

Gabriel STIGLITZ

a) Derechos colectivos, daños colectivos y acciones colectivas.

El anteproyecto de Código Civil y Comercial, en sus arts. 14 y 1745 a 1748, establecía un sistema comprensivo de :

- * acciones colectivas sobre derechos individuales homogéneos (arts. 14 inc.b);
- * derechos de incidencia colectiva (legitimación), art.14 inc.c.;
- * daños a los derechos de incidencia colectiva e individuales homogéneos; presupuestos de admisibilidad y alcances de la sentencia (cosa juzgada), arts. 1745 a 1748.

La Constitución Nacional (art. 43), reconoce como categoría, a los derechos de incidencia colectiva. Ahora los mismos vienen consagrados también, en el Título Preliminar del Proyecto.

El modo de proteger jurídicamente esos derechos de incidencia colectiva, es a través de acciones preventivas y resarcitorias de los daños colectivos. Es por ende materia del Derecho de Daños, que debe ser regulada en el Código Civil.

Si el Proyecto reconoce los derechos de incidencia colectiva (art. 14 inc. b., en la redacción reformulada por el Poder Ejecutivo), no puede dejar de regular también, lo atinente a daños colectivos y acciones colectivas (temas ambos, eliminados por observaciones del P.E.N.).

Pues es ilusorio reaccionar frente a los daños colectivos, a través de las herramientas de fondo (y las acciones) tradicionales, que son propias de los derechos individuales. Reconocer los derechos colectivos, pero impidiendo que se regulen los mecanismos adecuados para su implementación, es lo mismo que negarlos.

Hasta aquí, y al margen de lo disciplinado en la ley de defensa del consumidor 24.240 (y modificaciones introducidas por la 26.361), arts. 52, 53 y 54, ha sido la jurisprudencia , la que debió formular pretorianamente pautas para regular los procesos judiciales por daños colectivos ¹. Por ende, a esta altura de evolución de nuestra ciencia jurídica, se impone que dichas reglas sean provistas por el legislador, para que los Jueces puedan aplicarlas de modo uniforme e inequívoco.

¹ Por ejemplo, en los resonantes casos promovidos por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur (Cám.Nac.Fed).; y Municipalidad de Tandil c/ Empresa de Transportes (Cám. Civ. y Com. de Azul).

No es suficiente que leyes nacionales especiales regulen sobre daños colectivos (ej., ley 26.675 general del medio ambiente y ley 24.240 de defensa del consumidor , arts. 52 a 54), y hayan legislado también sobre las acciones judiciales colectivas. También puede y debe hacerlo el Código Civil y Comercial, incluso para uniformar las reglas aplicables a las acciones por daños colectivos de toda especie.

La distinguida procesalista Mabel de los Santos ², señala : *"Lamentablemente, ha trascendido la decisión del P.E.N. de derogar dicha normativa. Así, se ha eliminado toda referencia a las acciones individuales homogéneas, relevante para facilitar la indemnización de los daños sufridos a esos derechos. El Estado debe suministrar estructuras legales coherentes e idóneas para facilitar el ejercicio y la defensa de los derechos fundamentales previstos en los arts. 42 a 43 de la Const. Nacional. Corresponde entonces bregar por el mantenimiento del texto proyectado, en tanto contiene acertadas y prudentes pautas generales, compatibles con la legislación sustancial"*.

Y en el mismo sentido, el notable constitucionalista Andrés Gil Domínguez : *La redacción originaria (del Proyecto de Código Civil y Comercial) recogía como dimensión sustancial de la validez, a los derechos de incidencia colectiva indivisibles y divisibles, pero el Poder Ejecutivo sin fundamento alguno, reformuló la redacción y eliminó la totalidad de la Sección 5ta. referida a los daños de los derechos de incidencia colectiva* ³.

(b) Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos.

² En La Ley, 8-6-12, "Los procesos colectivos en el Anteproyecto" (págs. 1 y sgtes.).

³ "Estado constitucional de Derecho y proyecto de Código Civil y Comercial", en La Ley, 7-8-12, págs. 1 y sgtes.

Concluye de todos modos Gil Domínguez, que *no obstante, el propio mandato constitucional y convencional reconocido expresamente por el proyecto, hace que el estándar establecido por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Halabi", configure el marco de referencia sustancial que deberán respetar las normas civiles.*

El anteproyecto de Código Civil y Comercial, en sus arts. 1764 a 1766, establecía un sistema de responsabilidad del Estado (incluso por actividad lícita) y del funcionario y empleado público.

Se trata de un régimen de evidente relación con el Derecho del Consumidor, en razón que las faltas de servicio (especialmente la ausencia de control) del Estado y sus funcionarios, en el marco de las relaciones de consumo, puede ser causa adecuada de daños a consumidores y usuarios.

La responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos constituye una de las típicas hipótesis de responsabilidades especiales, enclavada en la esencia del Derecho de Daños.

Consagrada desde la sanción del Código Civil, en el art. 1112, específicamente referida a los funcionarios públicos y extendida uniformemente por la jurisprudencia como norma fundante de la responsabilidad del Estado.

El anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas, actualizó el sistema normativo de responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos, sobre la base de los modernos desarrollos de la doctrina y jurisprudencia en la materia (incorporando asimismo la responsabilidad por actividad lícita del Estado)⁴.

El Poder Ejecutivo, a través de sus observaciones, remite a supuestas normas generales del derecho administrativo sobre responsabilidad civil del Estado y de los funcionarios públicos.

De este modo, en la redacción reformulada por el P.E.N., las disposiciones sobre responsabilidad civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado, de manera directa ni subsidiaria (art. 1764)⁵.

⁴ El anteproyecto proponía la responsabilidad objetiva del Estado, por ejercicio irregular de sus funciones (art. 1764).

La responsabilidad objetiva del Estado por actividad lícita, debiendo resarcir solo el daño emergente, salvo excepciones (art.1766).

Y la responsabilidad –concurrente con el Estado- del funcionario y empleado público, por ejercicio irregular (art. 1765).

⁵ “La responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, se rige por el derecho administrativo” (arts. 1765 y 1766 del Proyecto). Actitud regresiva, atento que el Derecho debe

Las observaciones del P.E.N. son regresivas no solo en relación al Anteproyecto, sino al propio art. 1112 del Código Civil. O sea, dos siglos de retroceso.

c) Concepto de consumidor : exclusión del “consumidor-empresario”.

En una versión que se hizo pública, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial proponía excluir expresamente, del concepto de consumidor, a quien adquiere o utiliza bienes o servicios *teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*.

Esa exclusión expresa -que no ha sido consignada en el texto elevado-, oportunamente motivó la observación del Poder Ejecutivo.

Conforme el texto vigente (art. 1º, ley 24.240, que por ende se mantiene en el Proyecto de Código Civil), la inclusión o no, del consumidor-empresario dentro del ámbito de aplicación, seguirá dependiendo de la interpretación jurisprudencial sobre la noción de “destinatario final” que impone la norma.

Por lo pronto, nos adelantamos en señalar que desde nuestro punto de vista, la ampliación del concepto de consumidor, a favor de la figura del consumidor-empresario no es acorde al contexto del Derecho del Consumidor como sistema de protección, a través de soluciones especiales, **para los sujetos más necesitados de tutela**⁶.

privilegiar el amparo de los damnificados en lugar de cubrir a los victimarios. Importa, por lo mismo, deterioro de la calidad institucional, y de elementales bases constitucionales del Estado de Derecho.

Explica Jorge Mosset Iturraspe (en "Responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos", ed. Rubinzal-Culzoni (director Gabriel Stiglitz), Santa Fe, 2003, pág.21), que **la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos es un "tema propio" del Código Civil, o el Código de Derecho privado**, donde las diferencias desaparecen y la asimilación con las personas privadas apunta a ser completa. Esto "debe ser así -agrega- porque vivimos en una república democrática y no en un régimen autoritario o en una monarquía. Porque el Estado -culmina Mosset Iturraspe- NO PUEDE RECLAMAR PARA SI PREFERENCIAS O PRIVILEGIOS".

⁶ Si se redujera la aplicación del sistema (Derecho y políticas), en esencia, en favor de los consumidores de clase media alta, con acceso a las más variadas relaciones de consumo de

Ampliar el ámbito de aplicación de la legislación especial, a favor del consumidor-empresario, no hace precisamente más progresista al Derecho del Consumidor, ni por asomo. Y en todo caso, puede arriesgar una “banalización de la protección” y un “crecimiento deformado de la disciplina” del Derecho del Consumidor⁷.

Incluso pueden presentarse situaciones absurdas :

A) Que el supuesto consumidor-empresario, al adquirir bienes o servicios (*teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional*), solicite al proveedor factura con iva discriminado, para deducirlo de sus declaraciones impositivas como responsable inscripto.

Y que por dicha adquisición, luego pretenda ejercer derechos como consumidor-empresario, valiéndose de las soluciones especiales de la ley especial 24.240.

El mismo sujeto, en la misma relación jurídica, se presenta frente al Derecho en dos posiciones contradictorias : al Derecho tributario le pide consideración como empresario y al Derecho del Consumidor, consideración como consumidor.

B) Hasta **puede presentarse la paradoja** que, aun las empresas :

- que actúan de modo recalcitrante respecto a los organismos de defensa del consumidor,

- además de hacer culto a las violaciones a la ley 24.240 (encabezando los ranking de denunciados);

- luego, p.ej., plantean la incompetencia; no asisten a las audiencias conciliatorias, no acatan las medidas cautelares administrativas, ni las sanciones, etc.;

que esas propias empresas, ante una puntual situación en que puedan verse afectadas, por una adquisición o utilización de bienes o servicios *teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial,*

bienes y servicios, implicaría debilitar notablemente la finalidades perseguidas y resultaría terminantemente contrario a los propósitos más elevados del Derecho del Consumidor. THIERRY BOURGOIGNIE destaca ese riesgo, que supondría “la transformación del derecho del consumo, en un nuevo factor de desigualdades sociales”. Agrega que “numerosos estudios han denunciado el carácter demasiado restrictivo de una política de consumo que dejara de lado los problemas específicos de los consumidores económicamente débiles, reservando una parte muy importante de sus preocupaciones a los problemas encontrados por categorías sociales ya privilegiadas por el nivel de ingresos, de cultura y de educación, y por lo tanto más aptas para protegerse” (*“El derecho comunitario del consumo”*, en J.A., 26-5-93, pág.16). Concluye el notable autor belga, que “el consumidor económicamente débil sería el consumidor olvidado de la política y el derecho del consumo en la época actual”.

⁷ Lorenzetti, Ricardo, “Consumidores”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa fe, 2003, pág.73.

artesanal o profesional, pretendan prevalerse de soluciones jurídicas especiales como “consumidores” y a tal efecto, p.ej., “formulen denuncias ante aquellos mismos organismos administrativos competentes, excitando la actividad estatal a ese efecto : no parece justo”⁸.

En este contexto, parecía razonable excluir expresamente (en el art. 1º, ley 24.240) al consumidor-empresario, siendo que ello se refería, estrictamente, a la adquisición o utilización de bienes o servicios ***teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.***

Insistimos que esta postura **pone en juego el progresismo del Derecho del Consumidor**, y puede evitar los riesgos referidos, en orden a situaciones absurdas, un “crecimiento deformado de la disciplina”, o la “banalización de la protección”.

Por lo demás –y este punto merece ser especialmente resaltado–, **tampoco cabe dejarse llevar por la falacia, que si el consumidor-empresario no es recibido dentro del ámbito de aplicación de la ley especial, 24.240, entonces carece de protección jurídica.** Desde luego que no es así, en absoluto.

Afirmar eso, significaría desconocer las bases elementales del ordenamiento jurídico.

Es verdad que en ocasiones, los empresarios pueden encontrarse (respecto a otros), en situación de vulnerabilidad (especialmente los “pequeños o medianos”), al adquirir o utilizar bienes o servicios *teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional.*

Pero negarles la posición de consumidor, aun en esas situaciones de vulnerabilidad, no implica impedirles el acceso a la protección jurídica, emergente de otros sistemas normativos, con sobrados mecanismos para defenderse, que incluso arrojan en muchos aspectos, soluciones similares a las de la ley de defensa del consumidor. Por ejemplo :

- En materia de **contratos por adhesión** y cláusulas abusivas, el Proyecto de Código establece un régimen (arts. 484 a 489), aplicable a todas las relaciones contractuales de esa naturaleza, más allá de los contratos de consumo (es decir inclusive, en su caso, en beneficio de empresarios).

⁸ Moro, Emilio, “Un ensanchamiento conceptual tan indetenible como desacertado : la sociedad comercial consumidora”, en *El Derecho*, 28-12-11, pág. 6.

- La **publicidad engañosa** es prohibida por nuestro ordenamiento jurídico (ley 22.802, art. 9), no sólo en protección del consumidor, sino específicamente en el ámbito de la lealtad comercial, que atañe a las relaciones entre empresarios.

- En materia de daños derivados “del riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas” (o sea, productos y servicios), el Proyecto disciplina un sistema (aplicable por supuesto, también en favor de empresarios-damnificados) de **responsabilidad objetiva**, por ende análogo al del art.40 de la ley 24.240 de defensa del consumidor.

- Asimismo, otras normas generales, algunas vigentes en el régimen actual (Código Civil) y otras propuestas por el Proyecto, pueden ser aplicables (aunque no rija la ley de defensa del consumidor), en beneficio de empresarios que adquieren o utilizan bienes o servicios *teniendo vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Por ejemplo, entre otros :*

- los principios de la buena fe, la prohibición del Ejercicio abusivo de los derechos y otras reglas de la “justicia contractual” (lesión, imprevisión, etc.);

- las normas conexas con la defensa del consumidor, como las leyes de lealtad comercial y defensa de la competencia, etc.;

- el régimen sobre abuso de posición dominante en el mercado, que propone el art. 11 del proyecto de Código Civil y Comercial, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales;

- la figura de la situación jurídica abusiva, incorporada por el Proyecto (art.1120), en orden a la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos;

- El régimen sobre “contratos conexos”, establecido en el Proyecto (arts.1073 ,1074 y 1075), en el ámbito de la teoría general del contrato y por ende aplicable también a favor de los empresarios.

Reiteramos lo obvio : negarles a los empresarios (en relaciones vinculadas con su actividad profesional) la posición de consumidores, no implica en absoluto, impedirles el acceso a una poderosa batería de herramientas de protección jurídica.