrega

de un sillón en el plazo acordado–.

Por estas razones se entiende adecuado mantener el procedimiento sumarísimo y asimismo, contemplar normativamente procedimientos diferenciados por cuantía y/o por complejidad del conflicto a resolver –debe tenerse en cuenta que la cuantía no es el único parámetro para determinar la complejidad de una causa, por ejemplo, una acción colectiva que persiga la nulidad de cláusulas abusivas e integración judicial en contratos técnicamente complejos–.<sup>3</sup>

#### c. La sede administrativa. Conciliación de consumo y mediación prejudicial. Carácter del denunciante en las actuaciones administrativas y acceso a la jurisdicción:

En cuanto a la articulación con la sede administrativa, la instancia conciliatoria realizada en sede de la autoridad de aplicación de la LDC, es altamente aceptada por los jueces de la Capital Federal como similar a la mediación prejudicial obligatoria de ley en cuanto a sus efectos legales. Al respecto, la doctrina destaca el similar objetivo de ambos procesos y el hecho de que la conciliación de consumo se lleva a cabo en organismos públicos en el marco de un procedimiento de ley (ver Bersten, Horacio, *Derecho Procesal del Consumidor*, La Ley 2004 y Perez Bustamante, Laura, *Derechos del Consumidor*, cit.) Sin embargo, su previsión legal aportaría a zanjar cualquier duda que aún pudiera exis-

tir en el particular, por lo cual nos inclinamos a favor de su incorporación al texto de la LDC.

Asimismo y en el mismo orden, sería deseable establecer normativamente que el consumidor que interviene en un procedimiento administrativo de consumo reviste carácter de parte en el mismo. A esta conclusión se llega fácilmente si tomamos en consideración que desde 2008 existe daño directo, y con él, queda despejada cualquier duda respecto de la existencia de interés directo del consumidor en el resultado del procedimiento administrativo, más allá de la instancia conciliatoria. La más reciente jurisprudencia de los tribunales de la C.A.B.A. así lo entiende. Pese a ello, existen aún jurisdicciones administrativas reacias a aceptar esta realidad, por lo cual se propicia aportar claridad normativa expresa también sobre este el tema; ya que la negación del carácter de parte implica una denegación de acceso a la jurisdicción. En otros términos y a modo de ejemplo, un consumidor con conflicto de menor cuantía que entiende fijado en menos su daño directo, debe ser reconocido en su derecho de pedir la suba de la sanción por apelación igual que tiene derecho el proveedor de pedir su revocación. Y decimos conflicto de menor cuantía porque tomamos en cuenta el tope de las 5 canastas básicas del daño directo, límite de la facultad otorgada por la ley a la autoridad de aplicación de la LDC.

d. Las acciones colectivas:

Es dable poner de resalto la necesidad de profundizar la regulación de las acciones de incidencia colectiva de consumo y de forma concomitante, la articulación entre los garantes del orden público de consumo.

Con tal objetivo, pensamos que deberían incorporarse a la LDC previsiones relativas al control de la idoneidad del representante colectivo, un rol más protagónico de los jueces en estos procesos especiales, una mayor injerencia de la autoridad de aplicación y detenernos muy pormenorizadamente, en la regulación de los medios anormales de terminación del proceso.

En relación a la idoneidad del representante, deberá repararse en la inexistencia de conflictos de intereses con sus representados y el cumplimiento de lo establecido en el art. 57 de la LDC, rigurosamente.

Asimismo, en los acuerdos transaccionales propuestos será preciso evaluar la correspondencia entre lo reclamado y lo acordado, teniendo presentes de manera documentada, las sumas concretas involucradas en la causa; la solidez de la demanda y su contestación, la existencia de dificultades para la producción de la prueba o fuertes defensas, los beneficios del acuerdo para el colectivo, la duración del pleito prevista y la complejidad del asunto, la solvencia de los demandados y la buena fe de los litigantes; todos re-

querimientos de los ordenamientos de derecho comparado.

Por último, considerando nuestra experiencia, el Ministerio Público Fiscal y la Autoridad de Aplicación, deberán incrementar sus respectivas competencias e intervenir especialmente, en presencia de desistimiento, falta de impulso procesal, acuerdos transaccionales y negligencia en la producción de pruebas.

Hasta aquí las propuestas normativas para la superación de las dificultades actuales. Sin perjuicio de ellas, debemos tener presente que estamos trabajando con derechos sociales de tercera generación; que han tenido desde su nacimiento una evolución acelerada y notoria, correlato la vertiginosidad de su momento histórico de referencia, pero que no escapan a la progresividad propia de su naturaleza. Y en este sentido, la recepción social del derecho del consumidor tiene aún camino por recorrer, incluso en cuanto al acceso a la justicia. ■

<sup>1</sup> Por razones de extensión del presente trabajo, nos limitaremos aquí al análisis del tema a nivel federal.

<sup>2</sup> Así, entre otros, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad establece su procedimiento de reclamos de usuarios en la Res. ENRE 82/02; su par en materia de gas- lo hace mediante la Res. ENARGAS 3305/05 y la Comisión Nacional de Comunicaciones utiliza la Res. SC 1059/99 –servicio básico de telefonía- y la Res. SC 490/97 –telefonía móvil–.

<sup>3</sup> La actual redacción del art. 53 de la LDC contempla la posibilidad de que, a petición de parte, el juez fije un procedimiento distinto al sumarísimo.