

XXXI° CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL - MENDOZA

“EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PROCESAL”.

- **COMISIÓN: DERECHO PROCESAL CIVIL - COMISIÓN 2 “REFORMAS A LAS ESTRUCTURAS PROCESALES”**
- **TEMA: JUSTICIA DE CONSUMO**
- **AUTOR: ADRIAN BENGOLEA**
- **FECHA DE NACIMIENTO: 9/3/1977**
- **CORREO ELECTRÓNICO: abengolea1@gmail.com**

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA: La ponencia compartirá una serie de propuestas necesarias para la implementación de cualquier reforma procesal que se ocupe de diseñar procesos o herramientas procesales donde el consumidor sea parte actora o demandada.

Sumario: 1. Introducción. 2. El principio de tutela judicial efectiva del consumidor frente al derecho procesal civil tradicional. 3. Propuestas. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN:

A lo largo de mis años en el ejercicio profesional defendiendo consumidores he venido notando que ciertas regulaciones procesales chocaban con institutos o principios propios del derecho del consumidor, provocando situaciones de desventaja procesal que iban completamente en contra del principio de tutela judicial efectiva que la normativa constitucional reconocía a los consumidores.

Esto motivó que comenzara a escribir diversos artículos a lo largo de estos años, donde, sin plan ni objetivo alguno, fui alertando sobre algunas inconsistencias procesales frente a los principios y derechos del consumidor, intentando hacer propuestas tendientes a superar esos escollos.

Este trabajo intenta recopilar aquellas propuestas, sumándole otras nuevas que no habían salido a la luz, confirmando un grupo compacto y resumido de ideas tendientes a ser considerados por cualquier reforma que pretenda brindar al consumidor -en contienda judicial- instrumentos procesales más ajustados a su realidad y necesidades.

Esta ponencia forma también parte de la preparación de un libro que abordará esta temática con mayor profundidad, enfocado a analizar la íntima relación entre el derecho del consumidor y el derecho procesal, esperando que este Congreso sea un ámbito para compartir estas ideas y -obviamente- recibir devoluciones o críticas constructivas que servirán para pulir aquella obra.

La ponencia se ha diseñado con una estructura muy simple, partiendo de la explicación somera de la tensión inevitable entre estas dos disciplinas, pensadas para dos realidades completamente diferentes, exponiendo la necesidad de que los principios básicos protectorios del derecho del consumidor impacten en el derecho procesal. Finalmente, a partir de tales premisas, se compartirá un resumen de las propuestas de modificación

legislativa que -de implementarse- importarán una mejora significativa de la situación procesal del consumidor en juicio.

Respecto a esto último, cabe aclarar que la gran mayoría de las propuestas que forman parte del trabajo, podrían ser aplicadas por jueces activos y comprometidos sin necesidad de esperar una reforma legislativa de los códigos procesales vigentes. Sin perjuicio de ello, todos sabemos que la sanción de normas procesales son el medio ideal para lograr un rápido avance del derecho procesal, esta vez enfocado al proceso donde exista un consumidor defendiendo sus derechos, tanto en su faz activa como en su faz pasiva.

Aclaración última, el trabajo que nos ocupa, por su limitada extensión, no termina en agotar cada una de las propuestas, quedando esa labor de mayor profundidad y extensión para el libro que se encuentra en proceso de realización.

Tampoco se abordará el asunto desde la óptica de la dificultad estructural de acceso del consumidor a la justicia, cuestión que excede el objeto del presente trabajo, enfocado especialmente a brindar soluciones al consumidor (actor o demandado) ya inserto en el conflicto judicial, planteando una serie de modificaciones a las herramientas procesales tradicionales.

Desde ya mis disculpas si en mi trabajo he omitido mencionar antecedentes doctrinarios o proyectos de ley que se hayan referido a estas cuestiones con anterioridad. Soy un simple abogado “de a pie”, que se encuentra un poco alejado del ámbito doctrinario y/o docente, y que se acerca –ocasionalmente- a estos ámbitos cuando encuentra alguna idea o propuesta novedosa. Esta posición me genera siempre el natural temor de estar escribiendo sobre algo que otros colegas -seguramente- pueden haber referido con anterioridad. Vayan mis disculpas, nuevamente.

2. EL PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL CONSUMIDOR FRENTE AL DERECHO PROCESAL CIVIL TRADICIONAL:

La Constitución Nacional establece en su art. 42 el principio de protección a los consumidores y usuarios y -como derivación lógica- sostiene otro principio de carácter instrumental denominado comúnmente de “acceso

a la solución de conflictos” al establecer que *“La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”*.

Dentro de ese principio, encontramos el de “tutela judicial efectiva” del consumidor que significa que los consumidores deben tener una tutela procesal diferenciada, un sistema procesal protectorio, que permite aplicar el Código de Procedimientos de una manera diferente cuando el litigante es un consumidor¹.

Este principio encierra la idea directriz de que al consumidor se le deben proporcionar los instrumentos procesales efectivos, rápidos y accesibles que le permitan acudir a la justicia para resolver sus conflictos con los proveedores. Si bien esta directriz se advierte aplicada en la misma normativa de fondo, al reconocerse ciertas herramientas procesales útiles (beneficio de justicia gratuita, el juicio sumarísimo, las presunciones probatorias favorables, etc.), quedan todavía muchos aspectos sin atender, pudiendo el derecho procesal civil efectuar un importante gran aporte, saldando su “deuda” para con el derecho del consumidor.

Esta rama del derecho, tal como se encuentra regulada en los códigos procesales provinciales, no se encuentra pensada ni adaptada para atender conflictos derivados de relaciones de consumo. La razón para que esto suceda es muy simple: el proceso civil está diseñado para atender una clase de conflicto donde no existía la idea del derecho del consumidor ni mucho menos el conflicto de consumo.

Esta simple cuestión se advierte al enfrentar al derecho procesal civil clásico frente a dos notas salientes del derecho del consumidor: la debilidad

¹ En palabras de Verbic *“Todo esto ha puesto en jaque las estructuras tradicionales del derecho procesal, obligando a juristas y políticos a repensar los sistemas procesales vigentes con el objetivo de diagramar e implementar tutelas diferenciadas que permitan enfrentar adecuadamente la problemática (en especial, los conflictos que se desprenden de la vulneración masiva y homogénea de tales derechos)”* (“POR UNA NECESARIA Y URGENTE REFORMA QUE PERMITA UNA TUTELA JUDICIAL ADECUADA DE USUARIOS Y CONSUMIDORES Francisco Verbic , XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal - Modelos de Justicia: Estado Actual y Reformas Procesales Comisión 1: Derecho Procesal Civil y Comercial - Ponencia General - Tutela de Usuarios y Consumidores”

estructural del sujeto consumidor (y su necesidad de protección especial) y la masividad que encierra la gran mayoría de conflictos individuales de consumo.

Veamos la primera cuestión, relacionada con la debilidad intrínseca del consumidor y su necesidad de especial protección. La piedra angular sobre la cual se erige el sistema consumeril es el reconocimiento de las relaciones de consumo como relaciones estructuralmente desiguales en las cuales existe un sujeto débil merecedor de una tutela preferencial. En este contexto, las normas consumeriles son garantías que buscan empoderar al vulnerable para equilibrar la asimetría de fuerzas de las relaciones de consumo.

Por contraposición, el proceso civil y sus reglas fueron concebidos para resolver conflictos entre sujetos que se presumen en igualdad de condiciones (de aquí el principio de “pars conditio”), evitando de todas las formas posibles que el sistema trate en forma desigual a las partes².

El desconocimiento de esta simple realidad conlleva a que se termine aplicando un proceso para “iguales” a sujetos “desiguales”, provocando que se agrave aún más la situación de debilidad estructural en la cual se encuentra el tutelable.

En este sentido, siguiendo a Cappelletti y Garth³, podemos definir al consumidor como un “litigante ocasional” y al proveedor como un “litigante repetitivo”. Los sujetos que se encuentran dentro del primer grupo además de vulnerables son inexpertos, tienen menos recursos, y se les dificulta encontrar abogados patrocinantes. Como contracara, los proveedores poseen ventajas toda vez que tienen una especie de economía de escala en razón de la cantidad de casos que litigan, situación que a su vez les permite establecer relaciones informales con miembros de las instituciones que deciden (“lobby”) y distribuir el riesgo de eventuales resultados negativos.

La segunda nota a la que hacía referencia, y que entra en colisión con el derecho procesal clásico la encontramos en la masividad o presunción de naturaleza colectiva de todo conflicto individual de consumo. Esta especial

² Kalafatic, Caren - Bengolea, Adrián, “Reflexiones y propuestas en torno a la tutela judicial de los usuarios y consumidores” ponencia publicada en el XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal.

³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. “El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos”. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

característica proviene de la misma naturaleza del acto de consumo; como la comercialización de productos y servicios se hace en masa, el conflicto, en la mayor cantidad de casos, conserva esa característica.

Esta masividad del derecho del consumidor resulta fácil encontrarla en el marco de procesos colectivos de consumo, pero también resulta muy común encontrarlo en casos individuales de consumo. Es que muchas veces un caso individual de consumo puede esconder también una problemática colectiva que debe ser atendida. Esta necesidad se advierte por ejemplo a la hora de analizar la conducta de la empresa para cuantificar una multa civil o para evitar que la conducta reprochada no siga produciendo daños a otros consumidores que no acudieron a la justicia a defender sus derechos.

Lógicamente cuando se pretende captar probatoriamente esta cuestión de la masividad, las herramientas procesales clásicas son insuficientes o se muestran desajustadas para lograrlo, por la simple razón de que no fueron pensadas para gestionar conflictos que excedan el interés de las partes involucradas.

En definitiva, estamos ante dos características únicas que posee el derecho del consumidor que demandan soluciones o herramientas que el proceso civil carece; se desentiende de la desigualdad y/o debilidad intrínseca del consumidor y la necesidad de brindarle especial protección, y a su vez, omite toda consideración acerca de la pátina colectiva que todo conflicto individual de consumo puede llegar a tener.

¿Cómo conciliar estas cuestiones? Partiendo de una premisa básica; si pretendemos acercarnos al ideal de la tutela efectiva, debemos compartir la idea base de que el derecho de derecho del consumidor tiene la virtualidad de impactar y modificar al derecho procesal.

Lo antes afirmado no resulta ninguna novedad en tanto hemos sido testigos de fallos judiciales donde, los jueces se han apartado de las regulaciones procesales vigentes en pos de lograr la efectividad de los derechos del consumidor. El mismo reconocimiento de las acciones de clases en la materia (sin esperar regulación procesal alguna), la creación pretoriana del pagaré de consumo, obligando a los actores a integrar el documento causal, pasando por la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la

Ley de Prendas por violar el derecho de defensa del consumidor, son ejemplos manifiestos de cómo la justicia no ha tenido reparos en remover obstáculos procesales para satisfacer la necesidad de que el derecho de fondo sea respetado.

Invito al lector a ir un poco más lejos y comenzar a pensar la idea que sostiene el proceso judicial de consumo debe estar regido por la misma lógica que rige a la relación de consumo en su totalidad, al punto tal de mirarlo o considerarlo como una etapa más de esa relación, donde sus principios protectorios no deben ni pueden desaparecer una vez que se ingresa en el ámbito del conflicto judicial. Ya sea como parte actora o como demandada, el consumidor que se encuentra litigando debe encontrar un ámbito donde todos los derechos y principios reconocidos por el derecho de fondo se encuentren respetados.

En este sentido habría que comenzar a reflexionar si resulta aceptable permitir que aquella empresa proveedora que debe buen trato al consumidor en el marco de una relación de consumo (art. 8 bis), se muestra implacable con aquel consumidor al momento de ingresar esa relación en una etapa de conflicto judicial. ¿Acaso no resulta lógico sostener que aquella necesaria colaboración, aquel deber de buena fe intensificado, etc. no debe mantenerse en el marco del debate judicial? No tengo dudas, el proceso de consumo debe alejarse completamente de esa lógica de batalla de la que Salgado nos invita a salirnos en su reciente ponencia⁴.

3.- PROPUESTAS PARA UNA REFORMA DEL PROCESO DE CONSUMO:

Bajo el manto de estas premisas básicas, compartiré algunas ideas haciendo una somera descripción de los instrumentos procesales que el consumidor de nuestro país necesita sean reconocidos en los respectivos

⁴ Salgado, José María, ¿Reforma procesal o reconciliación social? El proceso colaborativo, cooperativo y compositivo como salida del descrédito del sistema judicial. <http://jusmendoza.gob.ar/wp-content/uploads/2022/06/Salgado-Jos%C3%A9-Mar%C3%AD.pdf>

ordenamientos procesales, sin dejar de reconocer -insisto- que varias de estas propuestas podrían ser aplicables por la vía pretoriana.

La necesidad de reconocer un derecho de réplica al consumidor: En la gran mayoría de códigos procesales de nuestro país el derecho de réplica no es reconocido. Esto significa que se veda al actor la posibilidad de rebatir las manifestaciones nuevas contenidas en la contestación de demanda mediante una nueva presentación (y ofrecimiento de prueba). Esta cuestión resulta muy común en el conflicto de consumo, donde el desbalance informativo del proveedor frente al consumidor es abrumador.

Esto provoca que en las contestaciones de demanda muchas veces el consumidor se encuentre con hechos desconocidos que no pueden ser contrarrestados o rebatidos y/o probados, produciendo un desbalance procesal inaceptable, contrario a la manda de brindarle una tutela de protección especial.

Por ello, en pos de evitar cualquier desbalance informativo o sorpresas que pudiera encontrar el consumidor al momento de encontrarse con la contestación de la empresa proveedora, debe reconocerse un derecho de réplica con amplitud probatoria.

Brindarle el derecho de alegar de bien probado: En una lógica similar, esta herramienta debería ser reconocida en todo proceso donde el consumidor sea parte.

La propuesta se basa en el conocimiento diario del litigio de consumo, muchas veces alejado de aquella imagen de simplicidad que se ha difundido en espacios académicos o legislativos. Esto no es enteramente cierto; existen muchos conflictos individuales complejos, donde afloran argumentos o estrategias defensivas emanadas de abogados especializados en estos menesteres que tienen la virtualidad de -al menos- confundir al Juez acerca de la solución correcta de la contienda (vuelvo sobre el concepto de litigante repetitivo y experto). Es en estos casos particulares donde se erige la necesidad de brindarle al consumidor la posibilidad de alegar sobre la prueba rendida y esbozar argumentos contrarios a la posición de la otra parte,

momento en que también puede aludir o remarcar el comportamiento procesal de la demandada en todo el proceso, cuestión que debe ser tomada en cuenta por el magistrado a la hora de dictar sentencia.

Reconozco que esta idea contraría el derecho del consumidor de obtener una tutela jurisdiccional rápida, cuestión que no comparto. La idea que aquí se propone es establecer una etapa de alegatos que no esté sometida a plazos ni rigorismos específicos, como puede ser el retiro del expediente (ritual que se torna cada vez más innecesario ante la existencia del expediente digital). En estas condiciones, no hay atraso alguno al trámite del expediente, lográndose el fin perseguido.

Garantizar el acceso irrestricto a la justicia permitiendo el juicio de revisión simultáneo al juicio ejecutivo.

Hace varios años, publiqué ponencia en el Congreso en el XXVI° Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil⁵ donde defendí la tesis de que la exigencia de previo pago de la condena dictada en juicio ejecutivo debía considerarse derogada a la luz del principio establecido en el art. 53 de la LDC que otorga al consumidor acceso a la justicia ante la simple amenaza de daño.

Han pasado varios años y no hubo una sola reforma legislativa en este sentido, manteniéndose la inconstitucional exigencia de previo pago de la condena para acceder a la justicia.

El previo pago para acceder a la justicia hoy sigue vigente en la gran mayoría de los códigos procesales de nuestro país, vulnerando lo dispuesto por el art. 53 de la LDC⁶ y con el art. 1710 y siguientes del Código Civil, que reconocen el ilimitado acceso a la justicia ante un peligro de daño.

La solución regulatoria es sencilla, debemos reconocer al consumidor demandado en juicio ejecutivo la posibilidad de discutir la ausencia de causa o el abuso del reclamo formulado por la vía ejecutiva en su contra, a través de un juicio de conocimiento que pueda desarrollarse en forma simultánea al

⁵ Realizado en la ciudad de Santa Fé en el año 2011, trabajo publicado: "El Juicio Ordinario Posterior frente al Principio de Acceso a la Justicia en el marco del Derecho del Consumidor".-

⁶ Ponencia en el Congreso en el XXVI° Congreso Nacional de Derecho Procesal Civil realizado en la ciudad de Santa Fé en el año 2011, trabajo publicado: "El Juicio Ordinario Posterior frente al Principio de Acceso a la Justicia en el marco del Derecho del Consumidor".-

proceso en su contra, derogándose cualquier exigencia de previo pago para el acceso a la justicia.

La necesidad de establecer mecanismos previos de información y/o exhibición de prueba. Decía que la asimetría informativa entre el consumidor y su proveedor es uno de los puntos de mayor debilidad en los que se encuentra el consumidor de cara a un juicio.

Este tipo de situaciones aparecen en forma constante, configurándose situaciones donde el consumidor -presto a iniciar una demanda- necesita de hacerse en forma preventiva de información esencial que se encuentra en manos del proveedor para confeccionar la demanda o definir alguna pretensión particular.

Un ejemplo muy común donde se torna imprescindible el dictado diligencias previas para obtener información previa la encontramos en los conflictos jurídicos con las administradoras de planes de ahorro, especialmente al momento de efectuar las liquidaciones finales de cada grupo, donde se genera la necesidad de dar con información detallada sobre cuestiones que hacen a esas liquidaciones presentadas a los ahorristas⁷.

Si bien el instituto de las medidas preliminares podría ser el medio para hacernos de esta indispensable información, muchas veces nos encontramos con jueces que rechazan o limitan estas solicitudes, replicando criterios restrictivos clásicos en esta materia, en aras de proteger una igualdad procesal obviando la desigualdad informativa previa que tienen las partes a la hora de acercarse al conflicto.

Esta situación impone la necesidad de brindarle más y mejores herramientas procesales tendientes a lograr una amplia información previa al inicio del pleito tanto para evaluar la conveniencia de realizar un proceso o para posibilitar una mejor o más precisa formulación de las pretensiones.

Lo aquí sostenido se encuentra en línea con la idea de Salgado quien sostiene en su ponencia publicada para este Congreso que *“El cambio conceptual consiste en ampliar el foco de los actos preliminares de*

⁷ Más precisamente, sin información precisa de cómo se compone la liquidación, ni cómo se calcularon los números informados, el consumidor se encuentra impedido de hacer un control mínimo, actividad previa a cualquier eventual impugnación que pretenda realizar.

conocimiento y pasar de los objetivos preparatorios y asegurativos, a un ámbito que incluya la posibilidad de evaluar las chances de éxito del reclamo mediante el sinceramiento y la puesta al descubierto de los elementos probatorios desde un comienzo”⁸. Aclaración obligada, el destacado procesalista invita a esta reflexión expansiva a todo el derecho procesal civil, pero que resulta necesaria e imprescindible en esta particular materia.

Herramientas probatorias expresas para acreditar la prueba de la ganancia ilícita. La cuantía del beneficio obtenido por la empresa resulta un parámetro reconocido en la misma ley de defensa del consumidor a la hora de cuantificar las sanciones administrativas previstas en su artículo 47. Estos parámetros, según unánime doctrina y jurisprudencia, resultan de perfecta aplicación analógica a la hora de cuantificar el daño punitivo. Por tanto, la cuantía del beneficio económico obtenido resulta un elemento muy útil para ayudar al Juez a estimar o definir el monto del daño punitivo con precisión.

Lamentablemente, salvo el Código Procesal de Santa Fé, ningún otro Código tiene prevista una solución procesal efectiva para otorgarle al consumidor la posibilidad de probar este importantísimo supuesto fáctico, al encontrarnos con la oposición de la empresa demandada de exhibir sus libros y/o registros contables.

Tomemos el ejemplo del Código Civil y Comercial de la Nación cuya lógica se replica en los demás códigos provinciales, que en su art. 388 señala lo siguiente: *“Si el documento se encontrare en poder de UNA (1) de las partes, se le intimará su presentación en el plazo que el juez determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo, constituirá una presunción en su contra”*.

La presunción en contra de la empresa que oculta sus libros contables al perito resulta completamente inútil para probar el beneficio global ilícito de la empresa. La insuficiencia reside en una simple cuestión: no existe forma de

⁸ Salgado, “¿Reforma procesal...”, ob. cit.

presumir o cuantificar los montos globales percibidos sin tener mínimamente una base contable proporcionada por el perito contador.

En definitiva, se propone el reconocimiento legislativo de esta facultad, en similar forma a la regulada por el Código Santafesino en su artículo 196, al disponer que en aquellos casos donde se niegue -sin motivo justificado- la cooperación ordenada por el juez para la realización de la prueba pericial, se debe generar una presunción en contra del reticente, agregando la posibilidad de ordenar la realización compulsiva de la prueba cuando la cuestión afecte el orden público⁹.

La incorporación de prueba de oficio al alcance del Juez de la causa:

Como decíamos anteriormente, el conflicto individual de consumo suele tener en su naturaleza una “pátina” de masividad que debe ser captada por el juez de la causa.

Si no se capta esta naturaleza, el juez estará ante un conocimiento limitado del caso, encontrándose impedido de estimar con justeza la gravedad de la conducta a la hora de estimar una sanción punitiva, ni tampoco podrá realizar alguna acción suplementaria para hacer cesar la práctica cuestionada.

Esta situación genera la necesidad de comenzar a pensar o diseñar algunas herramientas probatorias novedosas (o nuevas facultades) para que los jueces puedan captar aquella complejidad fáctica y de esta forma tener esa visión “macro” que el conflicto individual de consumo necesita.

La propuesta legislativa tiende a obligar al magistrado, antes del dictado de la sentencia, a cerciorarse o indagar si el caso en cuestión es aislado o si el mismo puede enmarcarse dentro de una práctica repetitiva, facultando a incorporar prueba de oficio de las fuentes públicas a su alcance, como podrían ser las siguientes:

- Antecedentes judiciales similares contra la empresa condenada.
- Prueba rendida en otro proceso contra la misma empresa demandada.
- Información existente en internet relativa a denuncias masivas por la misma causa.

⁹ El derecho del consumidor (y su conflicto), marcado por un fuerte contenido de orden público, entraría en la excepción a dicha regla (conf. art. 65 de la LDC)..

Estos supuestos de incorporación oficiosa de prueba tienen como objeto información que ha sido pasada ante los ojos del Juzgador o que resulta pública, como sucede con la información que se puede encontrar en internet. En estas condiciones resulta difícil sostener que pueda existir una violación al derecho de defensa de la contraria.

En caso de duda de naturaleza probatoria, a favor del consumidor: En lo que hace a materia probatoria la debilidad que caracteriza al consumidor hace que muy difícilmente sea éste quien se encuentra en mejores condiciones de producir determinada prueba, ya sea por la superioridad económica del proveedor de bienes y servicios, o por las circunstancias particulares que hace que dicha prueba se encuentre en poder de éste último. Esto ha sido reconocido expresamente por la misma ley de defensa del consumidor en su artículo 53¹⁰.

En pose de brindar una mejor protección en esta materia, se impone la necesidad de establecer una regla adicional, que incline la balanza probatoria en favor del consumidor en los casos en que existan dudas acerca de la interpretación de los hechos y la valoración de la prueba rendida en la causa.

En esta línea ha ido la reforma del Código Procesal Tucumano quien, luego de repetir el deber del proveedor de colaborar probatoriamente, afirma que *“En caso de duda sobre la interpretación de los hechos y de la valoración de la prueba, prevalecerá la más favorable al consumidor.”*

Esta útil regla de interpretación no se encuentra en la Ley de Defensa del Consumidor, quien solo se ocupó de establecer una regla hermenéutica ante la duda en la interpretación de normas jurídicas (a favor del consumidor).

La disposición, agrego, resulta de imprescindible reconocimiento para toda reforma procesal que tenga por objeto otorgarle al consumidor la protección procesal que requiere, cerrando el abanico de protección procesal

¹⁰ Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

en materia probatoria, balanceando la -muchas veces- débil posición probatoria en que se encuentra a la hora de encarar un reclamo judicial.

Mecanismos para sancionar la defensa judicial improcedente y repetitiva: Relacionado con la necesidad de captar prácticas abusivas repetitivas en perjuicio de consumidores, resulta indispensable captar (y sancionar) legislativamente un nuevo supuesto de práctica abusiva procesal por parte de los proveedores a la hora de comportarse en los conflictos individuales de consumo.

La práctica en cuestión consiste en la decisión de la empresa proveedora de esgrimir defensas judiciales improcedentes de forma repetitiva en cada conflicto de consumo donde es demandada. Los ordenamientos procesales no sancionan esta específica forma de comportamiento procesal abusivo y/o inaceptable que se da en el marco del conflicto de consumo.

En trabajo doctrinario publicado en el año 2021¹¹ defendí la idea de la posibilidad de aplicar daños punitivos en la medida que la demandada utilice argumentos jurídicos desechados en antecedentes anteriores, a sabiendas, con el solo fin de dilatar la solución judicial (y con ella la respuesta o satisfacción del consumidor).

Es que, siguiendo la línea argumental del presente trabajo (el proceso como continuación de la relación de consumo), no resulta lógico permitir este tipo de comportamientos procesales que -bajo el ropaje de una defensa jurídica- logran el aplazamiento del reconocimiento del derecho de sus clientes consumidores en el marco de un proceso judicial.

Se torna necesaria la captación de este fenómeno y su sanción, ya sea incorporándolo como un supuesto especial de malicia procesal o ya sea para considerarlo como un agravante para la sanción punitiva de la conducta (art. 52 bis de la LDC).

Es interesante aquí traer a colación la solución del nuevo CPCyC de Tucumán que en su parte específica, se inclinó por establecer una nueva

¹¹ Bengolea, Adrián "La defensa judicial improcedente y repetitiva como otra práctica abusiva en perjuicio del consumidor" Boletín diario - Rubinzal Culzoni / Edición: Año, vol. y nro.: 25 octubre de octubre de 2021

sanción de tipo procesal cuando la parte demandada litigara sin razón valedera¹².

De la lectura del título de la norma (“sanción por litigar sin razón valedera”) pareciera que se podría utilizar esta sanción para castigar la conducta analizada, pero la misma hace referencia en su contenido al supuesto de negar injustificadamente hechos invocados por el consumidor o incumpliera su deber de colaboración probatoria, no proscribiendo la conducta de esgrimir argumentos repetidos constantemente rechazados, que podría perfectamente también encuadrarse en la causal de “litigar sin razón valedera”. Quizás sería más aconsejable incorporar expresamente esta causal, para que no queden dudas de la de la prohibición de cometer este tipo de conductas en el marco del conflicto individual de consumo.

El reconocimiento expreso del mandato preventivo de oficio en las sentencias: En virtud del diálogo de fuentes entre el art. 52 de la LDC y los arts. 1710 y siguientes del CCyCN se debe reconocer expresamente la posibilidad de que los jueces dicten mandatos preventivos de daños cuando adviertan riesgo de que la conducta reprochable de la demandada siga provocando daños a intereses de los demás consumidores.

Por ejemplo, cuando el juez en su sentencia de por acreditada la existencia de una cláusula o práctica abusiva, una publicidad engañosa o una información masiva que puede dar a confusión al consumidor (entre otros supuestos), debe preverse expresamente la facultad del juez de dictar un mandato preventivo de oficio sin requerir las notas de excepcionalidad que ha requerido la jurisprudencia para la recepción de este tipo de órdenes oficiosas.

La nota característica de esta propuesta pasa por no exigir excepcionalidad alguna (tal como lo viene haciendo la doctrina procesalista clásica). El único requisito a exigirse para la imposición de un mandato preventivo debería ser la prueba de la masividad de la práctica cuestionada y

¹² “Art. 486.- Sanción por litigar sin razón valedera. Cuando la parte demandada negare o declarare desconocer los hechos invocados por el consumidor o usuario injustificadamente o incumpliera su deber de colaboración en materia probatoria, la sentencia podrá contener una sanción a la parte condenada, consistente en una multa de hasta un 50% (cincuenta por ciento) del total por el que procedió la demanda a favor del demandante, en concepto de perjuicios adicionales por la tramitación del proceso”.

por ello, la existencia de un riesgo considerable de que la misma siga afectando a potenciales consumidores en similar situación.

Estamos ante un cambio necesario en pos de lograr una mayor efectividad de la defensa del consumidor en nuestro país. Hasta ahora siempre el Juez resolvió conflictos individuales, imponiendo en el mejor de los casos sanciones punitivas tendientes a que estas conductas no vuelvan a repetirse.

Aquí estaríamos dando un paso más, asegurándonos activamente que la conducta o práctica masiva con potencialidad dañosa cesen mediante orden judicial. De esta forma se evita correr “detrás” del conflicto, logrando una protección más efectiva y amplia en favor de los potenciales consumidores víctimas de la misma conducta.

La necesidad de limitar las citaciones de terceros: Una práctica muy habitual que se observa en el conflicto judicial individual de consumo es la de las empresas proveedoras de bienes o servicios que al ser demandadas solicitan la citación a terceros vinculados o que forman parte de la cadena de comercialización con el argumento de que necesitan -llegado el caso- oponer la sentencia en su contra, evitando la excepción de defensa defectuosa.

No hace falta explicar demasiado que estas citaciones provocan un retardo en el curso del proceso a la vez que complejizan la relación jurídica procesal inicial entre actor y demandado, esto sin entrar en los casos patológicos o abusivos.

Este obstáculo al curso normal del proceso provoca una abierta tensión en el marco de este tipo de conflictos, donde nos encontramos con sujetos activos -consumidores- que el mismo ordenamiento jurídico les reconoce el derecho de obtener una rápida y efectiva solución jurisdiccional.

Ante este cuadro de situación la doctrina procesalista clásica sostiene que el actor puede oponerse a la citación de terceros que proviene del demandado, pero debe hacerlo con “fundamentos serios”; eso significa que no alcanza con la mera oposición del actor.

Ahora, cuando se dirime un conflicto de consumo, la oposición del consumidor actor al pedido de citación de terceros efectuado por la

demandada debe prevalecer. En esa tensión entre un derecho y otro, debe triunfar la posición del consumidor que se opone sin dar mayor razón que su derecho a simplificar su proceso¹³.

En definitiva, en el ámbito del conflicto de consumidor, debería alcanzar la oposición del consumidor para rechazar el pedido de citación de terceros, reconociendo como única excepción, el caso donde el Juez advierta que esa citación puede ser importante para el éxito de la demanda inicial o en otras palabras, cuando exista riesgo de rechazo de la demanda si no se trae a ese tercero al juicio.

La regulación de las vistas fiscales: En tren de brindar más agilidad al proceso de consumo, los mecanismos procesales deberán regular el procedimiento de vista fiscal, previsto en la normativa de fondo (art. 52 de la LDC), que en la práctica se ha convertido en un importante factor de prolongación innecesaria del proceso.

A los efectos de evitarlo, resulta necesario prever expresamente una vista fiscal en cada proceso (al inicio o antes del dictado de la sentencia)¹⁴, debiendo estipularse un plazo perentorio para evacuarla, y ante el silencio, debe presumirse que el funcionario presta conformidad con lo actuado.

El nuevo Código de Tucumán prevé en su artículo 484 va en esa línea, decidiendo por establecer una sola vista fiscal previo al dictado de la

¹³ Este criterio se empieza a vislumbrar. En un juicio que un cliente inició a la cadena de electrodomésticos que le vendió el producto defectuoso, el Tribunal Civil de Córdoba rechazó citar como tercero a una empresa fabricante de televisores#. En el fallo se sostuvo que *“El consumidor tiene derecho a un proceso eficaz, lo que implica –entre otras cosas- que su conflicto sea resuelto con celeridad”*, ese fue el criterio con el que el juez en lo Civil, Comercial y de Familia de 3.º Nominación de San Francisco, Carlos Ignacio Viramonte, rechazó una citación como tercero en un juicio sumarísimo por incumplimiento contractual en una relación de consumo. La empresa demandada, en cambio, justificó su pedido con fundamento en que la firma fabricante debía responder como principal obligada, ya que por ser la fabricante del producto *“garantiza el correcto funcionamiento del mismo y su reparación y/o reposición, al menos por el plazo de la garantía”*. En esa línea interpretativa, el magistrado reconoció que si bien la citación del tercero podría proceder en juicios “comunes”, debido a “los postulados y principios del Estatuto del Consumidor”, en especial “el principio protectorio y el principio de celeridad”, en este tipo de casos se impone “una mirada diferente para la solución de la incidencia planteada”.

¹⁴ Los jueces ante la falta de regulación y ante el razonable temor de evitar nulidades procesales, terminan por ordenar vistas fiscales “por las dudas”, trámites que terminan prolongando innecesariamente el proceso de consumo.

sentencia, criterio que se comparte en tanto el funcionario tiene en ese momento procesal todas “las cartas arriba de la mesa” para expedirse.

En estas condiciones se cumpliría con la manda legal estipulada en el artículo 52 de la LDC, en línea con el mandato constitucional y legal de otorgarle al consumidor un proceso rápido para resolver sus conflictos.

Notificaciones judiciales de emplazamiento inicial realizadas en lenguaje claro: Sostuve anteriormente la idea de que el proceso judicial de consumo no puede escindirse de las reglas y principios que impregnan a esta rama del derecho. Esta idea, no solo impacta en el comportamiento procesal que se espera del proveedor sino que también se debe expandir al diseño del servicio de justicia en sí mismo.

Sobre esta cuestión me referí en anterior ponencia conjuntamente con Caren Kalafatich en el marco del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (2015)¹⁵ donde hicimos referencia a la necesidad de que los emplazamientos dirigidos a consumidores, ya sea notificaciones de demanda o de embargo sean realizados en lenguaje claro a los fines de allanar a los consumidores demandados su acercamiento y acceso al proceso judicial.

En este punto, la situación poco ha cambiado. Las notificaciones judiciales de emplazamiento inicial dirigidas a consumidores demandados siguen sin cumplir con el deber de información que impone el art. 4 de la LDC a la vez que omiten hacer saber a los consumidores los riesgos que conllevan (art. 5 y 6 de la LDC). Lo mismo sucede con las notificaciones de embargo que dan cuenta de sumas presupuestadas irreales que solo hacen creer al consumidor que deben menos dinero del realmente adeudado.

Insisto con la idea. Los consumidores demandados en ese especial momento procesal se encuentran con un proceso iniciado en su contra en pleno trámite y desprovisto de cualquier asesoramiento profesional y con plazos perentorios corriendo en su contra que, de vencerse, implican generalmente pérdida de derechos (procesales y/o de fondo).

¹⁵ XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal “Modelos de Justicia: estado actual y reformas procesales” TÍTULO: “Reflexiones y propuestas en torno a la tutela judicial de los usuarios y consumidores”

En ese primer instante de contacto con el proceso el consumidor demandado se encuentra muy vulnerable, resultando indispensable que se le provea de toda la información necesaria para advertir la gravedad e importancia del acto procesal que el servicio de justicia le está haciendo saber. Casi resulta una obviedad decirlo, pero esta finalidad no se cumple con el diseño y contenido que tienen los instrumentos de notificaciones utilizados (cédulas o mandamientos).

Hoy un consumidor que recibe una demanda o mandamiento, no se encuentra en condiciones de comprender los alcances de ese acto de notificación, máximo si tenemos en cuenta la pauperización del estado de la educación argentina¹⁶.

Se impone entonces la necesidad de que los ordenamientos procesales reconozcan esta importantísima cuestión, expidiendo los actos notificatorios de emplazamiento iniciales en lenguaje claro, con recomendaciones específicas y explicando someramente los riesgos de no contestar en tiempo y forma la demanda en su contra.

Por último, no puedo dejar de referirme a la propuesta de reforma del Código de la Provincia de Buenos Aires que va en la presente línea al establecer en su art. 714 que la intimación de pago dirigida al ejecutado: *“...debe expresar su objeto en lenguaje claro y fácilmente comprensible, así como indicar a la ejecutada la posibilidad de obtener asistencia jurídica gratuita y cómo acceder a ella”*. A lo aquí señalado, el proyecto también agrega información respecto a la posibilidad de obtener asistencia jurídica gratuita y cómo acceder a ella, cuestión de extrema utilidad, máxime en esta materia donde la indefensión es la regla.

El juicio ejecutivo y la integración del instrumento causal: Gran debate doctrinario y jurisprudencial generó la posibilidad de que en el juicio ejecutivo

¹⁶ “Un estudio realizado por el Observatorio de Argentinos por la Educación reveló la baja calidad en los aprendizajes en la trayectoria escolar de la primera a la secundaria y arrojó que sólo el 53% de los alumnos argentinos finaliza sus estudios en tiempo y forma, y de este porcentaje nada más que el 16% logra los conocimientos necesarios en lengua y matemáticas” Fuente: Diario los Andes <https://www.losandes.com.ar/sociedad/segun-un-informe-solo-el-16-de-los-alumnos-termina-la-escuela-con-conocimientos-suficientes-de-lengua-y-matematica/>

se pudiera exigir la integración del título base de la obligación referente a la causa de la obligación. Esta situación generó la proliferación de fallos que -siguiendo diversos criterios- limitaron o ampliaron esta solución, generando la necesidad de consagrar un criterio uniforme en pos de garantizar el acceso a la justicia de los consumidores a la par que se brindaría previsibilidad tanto a los acreedores como a los deudores.

Si bien en algunas provincias se puso un punto final a la discusión sobre la ejecutabilidad del pagaré de consumo, en otras todavía no se han dictado fallos unificadores, estando a las resultas de lo que cada jurisdicción local resuelva.

En aras de pensar alguna regulación procesal en la materia, se impone la inteligencia de plasmar la posición “intermedia” que es la que posee más consenso jurisprudencial y doctrinario, en tanto armoniza ambos institutos en pugna. La misma permite la indagación en los aspectos sustanciales del negocio jurídico extracambiario, pudiendo el juez encuadrar el asunto como una relación de consumo a fin de subsumirlo en el art. 36 de la LDC para expedirse sobre la viabilidad de la demanda ejecutiva examinando aquellas instrumentos complementarios al pagaré que oportunamente hubiese acompañado el ejecutante.

En este aspecto cabe destacar la detallada solución que trae el Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, que puede perfectamente usarse como modelo para replicar.

En su art. 707 establece las exigencias que debe contener el título de la ejecución aclarando que *“Cuando la jueza o juez considere probable la existencia de una relación de consumo, antes de dar trámite a la ejecución deberá requerir de oficio la integración del título”*. En su art. 709 prevé la posibilidad de reconducción del proceso para los supuestos en donde falte o resulte insuficiente la integración del título de consumo, o en el caso que la supresión de las cláusulas declaradas ilegales o abusivas vuelva dificultoso el trámite ejecutivo.

Este proyecto, de obligada referencia, incorpora además la posibilidad de que el magistrado de oficio realice un control oficioso de abusividad de

cualquier cláusula contractual, debiendo controlar que la tasa de interés acumulada sea razonable y no confiscatoria.

La prohibición o regulación del procedimiento de secuestro prendario:

El procedimiento del secuestro prendario reconocido a ciertos proveedores en el artículo 39 de la ley 12.962 resulta incompatible con el derecho de defensa del consumidor y se presta a un sinfín de abusos. Esta postura comienza a escucharse en forma aislada en fallos que han llegado a decretar la inconstitucionalidad de la norma cuando el procedimiento de secuestro tiene por objeto rematar el bien de un consumidor¹⁷.

Esta situación impone la necesidad de una inmediata regulación en los códigos procesales que -cómo mínimo- le brinden al consumidor demandado la posibilidad de interponer alguna defensa antes de despachar el remate privado previsto en la normativa.

Respecto al remate, debería establecerse alguna reglamentación que evite dejar librado a la voluntad del ejecutante todo lo que concierne a ese procedimiento. Por ejemplo, debería fijarse plazos mínimos de espera para su realización (permitiendo un plazo razonable para que el consumidor puede regularizar su deuda), establecimiento de publicaciones de edictos suficientes para garantizar una alta concurrencia, tope respecto a los gastos que puedan ser debitados al consumidor y un procedimiento de rendición de cuentas obligatorio que -al menos- garantice el derecho de información del ejecutado en relación a la suerte de los fondos recaudados y los gastos realizados por el martillero.

3. CONCLUSIÓN:

¹⁷ “El secuestro directo sin audiencia del deudor cuando éste es consumidor, y la subsiguiente facultad del banco de rematar el bien para cobrarse lo adeudado sin ningún control del deudor, ni del juez, ciertamente contradice los postulados básicos que inspiran el derecho de consumo, en tanto cercena el derecho de información que la Ley asegura al consumidor en ocasión de contratar (arts. 1384 y 1388 CCivCom.), el que no debe siquiera ser postergado a las resultas del juicio posterior, por cuanto no solo dilata en forma injustificada la prestación del servicio de justicia, sino que desatiende el régimen de la responsabilidad civil al cual, específicamente en materia de prevención, se debe evitar causar un daño o agravarlo (art. 1710, CCivCom.).” HSBC Bank Argentina S.A. c/ García Dora Claudia s/ secuestro prendario” Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala/Juzgado: F. Fecha: 23-ago-2021 Cita: MJ-JU-M-134612-AR | MJJ134612 | MJJ134612.

Como he señalado, la clave de la reforma que se propone pasa por aggiornar al clásico proceso civil de acuerdo a los derechos y principios del derecho del consumidor, siempre con la mira de proteger al consumidor de las desigualdades estructurales que le aquejan, comprendiendo la especial naturaleza de este tipo de conflictos y la situación real y concreta del consumidor en juicio.

Por último, invito a que estas propuestas legislativas puedan convertirse -hoy mismo- en soluciones pretorianas llevadas a cabo por jueces comprometidos con la tutela efectiva del consumidor en juicio. No se debe olvidar el papel fundamental que el avance jurisprudencial ha cumplido para obtener el reconocimiento legislativo de nuevos institutos o reformas procesales.

Es deber de los jueces avanzar en esta dirección, partiendo de la idea de la instrumentalidad del proceso civil. Si la jurisprudencia pudo crear lisa y llanamente remedios procesales novedosos de forma pretoriana, debemos preguntarnos por qué los operadores del derecho no pueden -en el marco de un conflicto de consumo- solicitar y/o realizar pequeños ajustes al proceso en pos de lograr una mejor y mayor protección al consumidor que se encuentra en el proceso para defender sus derechos.

En fin, cierro mi trabajo cada vez más convencido de que ha llegado la hora de que el derecho procesal civil realice una contribución decisiva en el proceso de mejora constante de la situación del consumidor de nuestro país.

Queda mucho trabajo por hacer.