

**Por Marcela Novick y Carlos Eduardo Tambussi.**

**1.1. Respecto del anteproyecto en la materia específica de consumo**

**TÍTULO III Contratos de consumo.**

**CAPÍTULO 1 Relación de consumo**

**(arts. 1092 a 1122)**

**SUJETOS CONSIDERADOS CONSUMIDORES (ART. 1092)**

El anexo II del Proyecto de Ley aprobatoria deroga el actual Artículo 1 de la ley vigente, que queda redactado de la siguiente manera:

*Artículo 1º.- Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*

Se incluye en la sistemática del proyecto del quizá futuro nuevo art. 1092, que establece los sujetos que serian considerados consumidores a los fines de contar con la protección, quedando fuera de la previsión legal, la innovadora figura del *bystander*, es decir aquel sujeto que sin ser parte en la relación de consumo pueda estar expuesto a la misma.

Esta política legislativa descarta la tarea señera de los distintos sectores que trabajaron y trabajan en pos de los consumidores (académicos, doctrinarios, organizaciones de la sociedad civil) que merced a los trabajos coordinados han logrado incluir a esta figura en la reforma de la Ley 24.240, en el año 2008 por vía la Ley 26.361.

Justamente, con la reforma, el derecho de usuarios y consumidores, vio en grande las posibilidades de sujetos amparados, y la ampliación de la protección, tanto en la delimitación de las condiciones y calidades de los sujetos, como en las esferas de actuación de los mismos, superado lo estrictamente contractual y diseñando un concepto de "relación de consumo" mucho más abarcativo, real y protectorio, e incluso superador de la concepción procesal tradicional que requiere que el accionante sea el titular del derecho y que haya sufrido un perjuicio directo, extendiendo el concepto y alcance del "standing" para presentarse ante la justicia en aras de su protección.

El *bystander*<sup>1</sup> es un tercero, un expectante, en relación al bien o al servicio, que se encuentra próximo al mismo, pero no protagoniza la relación. Podríamos ejemplificar el caso (al igual que en los fundamentos del proyecto, pero para justificar su inclusión o su mantenimiento) con el de la víctima de un siniestro automotor respecto de la aseguradora del responsable, quien debe indemnizarlo en virtud del contrato de seguro, y que se encuentra de esa manera fortuita, por la producción del siniestro,

---

<sup>1</sup> 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.

"expuesta" a la relación contractual del vehículo embistente y su aseguradora.

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>2</sup>. 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 tutela 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, cuando en su oportunidad señaló: *"El derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, referido a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados -en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol-, por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes"*<sup>3</sup>.

Su consagración legal permitió también la aplicación ulterior por tribunales inferiores:

*"La ley 24.240 modificada por la ley 26.361 ilumina el camino con más claridad. La importante reforma introduce la figura del "bystander", el dañado colateral o adyacente a una relación de consumo. Ahora es consumidor o usuario quien, de cualquier manera, está expuesto a una relación de consumo (art. 1). De allí que cualquier dañado por producto o servicio calificable como de consumo está beneficiado, de ahora en más sin lugar a dudas, con la protección legal. Esto viene a confirmar que son consumidores en los términos de la ley 24.240 quienes hayan sido dañados en su persona o bienes por accidentes de tránsito en que resulte responsable el autotransporte público de pasajeros. Argumento adicional para legitimar pasivamente a la aseguradora (art. 40)"*<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup>. Esto -expresan- ha generado "una

---

<sup>2</sup> Ariza, Ariel "Desplazamientos del derecho del consumidor en el derecho privado", En La Ley, Suplemento de Reforma de La Ley de Defensa del Consumidor", Buenos Aires, 2008 pag.53.

<sup>3</sup> CSJN, "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros", del 06/03/2007 publicado en LA LEY 2007-B, 261. Es el caso de una persona lesionada mientras se hallaba en la vía pública, en las inmediaciones del estadio donde se disputaba un partido de fútbol profesional.

<sup>4</sup> Expte. 65.241/2005 (69.558) - "Aguirre Diego Oscar c/ Argañaraz Ramón Francisco y otros s/ daños y perjuicios" y otros: [elDial.com - AA6233].

<sup>5</sup> En efecto, el capítulo 2 "Formación del consentimiento" Sección 1ª "Prácticas abusivas" establece el art. 1096: Ambito de aplicación - Las normas de esta sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme lo dispuesto en el artículo

protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud”, siempre según los fundamentos.

La aplicación de la protección consumeril a estos casos no produce otro “peligro” que el de poder invocar un plexo normativo diferente, con criterios protectorios de fondo y ventajas procesales en su implementación, y no parece convencernos el argumento dogmático de protección sin sustento, cuando aparece evidente en la figura que se trata de proteger al dañado por exposición (en el sentido de “a merced de los efectos o consecuencias”), de una relación de consumo.

Cabe aclarar que más allá del retroceso que ello importa, 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* y darse de bruces a la vez con el propósito de unificación de legislaciones internas (y de armonización de las mismas hasta la unificación de las directivas nacionales, previsto desde el Acuerdo de Santa María, en 1996).

Sin lugar a dudas esto podría generar trabas en el logro de los altos objetivos planteados en torno del Tratado de Asunción, con asimetrías generadas por cambios de legislación en nuestro país.

Poca doctrina hasta la fecha en que esto se escribe se ha alzado contra esta previsión, que al decir de Gheri<sup>6</sup>, colisiona con el criterio jurisprudencial adoptado desde hace ya tiempo en los tribunales, por el cual la adquisición de bienes o la contratación de servicios por parte de personas jurídicas que sea para consumo final y no se relacione con su actividad, o lo sea de forma lejana, puede acceder a la protección que le brinda el plexo tuitivo de consumo.

Asimismo, la redacción propuesta importa excluir a otros sujetos que desde la jurisprudencia -primero<sup>7</sup>- y desde la reforma de la LDC -después- han alcanzado protección, como es el caso de las personas jurídicas que por las características de su constitución pueden quedar comprendidas en la protección como consumidores (el supuesto de las mini y micro pymes y muchas empresas familiares), dado la insistente mención de la frase “*siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*”

## **1.2 LA RELACION DE CONSUMO LIMITADA AL CONTRATO DE CONSUMO**

---

1092. Coincidimos con Gheri en 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 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”. (ver Gheri, Carlos A., “*Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas?*”, publicado en Microjuris, 16-abr-2012. Cita: MJ-DOC-5755-AR | MJD5755).

<sup>6</sup> Gheri, Carlos A., “*Anteproyecto de Código Único 2012. ¿Los derechos de los consumidores o de las empresas?*”, publicado en Microjuris, 16-abr-2012. Cita: MJ-DOC-5755-AR | MJD5755.

<sup>7</sup> CNCom., sala A, 21/11/2000, “Artemis Construcciones S.A. v. Diyón S.A. y otro”; CNCom., sala A integrada, 17/2/2004, “Avan c/ Banco Torquinst S.A.”.

En la vieja redacción de la LDC la relación de consumo se encontraba limitada a la posibilidad de probar la existencia de contrato de consumo, circunstancia que traía más de un dolor de cabeza a muchos consumidores.

Ese escollo fue superado en virtud de la visión que la jurisprudencia supo imprimir y así se entendió que la relación de consumo era "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario" (art. 3 LDC) y se clarificó que el elemento distintivo que decide la aplicación del régimen tuitivo no es el acto de contratar (acto jurídico bilateral), sino que es el consumir (hecho jurídico), lo que activa el principio protectorio. La redacción propuesta en el art. 1093 vuelve sobre algo que ya se creía superado, por reiterada y pacífica jurisprudencia desde hace ya mucho tiempo, en desmedro del alcance de régimen tuitivo consumerista.

### **1.3 INTERPRETACION Y PRELACION NORMATIVA. DISTINTOS CRITERIOS. POSIBLE COLISION DE NORMAS**

Rezan los arts. 1094 y 1095 sobre los criterios que habrán de seguirse para interpretar las normas que regulan las relaciones de consumo y los contratos de consumo, siguiendo el principio del actual art. 3 LDC, indicándose en la parte final del art. 1095 que "cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa." Ambas disposiciones podrían colisionar con las pautas sobre interpretación de los contratos en general y prelación de normas que establecen los arts. 963 (del TÍTULO II Contratos en general - CAPÍTULO 1 Disposiciones generales) y 1709 (TÍTULO V Otras fuentes de las obligaciones - CAPÍTULO 1 Responsabilidad civil - SECCIÓN 1ª Disposiciones generales).

Hubiera sido loable mantener el paradigma establecido por la Ley de Defensa del Consumidor actualmente vigente en cuanto a que »Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica».

Volviendo al hilo conductor de la posible confusión en la prelación normativa: dispone el "art. 963.- *Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:*

- a) *normas indisponibles de la ley especial y de este Código;*
- b) *normas particulares del contrato;*
- c) *normas supletorias de la ley especial;*
- d) *normas supletorias de este Código."*

No surge con claridad del Proyecto si la Ley de Defensa del Consumidor, que es ley especial (y federal pues reglamenta los art. 42 y 43 CN) quedará vigente más allá que algunas de sus disposiciones serán modificadas, para tener en claro que siendo una ley de orden público (art. 65 LDC) mantendrá su vigencia por sobre las disposiciones de la ley común, (Código Civil) según el inc. a) de la norma proyectada que analizamos.

Por su parte dispone el "art. 1709 *Prelación normativa. En los casos en que concurren las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:*

- a) *las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;*
- b) *la autonomía de la voluntad;*
- c) *las normas supletorias de la ley especial;*
- d) *las normas supletorias de este Código."*

Cabe aclarar que la norma antecesora, el art. 1708 dispone que *"Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva."*

De lo dicho surge, que en caso de conflicto en la interpretación de un contrato de consumo, por aplicación del art. 963 inc. a) puede obtenerse protección por la normativa indisponible de la ley especial; pero en materia de prevención del daño y su reparación serán aplicables las normas indisponibles del código a sancionarse. ¿Y qué sucede con la responsabilidad solidaria del art. 40 LDC que es la norma más favorable al consumidor? Si nos atenemos al Anexo II del Proyecto elevado por el PEN, no hay mención a derogación de la ley 24.240, sólo las modificaciones a los artículos ya señalados. Pero el interrogante queda planteado.

Quizá la solución esté en la previsión del artículo 1094 in fine que señala expresamente que en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor, manteniéndose en este caso el derivado del principio protectorio.

#### **1.4. Respecto de lo normado en el Proyecto en: CAPÍTULO 2 Formación del Consentimiento.**

##### **1.4.1 SECCION 1ª Prácticas abusivas (arts. 1096 a 1099)**

En el Proyecto se regula en esta Sección lo relativo a las prácticas abusivas, cuestión no prevista en la LDC, pero que la jurisprudencia fue delineando desde hace algunos años, haciendo extensivos los criterios postulados en torno al concepto de cláusula abusiva contenida en el art. 37 LDC y su Decreto Reglamentario 1798/1994, aunque por medio de la Ley aprobatoria propuesta por el Poder Ejecutivo y remitida al Congreso, el art. 37 del reglamentario quedaría expresamente derogado (conf. art. 3 inciso d).)

De todas formas y aunque en esta sección no se define qué se considera una práctica abusiva, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia han extendido la aplicación del concepto de cláusula abusiva a aquellas prácticas comerciales que importan una desventaja comparativa para el consumidor, ya sea que se vea afectada su capacidad de discernimiento para ejercer la elección del producto o servicio a adquirir, o que por las particularidades en que el proveedor oferta sus productos o servicios los consumidores resultan alcanzados por prácticas vejatorias, intimidatorias y/o discriminatorias.

En consecuencia, básicamente las garantías que se consagran son el derecho al trato digno, equitativo y no discriminatorio y la prohibición de prácticas comerciales que de alguna forma limiten la libertad de contratar del consumidor.

En cuanto al trato equitativo y digno, las disposiciones de los arts. 1097 y 1098 repiten el contenido del actual art. 8bis LDC (t.o. según ley 26.361), el que a su vez es reglamentario del derecho consagrado en el art. 42 de la CN.

Por su parte, la prohibición del art. 1099 contempla la prohibición de aquellas prácticas muy usuales -sobre todo en el ámbito bancario- en donde el cliente / consumidor es compelido a adquirir un "paquete" de servicios y/o productos cuando en realidad sólo requiere uno de ellos. De esta manera se protege al débil estructural de la relación de consumo al momento de contratar.

##### **1.4.2 SECCION 2ª Información y publicidad dirigida a consumidores y usuarios (arts. 1100 a 1103)**

En esta Sección se establece lo relativo a los tópicos de información y publicidad en la materia, que tienen finalidades distintas y merecían - según entendemos- un tratamiento diferenciado.

La redacción del art. 1100, es algo defectuosa en relación con el actual art. 4 de la LDC (t.o. según ley 26.361), que fija el deber de brindar al consumidor información "*en forma cierta, clara y detallada*" acerca del producto o servicio que intentan adquirir, sus características esenciales, las condiciones de uso, las modalidades de venta, precio de contado y financiado, etc. Y decimos defectuosa por cuanto se limita a exigir información "*cierta y detallada*", eliminando el calificativo de "claro" que ahora requiere la actual LDC.

No obstante lo dicho, cabe recordar que en la redacción original de la Ley 24.240 se imponía al proveedor que la información proporcionada debía serlo en forma cierta, veraz detallada, objetiva, clara, precisa, oportuna y conveniente. Actualmente, el artículo citado, luego de la reforma de la ley 26.361 determina que "*(...) La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.*", redacción que se mantiene en el proyectado art. 1101 que comentamos.

De tal suerte, debieran los legisladores contemplar la posibilidad de modificar este artículo a favor de la redacción más amplia (como la de la redacción original de la ley 24.240) que ofrezca mayor responsabilidad para el proveedor al momento de cumplir con este derecho-deber que impone el régimen tuitivo.

En cuanto a los efectos de la publicidad, la previsión del art. 1103 es idéntica a la del actual art. 8 LDC.

Así expresamente se vedan las indicaciones falsas y las comparaciones que puedan hacer inducir a error al consumidor, como así también aquella que sea "*abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosas para su salud o seguridad*". Esta redacción guarda similitudes con la Directiva 84/450 de la UE que regula la publicidad engañosa. Entendemos acertada la disposición, ya que sería una herramienta muy útil que permitiría la posibilidad de lograr protección a un grupo muy vulnerable actualmente: las adolescentes que persiguen alcanzar pesos que no se conciben con su contextura física, requerimientos calóricos diarios, etc, muchas veces inducidas por publicidades de ropa de moda.

Vuelve a incluirse un concepto de publicidad ilícita o desleal, bastante similar al tradicional de engañosa, que hasta ahora sólo existe en la Ley de Lealtad Comercial 22.802. Como novedades se incluyen como prohibidas la publicidad discriminatoria (que bien podría ya considerarse tratada en general por la Ley 23.592), y la comparativa, sin indicar un concepto o parámetros claros para su calificación como tal.

La doctrina ha señalado que se ha omitido la cuestión del ocultamiento sobre las características del producto, y por ende no se ha superado la pauta reguladora de la Ley de Lealtad Comercial. A su vez, de la comparativa se ha criticado que no es mala en si misma para el consumidor, sino en cuanto pueda adquirir carácter de engañosa al efectuar la comparación. Por último, compartimos la crítica de no incluir a la publicidad subliminal entre las reprochadas <sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Ver: "Las relaciones de consumo y la publicidad. El anteproyecto de Código Civil" por Autor: Lovece, Graciela I. Publicado en Microjuris del 14-jun-2012, cita Cita: MJ-DOC-5831-AR | MJD5831

Y por último en esta sección, la novedad la constituye la previsión del art. 1102, que establece la posibilidad para el afectado o quienes se encuentren legalmente legitimados, de solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación de un aviso rectificatorio y eventualmente la sentencia condenatoria, cuyos gastos estarán a cargo del demandado. La circunstancia de que se reconozca legitimación tanto al afectado como a quienes estén legalmente legitimados, está en línea con la manda constitucional del art. 43 y las disposiciones de la ley federal 24.240 (t.o. según ley 26.361).

Si bien es cierto que este instituto resulta novedoso en la regulación del proyectado código unificado en materia de consumo, no debe olvidarse que una previsión similar existe hoy día en el ordenamiento civil en el art. 1071bis, y que en nuestra materia actualmente se materializa a través de las *medidas preventivas administrativas*, como hemos sostenido en un trabajo anterior.<sup>9</sup>

Como enseña Peyrano, *"las medidas preventivas administrativas son resoluciones de organismos administrativos que poseen contenido jurisdiccional y que ordenan, básicamente, abstenerse o cesar en determinadas conductas reñidas con los derechos de consumidores y usuarios. Vaya un ejemplo: decretar el cese de una publicidad comercial engañosa."*<sup>10</sup>

Esta facultad que comentamos, tiene sustento normativo, de acuerdo al siguiente detalle: en el ámbito de Nacional, las leyes 24.240 -t.o. según ley 26.361- (art. 45) y en la Ley 25.156 (art. 35), en la C.A.B.A., la Ley 757/2002 (art. 10), habilita a la Dirección Gral. de Protección y Defensa de los Consumidores a despachar este tipo de medidas, al igual que ocurre lo mismo en la Pcia. de Bs. As. por aplicación de la Ley 13.133 (art. 71), función que lleva a cabo el organismo que cada municipio escoja, recayendo esta tarea -en muchos casos- en los Jueces Municipales de Faltas.

De modo tal que más allá que la legislación actual prevé la posibilidad del dictado de medidas administrativas que pueden hacer cesar una publicidad engañosa, encontramos adecuado y celebramos el acierto de la incorporación de la publicidad rectificatoria y la posibilidad que el consumidor afectado y los demás sujetos legitimados puedan solicitarla, en términos del Art. 1102 proyectado, ya que en la más correcta hermenéutica permitirá la aplicación de los demás principios que dan el marco protectorio al consumidor, facilitando -fundamentalmente- el derecho de acceso a la justicia.

No obstante lo dicho, propone el Poder Ejecutivo una modificación al texto del art. 8 de la LDC, el que quedaría redactado de la siguiente manera:

*"Artículo 8.- Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.*

*En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente."*

---

<sup>9</sup> Novick, Marcela, su ponencia "La publicidad en el sistema de la Ley 24.240 y otros aspectos", presentada en las X Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, mayo de 2012.

<sup>10</sup> Peyrano, Jorge W.; *"La desjudicialización de las medidas cautelares. Las llamadas medidas preventivas administrativas"* en Revista de Derecho Procesal, Número extraordinario, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 93 y ss.

Nótese que se elimina del primer párrafo "y se tiene por incluida en el contrato con el consumidor", cuando el propio código circunscribe la relación de consumo al contrato de consumo, pareciera un contrasentido adoptar una posición en franco retroceso, y restarle protección al consumidor al eliminar una previsión tan específica en materia de efectos de la publicidad en los contratos de consumo, como es el hecho de considerar incluidas en el texto del contrato las precisiones del proveedor realizadas en publicidades, folletos, prospectos etc. Creemos que en la redacción más acertada es la del actual art. 8 LDC, el cual no debiera ser modificado.

#### **1.5 Respecto del Proyecto en:**

#### **TÍTULO IV Contratos en particular**

#### **CAPÍTULO 1 Compraventa. SECCIÓN 6ª Compraventa de Cosas Muebles (Arts. 1123 a 1171)**

En el art. 1161, se prevé la posibilidad de que los contratos de compraventa de cosas muebles incluyan cláusulas de difusión general en los usos internacionales, presumiendo que son utilizadas con el significado que les adjudiquen tales usos y aunque no se trate de una compraventa internacional.

Nótese que la posibilidad de incluir una cláusula como ésta en contratos de compraventa de cosas muebles que pueden serlo de consumo, podría afectar el derecho del consumidor de acceder a la jurisdicción en caso de conflicto por el producto adquirido.

Del mismo modo surgen inconvenientes del cotejo de esta opción, con la solución incluida en el art. 2652 sobre "Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes". Dispone el artículo proyectado cuáles habrán de ser las pautas para establecer el derecho aplicable a la situación jurídica cuando las partes no hubieran hecho la elección del foro.

La primera parte de la norma en análisis dispone "*En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento.*" Y en el segundo párrafo agrega "*En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.*" ¿Y si se celebra por vía electrónica cuál será el lugar de celebración? Nótese que esto no tiene una importancia menor, sino que es de todos los días, como por ejemplo los contratos de turismo que a diario se celebran por vía electrónica. Esto -como ya lo señalamos- no tiene regulación en el anteproyecto y podría generar una grave afectación a los derechos de los consumidores y usuarios, garantizados en el texto de la CN (arts. 42 y 43).

Ahora bien, no queda definido en el Proyecto cómo se resolverá la situación de que en cualquiera de las dos hipótesis planteadas el derecho aplicable resultará ser un derecho extranjero. Estimamos que la Comisión, al igual que el Ejecutivo, no han podido contemplar cómo esta solución podría incidir en la resolución de los litigios promovidos ante los tribunales locales, máxime cuando el actual art. 3 de la LDC, que es ley federal y de orden público, dispone que deberá aplicarse la normativa más beneficiosa al consumidor, que bien podría ser el derecho local y no el extranjero como propone el Proyecto.



Pero lo más llamativo es la solución propuesta en el art. 2653 que refiere a la Cláusula de excepción. Dispone la norma "*Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos.*" Sin lugar a dudas dos de los países que pueden ser referentes en vinculaciones más estrechas con nuestro país son Brasil y Uruguay, quienes ambos poseen regulado -como ya se dijo- la figura del *bystander*, de modo tal que aún no incluyéndolo el legislador, pudiera invocarlo la parte y reclamar del juez que intervenga en el conflicto planteado entre consumidor y proveedor la aplicación de la normativa foránea, que en la más correcta hermenéutica respondería a la aplicación del artículo en comentario y el art. 3 LDC. Tener presente además que el principio de *in dubio pro consumidor* quedaría incorporada a la ley de fondo en el proyectado art. 1095.

Sin lugar a dudas esta forma de dar solución a los litigios exigirá más compromiso y capacidad de perfeccionamiento de los magistrados y funcionarios, situación que está contemplada en el nuevo rol que el legislador pretende las autoridades judiciales a tenor del contenido de los arts. 3, 10, 804, 1713, 1714, entre otros.

Recordamos así las consideraciones efectuadas en torno del art. 2654, que en materia de consumo "no se admite el acuerdo de elección de foro.", pero si se admitiría la posibilidad de que la parte lo invoque y el juez decida aplicarlo. En conclusión, no se advierte como estas normas en conjunto pueden brindar una protección más amplia o mejorada en relación con el actual sistema consumerista, según texto de la ley federal 24.240 (t.o. según ley 26.361)

El Art. 2651 fija las reglas de la autonomía de la voluntad y expresamente su última parte reza "*Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.*"

#### **1.6 Respecto del Proyecto en:**

##### **CAPÍTULO 12 CONTRATOS BANCARIOS**

##### **PARÁGRAFO 2 CONTRATOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS (arts. 1384 a 1389)**

Nótese como a pesar de los esfuerzos por regular de manera genérica lo relacionado con los Contratos de Consumo, ello termina siendo una utopía, por cuanto a lo largo de los diferentes capítulos subsiguientes, al abordar la regulación de los contratos en particular, se impone en muchos casos, la referencia obligada a la regla del art. 1092. Tal el caso de los contratos bancarios con consumidores y usuarios que detalladamente se regulan en los arts. 1384 a 1389 del Anteproyecto.

El art. 1388 reenvía a las disposiciones que regulan los contratos bancarios en general (arts. 1378 a 1383).

El segundo párrafo de la norma es confuso, por cuanto no da precisiones respecto a qué sucede si el banco presta servicios efectivamente al cliente /usuario, que él impone unilateralmente al consumidor y resuelve cobrar por ello. De este tipo de reclamo están atiborrados los juzgados, por lo que esta redacción no es feliz.

El problema no sólo es no cobrar por servicios no prestados, sino también no cobrar por aquellos servicios que se imponen al consumidor sin la debida información y mediando consentimiento expreso del mismo, entendiendo los alcances y características del servicio que la entidad propone brindar.

#### 1.7 Respeto del Proyecto en:

##### **TÍTULO V Otras fuentes de las obligaciones**

##### **SECCIÓN 2ª Función preventiva sanción pecuniaria disuasiva (arts. 1710 a 1715)**

Sostiene la Comisión en los Fundamentos del Anteproyecto<sup>11</sup>, 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 incorporado 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."* (el subrayado nos pertenece).

Es decir que a pesar de no tener el instituto de multa civil o daños punitivos una regulación específica en el Anteproyecto, de acuerdo con los fundamentos del mismo el instituto referido contemplado en la legislación consumerista mantendría su vigencia. Ahora bien, de la lectura del Proyecto elevado por el Ejecutivo al Congreso Nacional, surge que se propone una modificación a la redacción del art. 52bis LDC.

Más allá de las buenas intenciones que la Comisión Redactora del Anteproyecto tuvo al fijar los fundamentos, no se dejó a salvo en el capítulo de Relaciones de Consumo, la plena vigencia del instituto previsto en el art. 52bis LDC (t.o. según ley 26.361), lo que actualmente significa la posibilidad de que se modifique por vía de la ley de aprobación que propone el PEN.

Debe tenerse en cuenta aquí, que la consagración de la figura establecida en el art. 52bis se logró en el año 2008, después de años de trabajo en la modificación de la ley 24.240, y su incorporación significó un importante avance, más allá de que aún no tiene una consagración jurisprudencial plena, pero que de a poco los jueces van dando muestras tímidas de su aplicación, quedando mucho camino por recorrer.<sup>12</sup>

Este instituto busca sancionar a quienes actúan con total despreocupación respecto de los derechos de terceros, a sabiendas y habiendo calculado que la reparación de los daños que lleguen a reclamo será más económica que reorganizar la actividad o adecuar el producto que se comercializa y es

---

<sup>11</sup> Fundamentos de la Comisión creada por Decreto 191/2011, ver punto 4. Sanción pecuniaria disuasiva. 4.1. La decisión de regular, p.219/224.

<sup>12</sup> Algunos casos en que se ha hecho aplicación de la multa civil: CNCom, Sala F, 10/05/2012, "R., S. A. c/ Compañía Financiera Argentina S.A.", La Ley Online; Cita AR/JUR/15752/2012; CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE MAR DEL PLATA, Sala II, de fecha 27/05/2009, "Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares" [Citar: elDial.com - AA52C0].

percibido como un modo de evitar que los móviles económicos que persiguen los empresarios se desinteresen de las consecuencias que su accionar pueda provocar en los derechos de los consumidores y en la sociedad en general.

Se busca desbaratar la perversa ecuación que aconseja dejar que se produzca un perjuicio, pues en sí, resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad<sup>13</sup>, obteniéndose en el "mientras tanto" la anhelada y predicada maximización de beneficios.

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>14</sup>. Por eso cumplen una función de prevención general, a través del efecto disuasorio que se le atribuye a una sanción ejemplar<sup>15</sup>. 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 claramente los requisitos concretos de aplicación de la figura, y esta apertura de la norma ha dado lugar a un amplio debate doctrinario respecto a la admisibilidad del daño punitivo, con lo que el Proyecto parece perder la oportunidad de clarificar la cuestión.

La única precisión que da la norma proyectada es que, por el nuevo Código, sólo se aplican a los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c) del Título Preliminar; por lo que según los fundamentos enunciados, la situación es la siguiente:

1. *Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa de consumidor que prevé este dispositivo.*
2. *Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada.*
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 aplica.*

Indican que las razones son la falta de experiencia en este país respecto de la "sanción pecuniaria" (la jurisprudencia enseñaría que la experiencia se está haciendo) y que la propia ley de defensa de los consumidores no ha generado jurisprudencia sostenida en este aspecto (entendemos que la casuística limita la generalidad y no al revés).

Recalca la conveniencia de diseñar una norma que abra la puerta a este instituto con mayores especificaciones que las existentes en la ley especial y esperar su desarrollo (a lo que podríamos agregar, mayores precisiones pero menor aplicación, -por mas que se amplíen los legitimados, se lo restringe a las

---

<sup>13</sup> No nos cabe ninguna duda que ese es el razonamiento táctico y el cálculo económico de muchas empresas, ante la inacción de los consumidores y el nivel de impunidad que en muchos casos les garantiza el sistema.

<sup>14</sup> Zavala de González, Matilde "Función preventiva de daños" en La Ley 13/10/2011 pag.1.

<sup>15</sup> Sanciones económicas disuasorias de actividades injustamente perjudiciales, preservando un derecho genérico a no ser víctima" (Zavala de González, Matilde. Cit.).

acciones colectivas- con lo cual se condiciona el desarrollo que se pretende "esperar").

Pero más allá de lo expuesto, la propuesta bajo análisis modifica expresamente el art. 52 bis en estos términos:

*"Artículo 52 bis.- Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida."*

Con lo cual, nobleza obliga, se clarifican algunas cosas (y otras no tanto).

La norma mantiene efectos disuasivos y penales (si no, no sería llamada sanción). Por eso cumple una función de prevención general, a través del efecto disuasorio/preventivo que se le atribuye a una sanción ejemplar<sup>16</sup>.

Mantiene su condición de aplicación judicial a "pedido de parte". Se suprimió la mención "el juez podrá" por "el juez tiene atribuciones", y se cambió "a instancias del damnificado" por "a pedido de parte", que en la práctica puede venir a ser lo mismo (aunque el concepto de parte es más abarcativo en cuanto a los otros sujetos legitimados<sup>17</sup>, que pueden no ser los damnificados y lamentando siempre en este punto la eliminación del bystander).

Su presupuesto de aplicación es el grave menosprecio al derecho del consumidor, con lo cual entendemos abarcadas las obligaciones legales y contractuales para con el consumidor. Debió incluirse también su posibilidad de aplicación hacia una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio<sup>18</sup>. No se asentaron los criterios de exigencia de "prueba concluyente" de la gravedad del daño ni de aplicación con "interpretación restrictiva", sostenidos por un buen sector de la doctrina y jurisprudencia

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.

---

<sup>16</sup> Sanciones económicas disuasorias de actividades injustamente perjudiciales, preservando un derecho genérico a no ser víctima" (Zavala de González, Matilde. Cit.).

<sup>17</sup> Autoridad de Aplicación, Defensor del Pueblo, Ministerio Público y Asociaciones de Consumidores

<sup>18</sup> Nallar, Florencia. "La prueba de los daños punitivos" Publicado en: LLNOA 2011 (abril), p. 252.

Los parámetros para su cuantía están específicamente determinados conforme lo que venía sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia, y el ambiente originario de aplicación (el derecho norteamericano), pero no los consideramos suficientes para acabar con el amplio debate doctrinario y las distintas versiones jurisprudenciales que se venían dando en la Capital Federal y en el interior del país, pionero en la aplicación de la figura.

La cuantía, por último, puede limitarse 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 no aporta claridad, en cuanto a que no es posible discernirlo en la temporalidad de la aplicación de las sanciones, que pueden ser anteriores, posteriores o concomitantes a la hora de decidir sobre la sanción "pecuniaria disuasiva". De ser anteriores, habría posibilidad de medir su proporción. De ser concomitantes, quizá también, aunque difícil de implementar atento sus distintos funcionarios decisores. Y si fueran posteriores en el tiempo... ¿se deducen de la que se impuso por daño punitivo? Si ya fueron abonadas las multas, ¿se debe devolver el monto considerado irrazonable? Entendemos que el juez debe resolver exclusivamente en relación al caso y de acuerdo a los diferentes destinos de las multas, en relación al tiempo y momento en que le toque resolver.

Se elimina 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 conspira con la naturaleza y finalidad del instituto dado que (en algunas ocasiones, según el daño o la conducta reprochable) puede resultar ínfimo, sobre todo en el caso de daños masivos. 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"<sup>19</sup>.

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 casos de los llamados "micro daños" o pequeñas estafas que cobrarían interés e incentivo a partes y letrados para llevarlos a la justicia"<sup>20</sup>, sin que necesariamente esto implique la irrupción del fantasma de la masividad litigiosa. 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>21</sup>. También se ha propuesto que cuando sean varios los damnificados se tenga en cuenta la articulación de un fondo para distribuir en proporción al daño de cada uno de los integrantes de la clase. En esa línea se ha postulado para el caso de pluralidad de perjudicados reales o potenciales, destinar parte de la multa al solicitante y remanente a organizaciones de consumidores o ambientales.

---

<sup>19</sup> Furlotti, Silvina "Los daños punitivos: sentido y alcance del art. 52 bis de La Ley 24.240". En LL Gran Cuyo 2010 (octubre), p. 819.

<sup>20</sup> Colombres, Fernando "Daño Punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa" Publicado en: DJ 19/10/2011, 1.

<sup>21</sup> Molina Sandoval C. "Derecho de Consumo" Advocatus, Cordoba, 2008, p. 81.

### 1.8. Respeto del Proyecto en:

**LIBRO SEXTO DISPOSICIONES COMUNES A LOS DERECHOS PERSONALES Y REALES**  
**TÍTULO I Prescripción y caducidad**  
**SECCIÓN 2ª Plazos de prescripción (Art. 2560 a 2564)**

El Proyecto por un lado propone en materia de prescripción, un plazo genérico de cinco años (art. 2560), a diferencia del actual que es decenal (art. 4023), excepto que esté previsto uno diferente.

A la hora de las diferencias, en materia de prescripción de las acciones de daños derivados del contrato de transporte, el art. 2562 mejora el histórico plazo de un año, estableciéndolo en dos y en materia de vicios redhibitorios, conforme el art. 2564, el plazo se establece en un año. Por el 2561, la acción de daños por responsabilidad civil, prescribe a los tres años.

En conocimiento de la necesidad de pautas concretas, hubiera sido provechoso para sostener la consolidación de los derechos del consumidor, hacer la salvedad respecto a los casos en donde está involucrada una relación de consumo, indicando que en tal supuesto se aplica el plazo previsto en la Ley de Defensa del Consumidor o el más favorable al consumidor.

Ahora bien, lo analizado se corresponde con la redacción que la Comisión hizo en el Anteproyecto, que en materia de transporte hecha por tierra la reciente jurisprudencia del fuero civil, que ha consagrado la aplicación del plazo de prescripción trienal al contrato de pasajeros, conforme LDC, al sostener que *"Es aplicable a las acciones de daños y perjuicios originadas en un contrato de transporte terrestre de pasajeros el plazo de prescripción establecido por el artículo 50 de la Ley de Defensa del Consumidor -Ley 24.240 modificada por la Ley 26.361."*<sup>22</sup>

Ahora bien, en el Anexo II del Proyecto remitido por el PEN al Congreso, se propone una nueva redacción para el art. 50 de la LDC, el que quedaría redactado de la siguiente forma:

*"Artículo 50.- Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas."*

En ese punto caben dos aclaraciones. Por un lado, el artículo 50 "nuevo" vuelve a incurrir en la imprecisión anterior a la reforma, al eliminar del plazo de prescripción a las "acciones judiciales y administrativas" y dejar solamente a las sanciones, en una actitud inexplicable, que abre el camino para reabrir la interminable discusión respecto de la prescripción de las acciones, con el agravante de la ausencia de mención específica en los plazos generales o particulares del Código proyectado.

En este punto la exclusión es inexcusable y no tiene justificativo alguno.

---

<sup>22</sup> CNCiv. Plenario, 12/03/2012, autos "Saez González Julia del Carmen c/ Astrada Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios", publicado en La Ley, cita online: AR/JUR/1716/2012

Es que la falta de precisiones del legislador respecto a determinados aspectos, genera jurisprudencia contradictoria, inseguridad jurídica y clarificaciones tardías.

Por otro lado, debemos señalar que en la actual redacción del art. 50, en su segundo párrafo la norma prevé "Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario." Esto, está en línea con el art. 3 del mismo ordenamiento, por el cual se establece el principio *in dubio pro consumidor*. Pero, de acuerdo con lo proyectado, ¿cómo hacer jugar este principio del *favor debilis* al consumidor, cuando en la redacción propuesta "el pedido de declaración de nulidad relativa y de revisión de actos jurídicos" se prescribe a los dos años (art. 2562 Inc. a)), al igual que el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos (art. 2562 Inc. e))?, cuando además el texto que modifica el art. 50 prevé solamente la prescripción de las sanciones.

Como ya lo dijimos anteriormente, la revisión de un contrato de consumo invocando la abusividad de una o varias de sus cláusulas, importa la posibilidad de declarar la nulidad parcial del mismo, desechando las cláusulas viciadas y procediendo el juez a integrar el contrato si ello fuere necesario (art. 37 LDC). Por ende, la posibilidad de pedir la revisión de un contrato de consumo (medicina prepaga, televisión por cable, provisión de Internet, contratos bancarios, etc.) y solicitar la declaración de nulidad parcial por ser alguna/s de sus cláusulas abusivas, que en el actual sistema tiene un plazo de prescripción de 3 años, quedaria reducido a un plazo de tan sólo 2 en el Proyecto.

Entendemos que para los supuestos de relación de consumo, es la Ley 24.240 la que prevalece como estatuto específico y por ende, la que se integra con las normas generales y especiales<sup>23</sup> aplicables a la relación de consumo que se trate, con lo que se marca que la especialidad radica en la relación de consumo en sí misma. Es un orden preeminente, y no una solución en caso de duda.

De tal forma, la fijación de un plazo especial de prescripción que alcance a supuesto de relaciones de consumo, debe ser resuelta necesariamente por aplicación del plexo especial, resultando conveniente mantener la redacción actual del art. 50 LDC (t.o. según ley 26.361) que contempla un plazo mayor de prescripción de las acciones, y sin que éste se aplique únicamente a las sanciones como en el texto proyectado.

#### **1.9 TITULO IV DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (Art. 2594 a 2655)**

##### **SECCION 12 CONTRATOS DE CONSUMO (Arts. 2654 y 2655)**

La forma en que ha sido regulado el tema de acceso a la jurisdicción y el derecho aplicable a los contratos de consumo se encuentra regulado en el Proyecto en los arts. 2654 y 2655, correspondiente al Título IV sobre DISPOSICIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Así en el art. 2594 se fijan las pautas para la aplicación de normas jurídicas de distintos ordenamientos jurídicos y posibilidad de aplicación del derecho extranjero

---

<sup>23</sup> Se superan así las interpretaciones que pretendían otorgarle a la formación del consumidor el carácter de mini sistema (ver Ghersi Carlos y Weingarten, Celia "Proyecto de Reforma a La Ley del Consumidor", en La Ley 2006 E, p. 114).

(art. 2595) para concluir tajantemente el art 2655 "En esta materia no se admite el acuerdo de elección de foro".

El Anteproyecto se fundó en la Convención de Roma y la Convención de Bruselas, pero cabe recordar que ambos documentos internacionales fueron modificados por sus respectivos reglamentos (de Roma y Bruselas) en los que se eliminó, por ejemplo, el requisito de la exigencia de que el consumidor realizara actos en el lugar de su domicilio para poder invocar la jurisdicción del consumidor al momento de efectuar un reclamo al proveedor. Estas disposiciones tienden a favorecer al consumidor ante las nuevas formas de contratación por vías electrónicas, modalidad que tampoco están reguladas en el Anteproyecto, a pesar de una superflua referencia en los arts. 1105 a 1108.

Asimismo, debiera tenerse presente en esta materia, las disposiciones contenidas en la CIDIP 7, propuesta presentada por Brasil <sup>24</sup>, y que actualmente cuenta con el apoyo de Argentina y Uruguay. De modo que, existiendo trabajos en nuestra materia en derecho internacional privado, la ley de fondo inexorablemente debe encontrarse en línea con ellos, a los fines de evitar un ridículo internacional.

#### **1.10 Respecto de la eliminación de la SECCIÓN V SOBRE ACCIONES COLECTIVAS (arts. 1745 a 1748) del Anteproyecto original redactado por la Comisión**

*En los fundamentos del Anteproyecto, la Comisión indicaba que "La necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. (...) En los derechos de incidencia colectiva, surge con claridad que la prevención es prioritaria y precede a la reparación, sobre todo cuando se trata de bienes que no se pueden recomponer fácilmente. En estos casos se observa además la "tragedia de los bienes comunes" ya que, los incentivos para cuidarlos son mínimos, y por eso es un ámbito en el que se reconoce la facultad judicial de aplicar multas civiles o daños punitivos. Es entonces la definición de los derechos que se tutelan la que determina un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad. No hay una jerarquía legal, porque, como dijimos, varía conforme con los casos y bienes en juego. "*

De modo tal que la Comisión tuvo en cuenta especialmente el reconocimiento de la categoría de derechos de incidencia colectiva y su protección, considerando particularmente la prevención antes que la reparación.

No obstante, se mantuvieron los arts. 14 y 240 -aunque con algunas modificaciones en la redacción- que hacen referencia al tema de los derechos de incidencia colectiva.

Por un lado el art. 14 modificado, reconoce la existencia de derechos individuales y de incidencia colectiva. La propuesta original -entendemos- se acercaba más a la distinción mayoritariamente aceptada por la doctrina en cuanto a la distinción de los dos tipos de derechos colectivos, los que residen en un interés difuso (típico ejemplo la afectación al medio ambiente, al patrimonio artístico, cultural, histórico y paleontológico) y los que se caracterizan por ser individuales homogéneos (que reconocen una causa de afectación común que lesiona los derechos de un grupo o clase de manera individual).

---

<sup>24</sup> El proyecto del CIDPI 7, que actualmente se encuentra en tratamiento, fue elaborado por la Dra. Claudia LIMA MARQUEZ, reconocida exponente en la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.



Creemos que esta clasificación debe ser necesariamente incluidas en el Anteproyecto de Unificación, por cuanto reduce la ambigüedad y la posibilidad de dejar librado a la interpretación de los operadores del derecho, qué casos podrían quedar amparados en la promoción de una acción colectiva y cuáles no.

Por su parte el art. 240 establece que el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva *"y no debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial."* Sin embargo, la redacción original contemplaba -de manera más armónica con el contenido del art. 14- el alcance de los derechos de incidencia colectiva con el criterio detallado en la mencionada norma.

La eliminación completa de la Sección 5ta. *"Daños a los derechos de incidencia colectiva"*, por parte del Poder Ejecutivo Nacional, importa la pérdida de una posibilidad histórica en nuestra materia, como es la fijar las pautas para la procedencia de las Acciones Colectivas, siguiendo los lineamientos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha fijado en el famoso caso *"Halabi"* <sup>25</sup>.

En el citado precedente la Corte ha delineado los requisitos que deben reunir las acciones las acciones colectivas para su procedencia, imponiendo al legislador la obligación de dictar la normativa que regule dichas acciones, habida cuenta del mandato constitucional incluido en los arts. 42 y 43, incorporados luego de la reforma del año 1994. Esta es una materia pendiente en la agenda del Legislativo, oportunidad en la que bien podría haberse incluido en el Proyecto de Unificación.

#### **1.11 Respetto del Proyecto en cuanto a la reformulación del daño directo (Art. 40bis LDC)**

*"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 personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales."*

---

<sup>25</sup> CSJN 2402/2009, *"Halabi, Ernesto c/ PEN -ley 25.873 -dto. 1563/04 s/ Amparo"* (Fallos: 332:111).

El artículo "anterior" de la LDC, decía:

*Daño directo. Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.*

*La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).*

*El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.*

*Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial.*

El daño directo que se introdujo en la reforma del 2008 irrumpió como un novedoso aspecto retributivo del reclamo, ya que hasta la aparición de esta figura, lo único que podía obtener el consumidor denunciante en esa instancia (de fracasar la etapa conciliatoria) era que el proveedor infractor fuese multado pero no obtener reparación alguna al daño sufrido. Su introducción, ha sido dicho, "le permite al usuario hacer un reclamo administrativo (gratis) conservando la expectativa de que podrá obtener, aunque sea, un resarcimiento económico limitado aún en los casos en los cuales su padecimiento haya consistido en amarguras anímicas, tales como pérdidas de tiempo, malos tratos, atenciones defectuosas, etcétera; es infinita la cantidad de situaciones que pueden apenar a los usuarios y consumidores, sobre todo en países como el nuestro en donde la cultura del consumo recién está dando sus primeros pasos"<sup>26</sup>.

Pero no por ello es un instituto menos polémico.

Para la crítica a esta figura, lo fundamental fue la deficiente técnica legislativa, pero hasta el presente no se había dado una respuesta uniforme en cuanto a los contenidos o rubros resarcibles a través del llamado daño directo.

Se cuestiona su constitucionalidad, propugnándose una visión reductora del ámbito de aplicación de la norma<sup>27</sup> 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 que 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>28</sup>.

<sup>26</sup> Shina, Fernando E. "Una interpretación piadosa del Daño Directo" En LL Patagonia 2010 (diciembre), p. 529.

<sup>27</sup> Picasso, Sebastian "Nuevas Categorías de daños en La Ley de Defensa del Consumidor" En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 123.

<sup>28</sup> Ghersi Carlos, Weingarten Celia "Visión integral de la nueva ley del consumidor" En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 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>29</sup> 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,<sup>30</sup> supuesto considerado diferente al caso de la norma que analizamos, donde la ley en forma expresa otorga la potestad indemnizatoria a la autoridad administrativa, situación que no se daba en el marco regulatorio objeto del fallo aludido.

La nueva norma propuesta no aclara si es necesario que exista pedido de parte, al igual que el artículo anterior, con lo cual entendemos con algún sector de la doctrina que puede ser aplicado de oficio por la autoridad de aplicación, en tanto la ley lo consagra como una potestad de esta<sup>31</sup>.

La innovación, que puede agradar o no pero es superadora de algunas polémicas, culmina con la discusión acerca de su alcance, reducido ahora los daños materiales en los bienes objeto de la relación de consumo. Los demás aspectos indemnizatorios, de prosperar el proyecto, solo podrían ser reclamados judicialmente<sup>32</sup>.

Tampoco se aclara si puede ser reclamado por cualquier legitimado por la relación de consumo, que hubiera sido menester clarificar<sup>33</sup>.

Si bien la determinación de su aplicación y cuantía pertenece a la autoridad de aplicación, el punto descollante (en el sentido que se quiera interpretar) es el de los requisitos que debe cumplir la autoridad de aplicación para poder determinar daño directo.

Pormenorizaremos en lo posible cada uno de ellos, previo aclarar que estas cuestiones podrán ser analizadas, debatidas, cuestionadas, por el proveedor en sede administrativa y por la autoridad de aplicación a la hora de pronunciarse sobre sus propias facultades eventualmente cuestionadas, y - finalmente- resueltas por la justicia, quien deberá clarificar una vez más las imprecisiones legislativas. Procedimientos eficaces y celeridad, deberán esperar si esto avanza.

El primer condicionante es 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". Deberá discutirse esto

---

<sup>29</sup> Pérez Bustamante, Laura "La reforma de La Ley de defensa del consumidor", En Suplemento La Ley. Reforma de La Ley de defensa del consumidor. Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 118.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallos 328:651.

<sup>31</sup> Álvarez Larrondo F. "El impacto procesal y de fondo de la nueva Ley 26.361 en el derecho del consumo" En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 25.

<sup>32</sup> La jurisprudencia hasta ahora había dado pocas precisiones, entre las que podemos citar aquella que afirmo "El "daño directo" contemplado en el art. 40 bis de la Ley 24240 —añadido por el art. 16 de la Ley 26.361—, sólo comprende a los daños patrimoniales que el consumidor o el usuario sufren sobre sus bienes o su persona, no encontrándose incluido dentro de ese concepto el daño moral, el que es consustancialmente ajeno a la órbita de dicha norma" Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A "Ramos Yusef, L. M. c. Advance Speedy de Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A." del 27/07/2010 La Ley Online AR/JUR/95795/2010.

<sup>33</sup> Ghersi Carlos, Weingarten Celia "Visión integral de la nueva ley del consumidor" En Suplemento La Ley Reforma a La Ley de Defensa del Consumidor, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, 57.

respecto a si es suficiente la realización de audiencias con intentos conciliatorios y la competencia para homologar los acuerdos que de ella resulten? Sera considerado razonable y manifiesto que el legislador pensó de esa manera? Por qué razón se habla de objetivos económicos tenidos en cuenta, cuando el derecho del consumo reposa sobre -además- otros valores? Consideramos un completo desacierto esta decisión, y vamos llegando al pensamiento que se busco eliminar al daño directo, haciéndolo improponible e inaplicable.

Veamos el segundo punto, el organismo debe estar dotado de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas. Se exige la exclusión de la puesta en duda. Deberá exigirse la calificación de los audiencistas de las autoridades de aplicación o los curriculum de los responsables de las agencias estatales con competencia consumidor? Quien va a valorar su especialización?. Las oficinas de defensa del consumidor dependen de ministerios o de otras aéreas del estado, jamás son autárquicas o descentralizadas. Entonces: de quien tienen que ser independientes?. Imparciales, no pueden serlo ya que al carecer de patrocinio letrado obligatorio, quien defiende al consumidor es la autoridad de aplicación, ya que la misma ley ("de defensa del consumidor") está para su protección.

La ley de creación debe establecer que sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada (debió aclararse cosa juzgada administrativa?) y ser susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias. Afortunadamente los ordenamientos administrativos suelen incluir este punto en sus previsiones, e incluso la ley actual para el daño directo (artículo 40 bis, penúltimo párrafo). De igual manera se contempla en la 24.240 y en las normas provinciales el "control judicial amplio y suficiente", última de las exigencias del proyecto.

Por el nuevo código, eventualmente también desaparecería el monto máximo, establecido según un parámetro de medición proveniente del tan cuestionado INDEC <sup>34</sup>. Se esfuma 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, por lo que de consagrarse la reforma tal cual esta, volverán los ríos de tinta y los precedentes jurisprudenciales al respecto.

Por último, desaparece toda mención a plazos de interposición de apelaciones, lo cual ocasionara nueva confusión en los ordenamientos locales de procedimiento administrativo. En este punto realmente el retroceso es patente, deleznable e injustificado. Y olvida que el derecho del consumo requiere un régimen distinto, especial y tuitivo. Si esto estuviera presente en todos los razonamientos, se ahorrarían muchas tintas de doctrina.

La eliminación de la posibilidad de aplicación plena de esta figura, no hará peligrar ninguna estabilidad económica o empresarial, siendo estas más sensibles a otros fenómenos que a la posibilidad de los consumidores de obtener resarcimientos que antes de la reforma, pasaban a la ecuación económica de las empresas, en detrimento del buen funcionamiento del mercado y obviamente de los derechos patrimoniales del consumidor.

---

<sup>34</sup> Un máximo de cinco Canastas Básicas para el Hogar 3, según la terminología del INDEC.