

PONENCIA

COMISIÓN 1: Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria. Los nuevos institutos de la jurisdicción protectoria

TITULO: Jurisdicción preventiva del derecho del consumidor. Los consumidores como personas vulnerables e hipervulnerables .

PONENCIA: La recepción del instituto de la acción preventiva extiende su ámbito de aplicación al derecho del consumidor y el usuario, ello por cuanto los consumidores y usuarios se constituyen en sujetos vulnerables e hipervulnerables, respecto de los abusos de quienes ejercen una posición dominante tanto económica como contractual. Logrando por esta vía evitar daños irreparables.

Autor: Jose María TORRES TRABA¹

jmtorrestraba@yahoo.com.ar

Hipólito Yrigoyen 7878 | Piso 1| Banfield | Provincia de Buenos Aires | Argentina (CP 1828) | Tel: + (54) (11) 4242-1037 Interno 105 |

1. Introducción

En nuestro ordenamiento jurídico nacional podemos señalar que el derecho del consumidor aparece como un sistema protectorio para proteger a las personas de las inequidades del mercado. Se ocupa, o al menos pretende ocuparse, de aspectos esenciales de nuestra vida cotidiana. En ese cometido, se ha convertido en el más cotidiano de todos los derechos.

Bajo esta línea se ha pensado que “...*El derecho del consumidor*

¹ El autor es Abogado Especialista en Derecho Procesal Civil por la Universidad Nacional de Buenos Aires y Especialista en Administración de Justicia por la Universidad Nacional de San Martín, profesor de grado en Derecho Procesal Civil y Comercial y Teoría General del Proceso de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, ARGENTINA Profesor permanente de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Procesal de la UBA – ARGENTINA, publicista y coautor de diversas obras especializadas en derecho procesal civil. Actualmente se desempeña como Defensor Oficial Civil Comercial y de Familia del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires, para el Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires Argentina.

nace, se desarrolla y se justifica en la sociedad de consumo. Regula la producción y la comercialización de productos y servicios a través del prisma del consumo”, razón por la cual “... nada puede ser más actual que algo que se propone proteger la vida cotidiana de los individuos. El derecho del consumidor es, por tanto, la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo”².

Por ello se entiende que, en ese contexto de relación asimétrica entre aquellos que tienen una posición económica predominante y quienes consumen, el derecho del consumidor se erige como una herramienta jurídica destinada a equilibrar la desigualdad reinante mediante disposiciones normativas que protejan y fortalezcan a quienes están en una situación de vulnerabilidad relacional.

Destaca LORENZETTI que transitando el camino de la recodificación del derecho privado que se propone el CCCN, uno de los grandes campos que se resistematizan a través de reglas concretas y principios generales sin derogar la normativa especial es el de las relaciones de consumo³.

Sostenemos que ante los abusos por parte de aquellos que ejercen el poder económico dominante, los consumidores constituyen *sujetos vulnerables*, y es aquí donde la acción o tutela preventiva de los derechos (Arts. 1710 y ss del CCCN) adquiere un protagonismo relevante en el ordenamiento, pues enriquece y permite hacer operativa una protección integral de los usuarios y consumidores. Claramente la acción preventiva y precautoria son mecanismos adecuados para la protección del consumidor y usuario.

2. Vías de actuación para la acción preventiva del daño en el derecho del consumidor como sujeto vulnerable

² BENJAMIN, Antonio H., “El derecho del consumidor”, JA 1993-II-913.

³ LORENZETTI, Pablo, *Compatibilización entre la esfera pública y la privada y entre el ámbito colectivo y el individual, en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Publicado en: SJA 30/09/2015 , 3 • JA 2015-III , 1254.

Nuestro Código Civil y Comercial ha reivindicado en nuestro derecho el principio de *alterum non laedere*, otrora regla de oro del derecho romano. Si bien nunca perdió vigencia, con el Código cobra mayor trascendencia, al tiempo que exigirá un cambio cultural profundo, tanto para la sociedad como —principalmente— para los operadores del derecho⁴.

La prevención desde el punto de vista específico que nos ocupa, ha sido definida como el "*conjunto de actividades, instrumentos y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas y los bienes*"⁵.

A lo expuesto, resulta interesante hacer saber existencia de otras figuras que amplían y fortalecen la función preventiva del daño en el consumidor, hablamos del *principio precautorio* del derecho ambiental y del Principio de protección especial para situaciones de *hipervulnerabilidad*, introducidos en el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor⁶.

El denominado **principio de protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad**, marca la existencia de una protección diferenciada y especialmente acentuada para defender a grupos que ya han sido identificados como especialmente vulnerables, principalmente en el campo de los derechos humanos.

El principio presenta una marcada transversalidad en el "Anteproyecto"; en tal sentido:

a) se recepta la categoría de los **consumidores hipervulnerables** en

⁴ Ver TREVISÁN, Pablo, *Acción preventiva de daños y defensa de la competencia*, RCCyC 2016 (abril), 63 • RCCyC 2016 (abril), AR/DOC/916/2016.

⁵ VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., La función preventiva de la responsabilidad civil. Antijuridicidad formal o material, RCCyC 2016 (abril) , 3 • RCCyC 2016 (abril); CABALLERO, Ernesto, en su ponencia general internacional sobre "Prevención y seguro", V Congreso Mundial del Derecho de Seguros.

⁶ Ver el reciente trabajo publicado por la LA LEY, *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC Sobre algunas claves e innovaciones del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, STIGLIZ, Gabriel A., BLANCO MUIÑO, Fernando, D'ARCHIVIO, María Eugenia, HERNANDEZ, Carlos A., JAPACE, María Belén, LEPÍSCOPO, Leonardo, OSSOLA, Federico A., PICASSO, Sebastián, SOZZO CÓSIMO Gonzalo, TAMBUSI, Carlos E. , VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A., WAJNTRAUB, Javier H., Cita Online: AR/DOC/588/2019.

el art. 3; el texto reconoce pluralidad de antecedentes. A nivel nacional puede verse al despacho I.1, párrafo segundo —aprobado por unanimidad— de la Comisión 8 "*Consumidor: La categoría jurídica de consumidor*" de la XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, octubre de 2011), que textualmente recomienda que "*Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio*"⁷.

b) se reconoce una regla específica para la atención prioritaria al público (art. 24);

Por su parte el *principio precautorio* tiene como fuente es el art. 4º de la ley 25.675 y el principio 15 de la Declaración de Rio de 1992.

Se establece como núcleo del principio de protección la existencia de una "*controversia científica*" y, más ampliamente, cuando exista una "*incertidumbre científica*" en torno a la existencia y magnitud de la amenaza, que deberá ser objeto de prueba; con lo cual el presupuesto de hecho de aplicación del principio queda claramente delimitado.

Como destacan en el trabajo citado⁸, la idea directriz de actuar precautoriamente frente a incertidumbres científicas es de vital importancia en relación con los productos elaborados y servicios y consumidores, y complementa la regulación de la prevención de riesgos.

La seguridad del producto comprende la inexistencia de incertidumbres científicas, y las incertidumbres existentes son objeto del

⁷ Ver en <http://jndcbahablanca2015.com/wp-content/uploads/2014/02/Ed-anteriores-27-XXIII-Jornadas-2011.pdf>). En el derecho comparado latinoamericano un ejemplo paradigmático resulta el Código del Consumidor de Brasil (art. 39). En Europa, resulta un antecedente relevante el Reglamento 254 del 26 de febrero de 2014.

⁸ LA LEY, *Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC Sobre algunas claves e innovaciones del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*; STIGLIZ, Gabriel A., BLANCO MUIÑO, Fernando, D'ARCHIVIO, María Eugenia, HERNANDEZ, Carlos A., JAPACE, María Belén, LEPÍSCOPO, Leonardo, OSSOLA, Federico A., PICASSO, Sebastián, SOZZO CÓSIMO Gonzalo, TAMBUSI, Carlos E., VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A., WAJNTRAUB, Javier H., Cita Online: AR/DOC/588/2019.

deber de información (arts. 10.1 y 12).

La Comisión que elaborara el Anteproyecto referido, considero imprescindible explicitar que la prevención y el saneamiento del sobre-endeudamiento del consumidor deben ser políticas centrales, imponiéndose el diseño y la implementación de medidas de contenido sustancial y procedimental eficaces, cuyo ejercicio debe ser garantizado por las autoridades públicas. En esa línea, el art. 80 insta al diseño de "*políticas de protección del consumidor en el mercado de crédito*" y a la implementación de "*programas especiales para colectivos hipervulnerables*".

Así, el sobre-endeudamiento de los consumidores es una problemática asumida por el "Anteproyecto", que lo define y precisa sus presupuestos objetivo y subjetivo (art. 81). La preocupación global por las graves consecuencias del endeudamiento excesivo de las economías domesticas justifica la previsión de políticas de protección del consumidor en el mercado de crédito y de programas especiales para consumidores en situación de vulnerabilidad agravada, con eje en la educación financiera, que son previstos en los arts. 82 y 83⁹.

La importante reforma que trajo el Código Civil y Comercial en cuanto a la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1708 y 1710), supone del deber de:

- a) evitar causar un daño no justificado,
- b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y
- c) no agravar el daño ya producido.

Como bien destaca BESTANI, las "acciones preventivas" -en rigor, "*pretensiones preventivas*"- de los arts. 1711 a 1713 CCCN llegan tanto

⁹ STIGLIZ, Gabriel A., BLANCO MUIÑO, Fernando, D'ARCHIVIO, María Eugenia, HERNANDEZ, Carlos A., JAPACE, María Belén, LEPÍSCOPO, Leonardo, OSSOLA, Federico A., PICASSO, Sebastián, SOZZO CÓSIMO Gonzalo, TAMBUSSI, Carlos E. , VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A., WAJNTRAUB, Javier H., Sobre algunas claves e innovaciones del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, La Ley, Cita Online: AR/DOC/588/2019.

para prevenir el eventual daño, como para solicitar su cese. Y es dable conjeturar que mientras no sean reguladas en los códigos de forma locales, podrán ser ejercidas de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio -v. gr. mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc.¹⁰.

A falta de un trámite especial en nuestros ordenamientos procesales para dar cauce a la pretensión preventiva de daños en el consumo, habrá que estar a las normas generales, aunque de acuerdo a la urgencia del asunto a resolver, podría ventilarse sea por el proceso ordinario de conocimiento o bien como juicio sumarísimo¹¹.

La tutela inhibitoria "constituye el objeto principal del juicio y su trámite debe realizarse cumpliendo con todos los principios del debido proceso, especialmente el de bilateralidad antes de la decisión"¹².

Destaca MEROI¹³ que esta opción por el trámite de conocimiento ordinario cedería en caso de encontrarnos ante casos especiales, por ejemplo:

- a) Que se den los presupuestos de admisibilidad del amparo ("Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo,

¹⁰ Confr. BESTANI, Adriana, *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, GARRIDO CORDOBERA, Lida M. R.- BORDA, Alejandro-ALFERILLO, Pascual E. Bs. As., Astrea, 2015; id. "Acción Preventiva y omisión precautoria en el nuevo Código Civil y Comercial" en RCCyC 2015, del 17/11/15, RCyS2016-III, 26, LL on line AR/DOC/3881/2015; MEROI, Andrea A. "Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños", RCCyC 1026, del 6/4/16, 70, LL on line AR/DOC/956/2016; PEYRANO, Jorge W. "Procesos individuales de consumo: la acción preventiva en general y en el terreno consumeril" en STIGLIZ, G HERNANDEZ C., *Tratado de Derecho del Consumidor*, Bs. As. La Ley, T. IV pág. 162; ARAZI, Roland, *Tutela Inhibitoria*, en Rev. Dcho. Procesal, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2008-2, pág. 92).

¹¹ En algún fallo se ha resuelto que Siendo que la actora planteó la acción en los términos de la ley de defensa del consumidor y no de amparo contra la empresa de servicio de telefonía fija por la facturación y cobro del rubro "bloqueo línea control 400", y que la cuestión aparenta una complejidad que excede el limitado marco cognoscitivo de la acción de amparo, la causa deberá tramitar por la vía del proceso sumarísimo que prevé el art. 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en virtud del texto del art. 53 de la ley 24.240 -sustituido por el art. 26 de la ley 26.361-(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II • 24/11/2009 • Unión Usuarios y Consumidores c. Telefónica Argentina S.A. • La Ley Online •AR/JUR/59710/2009)

¹² ARAZI, Roland, *Tutela inhibitoria*, en Revista de Derecho Procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008-2, p. 90.

¹³ MEROI, Andrea A., *Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños*, RCCyC 2016 (abril) , 70 • RCCyC 2016 (abril).

siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley...", art. 43, 1º párr. CN), incluso los del amparo colectivo, en cuyo caso la vía procesal será la de este especial juicio de conocimiento abreviado, conforme a la legislación de cada ordenamiento.

b) Que se trate de materia regulada por el "microsistema" del "derecho del consumidor y del usuario", ley especial 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario) "... el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados" (art. 52 LDC, el resaltado nos pertenece).

En este supuesto y, como regla, la pretensión preventiva tramitará por la vía del juicio sumarísimo, normalmente "el proceso de conocimiento más abreviado" que rige en las jurisdicciones de los tribunales ordinarios competentes, "... a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado" (art. 53 LDC).

Depende entonces de las circunstancias particulares de la problemática denunciada y sobre la cual se requieran medidas de prevención del daño.

3. Supuestos especiales de protección.

Hablamos de consumidores vulnerables legitimados para accionar preventivamente en diversos supuestos.

3,a. En el derecho a la salud

Es muy amplio el espectro, pero entre otros casos, se dice que atenta contra el derecho a la salud –artículos 33 y 42 CN- las empresas de medicina prepaga que no aseguran a sus afiliados las prestaciones pactadas

y las establecidas legalmente – vgr. cobertura por contagio del virus HIV-, ya que si bien su actividad reviste carácter comercial, se ordena a proteger los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad de las personas (Cfr. Arts. 3º Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁴ 4º y 5º CADH)) lo que importa asumir un compromiso social que impide desconocer los términos del contrato¹⁴

Es insoslayable observar que las pretensiones destinadas a custodiar los derechos derivados de la salud poblacional no admiten demoras, de modo tal que, es posible articular la demanda mediante el amparo en lugar de la acción sumarísima del artículo 52 de la LDC, o bien la tutela preventiva de las disposiciones del 1710 y ss. del CCCN.

De todos modos, es una opción preferente del consumidor.

Así por ejemplo se resolvió que la medida de no innovar tendiente a que una empresa que brinda servicios de cobertura médica no incremente la cuota de un afiliado que cumplió 61 años debe ser confirmada, pues el derecho es, en principio, verosímil, ya que los derechos a la salud y del consumidor, tutelados en la Constitución Nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentran en juego, y específicamente el decreto reglamentario 1993/2011 prevé que la diferenciación de la cuota por grupo etario sólo puede fijarse al momento del ingreso del usuario al sistema, encontrándose permitido el aumento por edad de los ya afiliados sólo cuando cumplan los 65 años y no reúnan diez años continuos de antigüedad en la empresa¹⁵.

Dicha medida bien puede plantearse como acción preventiva, y en particular, como cautelar, se presenta como una medida preventiva de

¹⁴ Del dictamen del procurador general que la Corte hace suyo, CSJN 13-5-2001, “E-. R. E. c/Omint SA de Servicios” L. L. 2001-B-687, L, L, 2001-E-22.

¹⁵ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III, “Swiss Medical SA c. GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la cámara de apel.”, 05/07/2018, Cita Online: AR/JUR/48640/2018.

daños.

3.b. En la seguridad general

La acción preventiva puede resultar idónea para prevenir daños a la seguridad general que pudieran ocasionar productos defectuosos.

Cuando las normas se refieren a la seguridad, tienen la premisa de ofrecer al destinatario la tranquilidad emocional respecto a los bienes, así como a la tutela preventiva de la salud y seguridad de los consumidores y usuarios, mediante normas destinadas a disminuir los riesgos en la prestación de servicios¹⁶.

El artículo 5º de la ley intenta evitar la obtención de productos que utilizados en condiciones previsibles o normales presenten peligro para la salud o la integridad física.

Constituye una medida de prevención el seguimiento sobre la producción de automotores a fin de evitar futuros daños a terceros – en el caso, el rodado volcó por una falla en el sistema de dirección-, porque así se tiende a preservar la seguridad y la salud de los usuarios. Además, es procedente porque se sustenta en el artículo 42 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de consumidores y usuarios a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, así como a una información adecuada y veraz¹⁷.

Recordemos que la seguridad del usuario no es algo que pueda prescindirse en aras del interés económico general aludido por el artículo 1º de la ley 22.262 en tanto este último también abarca ese aspecto¹⁸.

3.c. En la seguridad de los productos

Quien elabora un producto o presta un servicio debe extremar las precauciones para que los mismos se utilicen o se lleven a cabo en las

¹⁶ CNFed.CAdm., sala H, 21-10-97, “Multigas SA c/Secretaría de Comercio e Inversiones”, L, L, 1999- C-748 [41.524-S], D. J. 1999-2-1229.

¹⁷ CNCom., sala C, 5-10-2 O 01> 0. B. de M., G c/Sevel Argentina SAy otros”, L. 12002-A-861.

¹⁸ Fallos LL 1993-A-52 D.J. 1993-1-844 J. A.D.147-340\ LL 1993-A-52 D.J. 1993-1-844 J.A. 1993-11-25 LR a 147-340).

mejores condiciones posibles de seguridad a fin de evitar que ocasionen daños a terceros. De lo contrario, la responsabilidad por riesgo recae sobre quien se beneficia y lucra con la actividad.

La obligación de seguridad es de resultado y tiene carácter objetivo, pues consiste en transmitir al adquirente el dominio de un producto apto para el uso o el consumo para el cual está destinado. De esta para imputar como para exonerar responsabilidad, salvo disposición normativa o contractual en contrario

4. Conclusiones

De lo desarrollado hasta el presente, la tutela preventiva del consumidor encuentra amparo en un abanico integral de normas que de forma sistémica, coherente y armónica se complementan y se nutren recíprocamente en pos de la defensa y protección efectiva de los derechos del consumidor y el usuario.

Cabe aquí dar cuenta que esta es la inteligencia de los Arts. 1º 2º juntamente con todo el bloque normativo vigente desde la CN con los Arts. 19, 31, 42, 43 y 75 inc. 22, la ley especial LEY DE DEFENSA AL CONSUMIDOR Ley N° 24240 modif. por Ley N°26361, junto con los Arts. 3º, 9º, 10, 14, 240/241, 1092/1095 y 1710/1715 del CCCN.

Ver al consumidor como un *sujeto vulnerable o hipervulnerable*, en los términos expuestos, legitima también la necesaria aplicación del instituto de la acción preventiva para su protección frente a daños inminentes e irreparables.

En este sentido, la acción preventiva ejerce una *jurisdicción protectoria*, sea como pretensión autónoma o cautelar, a pedido de parte o bien de oficio por el juez, dictando medidas preventoras de daños irreparables para este sector, máxime si encuentran en situación de vulnerabilidad derechos fundamentales de las personas en las relaciones de consumo o servicios.