

PONENCIA: **EL CONSUMIDOR: PARTE PROTEGIDA DEL DERECHO**

COMISIÓN 2: Reformas a las estructuras procesales.

AUTORES: CANESTRO BRAVO, Lorenzo Miguel; DERAGO, Camila Lucia; HEREÑU, Catalina; MORENO MEDINA, Neysi Victoria; TRAVERSARO, Macarena Ariadna.

Dirección: Callao 660, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

TELÉFONO: (011) 1563369071 EMAIL: m.traversaro@usal.edu.ar

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

En los ámbitos de las relaciones de consumo y la protección del consumidor como derecho constitucional y derecho humano, es indispensable que exista una competencia exclusiva de tribunales especializados en la materia, que se encuentren integrados por actores del poder judicial capacitados en la aludida disciplina y por sobre todo tengan como eje principal los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

Es sabido que en esta etapa de posmodernidad que atravesamos, caracterizada como "sociedad de consumo", se observa muy nítidamente un desequilibrio de fuerzas entre consumidores y proveedores, generada por la vulnerabilidad estructural en que se encuentran, y provoca que las relaciones de consumo sean esencialmente asimétricas, y merecedoras de un amplio sistema protectorio a tenor de las normas constitucionales, subrayado por los acuerdos y pactos internacionales suscripto por nuestro país.

Consecuentemente, esta ponencia se centra en la necesidad de tribunales con competencia exclusiva para la protección de quienes suscriben contratos de consumo y los terceros involucrados, conformados por operadores jurídicos que gocen de la suficiente aptitud y experticia para concretar los principios que rigen en la materia.

1. INTRODUCCIÓN

El proceso de "humanización del derecho privado", ha generado inevitablemente un acercamiento cada vez mayor del derecho privado, particularmente del derecho del consumidor hacia la teoría de los derechos humanos. Vasto sector de la doctrina nacional y latinoamericana sostiene

enfáticamente el vínculo estrecho entre ambos, es que en definitiva, en el orbe universal todos somos consumidores y usuarios, destinatarios finales de todos los bienes y servicios de la actividad industrial y comercial¹.

Esta postura doctrinaria -en pleno desarrollo- es recogida por nuestros tribunales, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien no llegó a explicitar que los derechos de los consumidores constituían, en todos los casos, derechos humanos, juzgó que la protección del derecho a la salud, invocado en el marco de una relación de consumo, formaba parte de los denominados derechos humanos de tercera generación².

Estamos convencidos que el derecho al consumo y el derecho de defensa de los consumidores y usuarios forman parte, inequívocamente, de los derechos económicos, sociales y culturales, tutelados a través del art. 22 y concordantes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 26 y concordantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 3º y concordantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Principios rectores de los derechos humanos, tales como la regla de progresividad³, de la no regresividad⁴, buena fe, *pacta sunt servanda*, *pro homine*⁵, *pro libertate*, *effect utile*, *pro cives*, *favor libertatis*, son transmisibles a los derechos de los consumidores⁶. La tutela de todos ellos, el resguardo del principio de igualdad, y más específicamente el de "igualdad de oportunidades" introducido por el constituyente de 1994, como los del

¹ Es precisamente el "ciudadano consumidor", que diera pie a la famosa frase del presidente de los EEUU, J. F. KENNEDY sobre Protección de los intereses del consumidor, pronunciada el 15/3/62 en su mensaje al Congreso: "...todos somos consumidores", y es de interés de todo ciudadano "tener una adecuada calidad de vida y, por ende, de conseguir dentro del mercado los bienes y servicios que necesita en las mejores condiciones posibles". MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo I, Defensa del Consumidor. Ley 24.240, Sta. Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 58, nº 2.

² SCJN, 13/3/07, "Etcheverry, Roberto E. c/Omint SA y servicios", Fallos, 324:677. Otros tribunales resolvieron en forma categórica que los derechos del consumidor son una especie del género "derechos humanos". STJCorrientes, 28/11/14, "Finanpro SRL c/García, Ramón s/ejecutivo; CNCom, 29/6/11, "Autoconvocatoria a plenario s/competencia del fuero Comercial en los supuestos de ejecución de títulos cambiarios en que se invoquen derechos de consumidores", expte. S. 2093/09, LL., 2011-D-420, cita on line: AR/JUR/2786/2011.

³ Deber del Estado de adoptar las medidas técnicas, económicas y legislativas que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (art. 75, inc. 23, C.N.)

⁴ No pueden admitirse retracciones fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos sociales establecidos en los tratados de los derechos humanos.

⁵ Debe aplicarse al caso concreto la norma más favorable al ser humano, por lo tanto obligan a interpretar extensivamente las normas que los consagran y, restrictivamente, las que los limitan o restringen.

⁶ SAHIAN, José, Principios de progresividad y no regresividad en los derechos de los consumidores, LL, 2018-A-545.

acceso irrestricto a la justicia y la tutela judicial efectiva, obligan a vertebrar un sistema protectorio en sintonía con la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y en diálogo con el régimen especial vigente (ley 24.240, de Defensa del Consumidor, modificada por ley 26.361 y art. 3.1., 3.2. y 3.3, Anexo II, Cód. Civil y Comercial, y normas concordantes). Al revestir la "*constitucionalización del derecho privado*" uno de los paradigmas fundamentales del Código Civil y Comercial de la Nación resultó imperioso establecer una serie de reglas y principios aplicables al régimen protectorio de los consumidores y usuarios de bienes y servicios consagrados con jerarquía constitucional en los arts. 42 y 43 de nuestra Carta Magna. La incorporación de sus disposiciones configuran, no sólo por la jerarquización legislativa, sino también por su contenido, un avance significativo en el sistema de protección jurídica del consumidor que se iniciara en 1993 con la sanción de la ley 24.240⁷.

Las normas contenidas en el ordenamiento fondal constituyen una "protección mínima", lo que implica que las leyes superiores pueden establecer condiciones superiores, y además, que ninguna ley especial puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema, es decir, que los principios establecidos "actúan como un núcleo duro de tutela"⁸.

En esa inteligencia, los contratos de consumo constituyen "una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales", ello significa que cualquier contrato, sea paritario o por adhesión, puede ser calificado como de consumo si encuadra en la previsión del art. 1093, Cód. Civil y Comercial, cuando la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios son "para su uso privado, familiar o social"⁹. El elemento tipificador es precisamente el consumo final por los consumidores o usuarios.

Cabe destacar que el derecho del consumidor es una rama jurídica que parece incipiente en nuestro ordenamiento jurídico a pesar de que las

⁷ Las únicas involuciones no suelen provenir del Derecho, sino de la ausencia de una política de Estado en materia de defensa del consumidor: controles preventivos, educación, divulgación pública, etc., e incluso con las observaciones al anteproyecto que formulara el Poder Ejecutivo Nacional, por ej. eliminando la regulación en materia de derechos colectivos, daños colectivos y acciones colectivas y la responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos, ambas cuestiones íntimamente vinculadas al Derecho del Consumidor. STIGLITZ, Gabriel, La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación, RCCyCN, suplemento especial, nov/14, p.137.

⁸ Fundamentos de la Comisión redactora del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

⁹ Fundamentos de la Comisión redactora del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

relaciones de consumo son frecuentes y ocurren en el día a día y se encuentra incorporada dentro de nuestro derecho hace más de un siglo; el hecho de que continúe tratándose como novedad dentro de nuestro país desencadena conflictos que contadas veces son adecuadamente resueltos, ya que requieren para su solución jueces especializados en la materia, pero sobre todo mayor aplicación y reglamentación a nivel nacional.

Consecuentemente, pretendemos poner sobre la mesa dos ejes esenciales, la protección de la parte más débil dentro del ordenamiento jurídico, el "Consumidor o usuario", y la importancia de determinar la competencia dentro de los casos de consumo, poniendo como prioridad no solo la necesidad de proteger a los partícipes de estas relaciones de consumo, adecuándose a la Constitución Nacional, Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el régimen especial vigente de Defensa del Consumidor, sino también conferirles un ámbito jurídico especializado y capacitado que posea competencia acorde a las necesidades de esta parte de la sociedad que necesita ser protegida.

2. RELACIÓN DE CONSUMO

La definición contenida en el art. 1092, Cód. Civil y Comercial -tiene su apoyo en el art. 42, Constitución nacional que alude a "la relación de consumo"-, supera el enfoque a la cuestión estrictamente contractual, pues comprende el fenómeno del consumo en forma amplia, y la tutela se extiende a situaciones extracontractuales, ya que lo protegido no es el hecho de contratar sino de consumir, en sintonía con la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual que consagra el nuevo cuerpo legal.

El citado art. 1092 sigue en líneas generales con lo prescripto en el art. 1º, ley 24.240, mod. por ley 26.361 y sustituido por el art. 3.1., del Anexo II, Cód. Civil y Comercial, con algunas modificaciones: una positiva, y otra, en retroceso. Entre las primeras, subrayamos que denomina "persona humana" al consumidor, en coincidencia con lo dispuesto en los arts. 19, 22, 23 y concordantes del citado código, a diferencia de "persona física" mencionado en la ley 24.240. Dicha calificación configura una visión humanista propia de los derechos humanos a que hicimos referencia en el punto anterior. Cabe

destacar asimismo, que el aludido art. 1092, define al consumidor casi con iguales palabras que el art. 2º de la ley 24.240, mod. por ley 26.631, lo cual importa una ratificación de la vigencia conceptual de las características y particularidades de este sujeto¹⁰.

Entre las segundas, elimina la previsión final que contenía el art. 1º de la referida regulación legal que consideraba protegido "a quien de cualquier manera esté expuesto a una relación de consumo", el denominado "bystander" (espectador o tercero próximo al producto o servicio, que carece de protagonismo en la relación¹¹), pues según los fundamentos del anteproyecto "ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud"¹².

No compartimos dicho criterio y lo estimamos un retroceso contrario al desarrollo progresivo de los derechos humanos. Esta restricción de la legitimidad de las personas para ejercer los derechos que se estatuyen a favor del consumidor ha generado un debate doctrinario, máxime teniendo en cuenta el contradictorio texto del art. 1096, Cód. Civil y Comercial que regula el ámbito de aplicación de las prácticas abusivas y alude claramente

¹⁰ En tal sentido, se ha sostenido que se mantiene la noción de consumo final como directiva prioritaria para circunscribir la figura del consumidor, que se extiende la categoría también al "destinatario o usuario no contratante" y se suprime el criterio de exclusión que contenía la versión anterior del art. 2º en cuanto que no eran consumidores quienes integren bienes y servicios a procesos productivos, de forma tal que en su actual redacción, la Ley de Defensa del Consumidor aprecia la posición del consumidor o usuario como aquella persona que agota, en sentido material o económico, el bien o servicio contratado (la consumación final, material, económica o jurídica). "En síntesis, si bien se reconoce que la ley abandonó terminantemente el criterio finalista en punto a la calificación del consumidor que sigue siendo el destinatario final, la eliminación antedicha en el texto del art. 2º permite examinar en cada caso si el acto de consumo se origina, facilita o integra en un proceso de producción de bienes o servicios, en cuya virtud el sujeto no sería consumidor en términos estrictos". CNCom, Sala D, 5/8/21, "Inmobiliaria Urbana SRL. y otro c/Cerro Negro SA. y otro s/ordinario", LL, 21/9/21, Cita online: AR/JUR: 114600/2021.

¹¹ Esta figura se incorpora en la jurisprudencia a partir del caso "Mosca", CSJN, 6/3/07, "Mosca, Hugo A. c/Provincia de Bs. As (Policía Bonaerense) y otros s/daños y perjuicios", SAIJ FA07000250, con posterioridad se extiende a otras alternativas, tales como el caso de individuos que concurren a centros de compras (CNCiv, Sala C, 24/2/11, "Pasarelli, Marisa P. c/Disco SA", LL, Online, AR/JUR/5190/2011), a locales bailables (CNCiv, Sala D, 11/12/08, "Pin, Silvana C. c/Ferrant SRL"), a espectáculos deportivos (CNCiv, Sala L, 20/4/10, "M., J. J. c/Catedral Alta Patagonia SA. s/daños y perjuicios", LL, Online AR/JUR/315/2010; ídem, Sala H, 30/11/11, "Sanchez, Jesús A. c/Los Constituyentes SA. de Transportes y otros s/daños y perjuicios"); se incluyen a las personas que concurren a grandes centros de compras, supermercados o *shopping malls* y que, aun sin haber adquirido ningún bien o servicio sufren algún tipo de daños, como caída de escalera, resbalón en el piso o robo (CCivCom, SanMartín, Sala I, 16/7/15, "Samojluk, Alejandro M. c/Coto CISSA s/daños y perjuicios", LL, Online AR/JUR/30087/2015), o quien sin haber solicitado servicios bancarios es producto de un fraude a su persona (CFed.Córdoba, Sala A, 23/6/15, "Aguirre, Daniela del V. c/Bco. Cetelem Argentina SA s/Ley Defensa del Consumidor", LL, Online, ART/JUR/24353/2015).

¹² Se afirma que habida cuenta que la figura del "consumidor expuesto" no aparece el art. 1092, el llamado "bystander", tiene actualmente una tutela limitada en orden a su protección en el terreno de las prácticas abusivas, de la información del proveedor y de las publicidades prohibidas (art. 1096). HEREDIA, Pablo D., La información precontractual bancaria, RCCyC, año II, nº 11, dic2016, p. 42; CHAMATROPOULOS, Demetrio A., Estatuto del Consumidor, Bs. As., La Ley, 2019, t. 1, p. 81, nº 11.3.

"a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no", pero concluye con la frase "sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092", por cuanto el expuesto no es consumidor ni sujeto equiparado, es decir, no es el "bystander", a que aludía el art. 1º, ley 24.240, antes de la modificación que efectuara el art. 3.1, Anexo II, Cód. Civil y Comercial¹³.

A pesar de la criticable redacción del citado art. 1096, mediante la aplicación de los principios de "*progresividad*" y "*no regresividad*", en la inteligencia de considerar los derechos del consumidor insertos en el ámbito de los derechos humanos -conforme a lo sostenido en el punto anterior-, y que el propio Código incorpora los principios "*in dubio pro consumidor*" (arts. 7º, 1094 y 1095) y el de protección al consumidor (art. 1094), se impone una interpretación sistemática de toda la normativa, que conlleva a sostener que el concepto de consumidor comprende no solamente a los potenciales, sino también a aquellos expuestos a violaciones al deber de seguridad por parte de los proveedores¹⁴.

No obstante ello, estimamos imprescindible que en el marco de la discrecionalidad judicial se analicen las circunstancias particulares de cada caso en base a las medidas probatorias aportadas por partes y la que el juez en ejercicio de sus poderes-deberes probatorios decreta, para determinar si las personas expuestas a una relación de consumo encuadra en la tutela protectoria del consumidor que estatuye nuestro ordenamiento jurídico¹⁵.

En la misma línea de la definición contenida en la ley 24.240 contempla a las personas jurídicas que llevan a cabo todo tipo de contratos en condición de consumidores, tengan o no fines de lucro¹⁶; incluye la relación onerosa

¹³ La norma alude a las personas expuestas a "las prácticas comerciales, entendidas como usos, modos de atención o políticas de *marketing*, lo que implica un caso de distinta situación jurídica y un supuesto mucho más restringido". TAMBUSSI, Carlos E., en BUERES, Alberto J. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Bs. As., Hammurabi, 6ª reimp., 2015, t. 1, comentario art. 1096, p. 631.

¹⁴ El debate doctrinario que ha generado el tema y un análisis exhaustivo de la cuestión, lo encontramos en JUNYENT BAS, Francisco - GARZINO, María C., El consumidor en el Código Civil y Comercial, LL, 2016-E-711.

¹⁵ Aunque se advierte que en atención a las discrepancias doctrinarias no corresponde forzar esta situación en exceso y se impone un análisis pormenorizado de las particularidades de las plataformas fácticas, materia del conflicto. RASCHETTI, Franco, Consorcio de propietarios, administradores y copropietarios. Vínculos contractuales e incidencia del régimen del consumo, LL, 25/10/21, Cita on line: TR LL AR/DOC/2970/2021.

¹⁶ "Para que una persona jurídica pueda considerarse consumidora y/o usuaria, deben darse las siguientes pautas objetivas: a) la debilidad estructural concebida en términos de profesionalidad, es decir, idoneidad técnica; b) que la adquisición o la utilización del bien o del servicio sea con destino final, es decir, que constituya 'un valor de uso', que no se incorpore directamente a la cadena de producción y comercialización; y c) la relación de dimensionamiento empresario entre proveedor y

como la gratuita¹⁷; el factor determinante, sea el consumo a título oneroso como gratuito, es ser destinatario final de los bienes, quedando el bien o el servicio en provecho personal de quien lo lleva a cabo o en su uso familiar o social; equipara al consumidor, a *"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"*¹⁸.

Por su parte, el art. 1093, Cód. Civil y Comercial nos proporciona una definición del contrato de consumo, supliendo la omisión de la ley 24.240, al respecto. Las partes de este vínculo contractual, son por un lado, un consumidor o usuario final, y por el otro, una persona humana o jurídica que actúa profesional u ocasionalmente o una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública -resulta importante la inclusión de las personas jurídicas de naturaleza pública estatal del proveedor- o privada; y el objeto contractual está configurado por la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los primeros, para su uso privado, familiar o social, el elemento de calificación es el "consumo final". Esta definición se encuentra complementada por el art. 2º de la ley 24.240 que conceptúa en términos más amplios al "proveedor".

Puntualiza SOBRINO que el tan mentado "contrato de consumo", carece de los cuatro presupuestos liminares de todo contrato, a tenor de las prescripciones del Código Civil y Comercial, a saber: a) consentimiento (art. 957), pues solo existe un mero asentimiento; b) autonomía de la voluntad (art. 958), no rige este principio en el tema en tratamiento; c) fuerza

adquirente o usuario, de manera tal que permita predicar el desequilibrio que justifica la tutela del plexo consumeril". JUNYENT BAS, Francisco A. - GARZINO, María C., El consumidor en el Código Civil y Comercial, LL, 2016-E-726 (con ilustrativas citas jurisprudenciales y doctrinarias).

¹⁷ Quedan comprendidos los contratos gratuitos, en la inteligencia de que los regalos, productos adicionales o muestras gratis no son tales, sino formas de atraer clientela e inducir al contrato, al tener en miras (directa o indirectamente) una contratación a título oneroso. TAMBUSSI, Carlos E., en BUERES, Alberto J., (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. t. 1, comentario art. 1092, p. 627. Se afirma que cuando se alude a "premios o regalos" se hace referencia a un bien accesorio al que se intenta vender; en estos casos la clave es la intervención del azar, aunque se pueden entregar premios que no estén sujetos al azar, como millas de viajes con las compras con tarjeta de crédito o un cepillo de dientes con la pasta dentífrica, la idea es que el bien que se vende o el servicio que se presta debe ser "cierto" y no sometido al azar. El sujeto responsable es quien ofrece o entrega los premios o regalos junto a los productos, se incluye tanto a quien los publicita, como a quien los vende o entrega. ROJO, Martina L., La protección del consumidor y la publicidad engañosa, en Temas actuales de protección del consumidor, Bs. As., Ediciones USAL, 2015, p.109.

¹⁸ Tal el caso del estacionamiento gratuito en playas estacionamiento en un supermercado o *shopping*. CNCom, Sala C, LL, 1998-E-393; ídem, Sala B, 31/5/06, "Omega Coop. de Seguros Ltda. c/Carrefour Argentina SA", LL, 2006-F-807, n° 45.378-S, se lo consideró "medio de atracción de clientela"; ídem, Sala D, 24/9/15, "Zurich Arg. Cia. de Seguros SA. c/Coto CICSA s/ordinario", se estimó que implica un beneficio adicional para establecimientos que como estos ofrecen bienes o servicios a potenciales consumidores.

obligatoria de lo acordado, es sumamente relativa, por cuanto conforme al art. 1118, pueden ser declaradas abusivas cláusulas, aun cuando hayan sido negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor, y d) efecto relativo de los contratos, es inexistente en la materia en desarrollo. Por tales razones, sostiene que no estamos frente a un "contrato de consumo", sino en realidad a "vínculos de consumo", y que ello no es simplemente una cuestión formal o solamente de *nomen iuris*, sino trae como consecuencia una ampliación sustancial de la legislación protectoria, dado que no debe privilegiarse las disposiciones generales de los contratos en general (arts. 957 a 967, Cód. Civil y Comercial), sino que deben primar el art. 42, Constitución nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, ley de Defensa del Consumidor, arts. 1092 a 1122 del digesto fondal y disposiciones de legislaciones especiales¹⁹.

Por nuestra parte, estimamos que la aplicación prioritaria de las normas citadas es consecuencia indiscutible del "diálogo de fuentes" que se invoca en los Fundamentos del Código, de los claros términos de su art. 1º, y de la prelación normativa que estatuye su art. 1094. En atención a ello, se ha conformado una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los derechos que surge de los tratados internacionales de derechos humanos que conforme al art. 75, inc. 22, de aquélla revisten el carácter supra legal; c) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código²⁰, y d) la reglamentación detallada existente en la legislación especial.

Por ende, y en rigurosa aplicación de los principios que rigen en materia de derechos humanos aludidos en el punto anterior, se establecen las siguientes prescripciones: a) consagra el principio *pro consummatore*, las normas deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable²¹ (art.

¹⁹ SOBRINO, Waldo, ¿"Contratos de consumo" o "vínculos de consumo"?, LL, 2019-D-722.

²⁰ "El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor". STIGLITZ, Gabriel A., La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación, RCCyCN, suplemento especial, nov/14, p.138

²¹ Está vinculado íntimamente a la noción de desarrollo sustentable aludido en el art. 41, párr. 1º, Const. nacional, ambos conceptos se implican mutuamente. Al respecto, se afirma: "La inclusión de los derechos de consumidores y usuarios, junto a la normativa ambiental en el capítulo constitucional de 'Nuevos Derechos y Garantías' incorporado tras la Reforma de 1994, es un fundamento en este

1094, párr. 1º, Cód. Civil y Comercial); y en caso de duda sobre la interpretación de sus normas o de las leyes especiales se confiere preferencia a la más favorable al consumidor (art. 1094, párr. 2º, del aludido código, arts. 3º, párr. 1º *in fine*, y 25, párr. 3º, *in fine*, ley 24.240 referida a usuarios de servicios públicos domiciliarios); b) los contratos deben ser interpretados en sentido más favorable para el consumidor y ante la duda sobre los alcances de su obligación se adopta la que sea menos gravosa -principio *favor debilis*- (art. 1095 del mencionado cuerpo legal).

Dichos dispositivos han sido interpretados en los siguientes términos: "En los casos en los que los consumidores promueven acciones judiciales en defensa de sus derechos, son admisibles todos los medios de prueba sin que corresponda la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de ellos. Asimismo, el juez debe evaluar el comportamiento de las partes para poder determinar si actuaron de buena fe, no incurrieron en abuso de derecho y si cumplieron con las obligaciones impuestas a su cargo por las disposiciones vigentes. Y cuando no tenga elementos de convicción suficientes para tener por verificados o no los hechos discutidos, deberá interpretar el contrato en la forma más favorable al consumidor"²².

Concretando una clara definición, la relación de consumo es el vínculo jurídico de fuente legal que liga al proveedor de bienes y servicios con el consumidor que los adquiere o utiliza como destinatario final, así como con todos aquellos que se ven afectados por sus consecuencias o, en general, por las prácticas de los proveedores; ésta se extiende a distintos campos de actuación del consumidor que superan el ámbito contractual. Reconoce diversas causas fuentes, como el propio contrato de consumo, pero también -a tenor de la ley 24.240, modificada por ley 26.361- a hechos lícitos (art. 1º, párr. 2º), hechos ilícitos (art. 40) o declaraciones unilaterales de voluntad (arts. 7º y 8º). Éste mayor ámbito de aplicación se advierte en varios planos: en el subjetivo en tanto se reconoce legitimación activa a sujetos no contratantes, del mismo modo que se proyecta responsabilidad a proveedores ajenos a la relación contractual con el consumidor; y en el

sentido, en la inteligencia que no solamente se los agrupó por considerarlos derechos de tercera generación, sino por su interdependencia". ARALDI, Liliana - BAIGORRIA, Mariana - TAMBUSSI, Carlos E., La responsabilidad social empresaria y los derechos del consumidor, LL, 2014-A-535.

²² BARBADO, Patricia B., La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo, Rev. Derecho Privado y Comunitario. Consumidores, 2009-1, p. 210.

temporal, por cuanto la relación de consumo abarca la ejecución misma del contrato, pero también etapas anteriores y posteriores a la convención, receptando las manifestaciones enmarcadas durante el periodo precontractual aun cuando el contrato no llegue a celebrarse, las derivaciones precontractuales, y hasta diversas situaciones suscitadas fuera del contrato, cuando estas son antecedente o consecuencia de la actividad de los proveedores en el mercado; y en el espacial, atento a que la protección legal se extiende a todos los lugares en el que el proveedor pueda ejercer autoridad o control sobre lo que allí sucede, sin importar si existe vínculo contractual entre las partes ²³.

3. EL CONSUMIDOR COMO PARTE PROTEGIDA DEL DERECHO. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Para analizar la conceptualización de usuario o consumidor, primero debemos posicionarlo en su origen, el contrato de consumo, sin el cual el consumidor sería solo una mera parte contractual como cualquier otra. Si el contrato de consumo es el “el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor o usuario”, éstos son “las personas humanas o jurídicas que adquieren o utilizan, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo social”, por lo que podemos concluir que este contrato es un tipo general concebido para responder a la situación particular de debilidad.

A partir de la ubicación jurídica que se encuentra posicionado el consumidor o usuario, podemos abordar una de las partes más importantes de la cuestión “Consumidor - Contrato - Proceso”, la interpretación de las cláusulas contractuales y el deber del juez.

No es ajeno a todos nosotros entender que el consumidor o usuario, siempre se encuentra en situación de desventaja en cuanto a su relación jurídica con el proveedor, por eso mismo, el derecho posee una protección especial sobre estos, que detallaremos a continuación:

A la hora de la interpretación de los contratos, el consumidor requiere una protección especial debido a las particularidades que se presentan en estas

²³ GHERSI, Carlos- Manual de contratos civiles, comerciales y de consumo- Capítulo consumo- Diego Zentner- Editorial Thomson Reuters LA LEY - 4ta edición actualizada, 2018- págs. 548 y 549.

relaciones, donde los consumidores a menudo afrontan desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación, poder de negociación. El criterio jurisprudencial de nuestros tribunales ha receptado la legislación que asegura que los contratos de consumo se interpretan favorablemente a la parte más débil, en este caso el consumidor.

El art. 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación define que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el acceso al consumo sustentable; y en caso de que se presente duda sobre la interpretación, prevalece la más favorable para el consumidor; de igual manera, siempre que haya dudas sobre alguna obligación sobre las que versa el contrato, se adoptará la menos gravosa para el consumidor.

Esto se da porque las condiciones generales de contratación tienden a integrarse mediante cláusulas preestablecidas por un empresario y aplicables a todos los clientes que eventualmente hayan de entrar en relaciones con él o el contenido contractual de cada uno de los negocios singulares que lleguen a celebrar. La regla general se asegura que en todos los casos la interpretación de las cláusulas contractuales se interpreten obligando al más fuerte y a favor del más débil, acudiendo entonces al principio "Favor Debilis", consagrado como pauta interpretativa por el art. 987 del Código Civil y Comercial de la Nación, en conjunto con los arts. 1094 y 1095 para los contratos de consumo.

Con relación a las renombradas "Cláusulas abusivas", debemos detenernos primero a diferenciar estas de lo que llamamos "Prácticas abusivas", ya que, aunque poseen similitudes; sus diferencias se hacen notar cuando demostramos que claramente puede existir práctica abusiva sin la necesidad de una cláusula abusiva que provoque una inestabilidad en la relación Consumidor - Proveedor, generando la existencia de un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes. Las cláusulas abusivas vienen acompañadas de una clara desigualdad que se acrecienta porque estas son impuestas por la parte más fuerte del contrato, y es la resultante de un abuso en el poder de negociación por parte del proveedor que ostenta superioridad técnica y de conocimiento sobre el consumidor y usuario.

Un punto importante a tener en cuenta, si hablamos de desigualdad entre las partes, es el derecho a la información que posee el consumidor; el proveedor tiene la obligación de informar y se exige *a tenor del criterio jurisprudencial de nuestros tribunales*, que haya una clara consideración y ponderación del consumidor y usuario al que se dirige, así generando un diálogo acorde a las capacidades de quien recibe aquella información -que demás cabe aclarar debe ser clara, concisa, suficiente, objetiva, transparente, gratuita y verdadera, sin inducir de ningún modo al engaño, ni a malentendidos que podrían inducir al consumidor a adquirir el bien o servicio del cual no comprende su funcionalidad, beneficios y precio, teniendo en cuenta la importancia de brindar información verídica y ponderar cada situación en particular, queda a criterio del juzgador ponderar la calidad de la información suministrada por el proveedor para permitir su comprensión, como asimismo la publicidad desplegada, teniendo en consideración que las relaciones de consumo nace impregnada de una vulnerabilidad estructural, atento la relación de desigualdad existente entre las partes, a lo que debe adicionarse los consumidores en situaciones de hipervulnerabilidad.

Podemos afirmar entonces que el derecho a la información es más complejo que solamente exhibirla, es también adaptarla a las necesidades de quienes van a ser sus receptores. Dentro de este tema, podemos mencionar el “Marketing” el cual puede ser utilizado como una forma de difundir los bienes y servicios, y se encuentra terminantemente prohibido utilizarlo para ofrecer bienes o servicios, violando el principio de buena fe, lealtad comercial, el principio de veracidad, o inducir error a los consumidores, ya que este posee un alto poder de inducción al consumo masivo.

4. COMPETENCIA E INEXISTENCIA DE TRIBUNALES ESPECIALES

4.1 Competencia

“Competencia es la capacidad o aptitud que la ley reconoce a un juez o tribunal para ejercer sus funciones con respecto a una determinada

*categoría de asuntos o durante una etapa del proceso*²⁴. De allí que se diga que la competencia es la medida de la jurisdicción.

La competencia en principio, y conforme al art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es improrrogable, haciendo la excepción en asuntos que solo traten de asuntos patrimoniales, en la que podrá prorrogarse por acuerdo de partes. En el tema en tratamiento, se puede ver que está en juego la competencia en razón de la materia, que es aquella que se distribuye según temas específicos, según la especialidad de la materia que se va a debatir, conforme a la naturaleza del acto. Cuando hablamos de consumo se puede percibir que en tales causas se tergiversan los fueros.

A raíz de esto, consideramos que es importante que haya una competencia con materia específicamente en consumo, ya que, al no haber jueces con especialización en esta cuestión se puede menoscabar al consumidor. Sociológicamente, el hecho de no haber tribunales de consumo hace pensar a la sociedad que sus problemas sobre relaciones de consumo le son irrelevantes al Poder Judicial, y que por ende, no se va a solucionar, y jurídicamente desampara relativamente al consumidor ya que sus asuntos son tratados por jueces que no están especializados en su materia y pueden dar soluciones poco orientadas al consumo y sus particularidades.

Actualmente, la competencia sobre materia de consumo es difusa, ya que si ocurre un conflicto la causa es derivada a un tribunal preexistente ya sea civil, comercial, aeronáutico. En el derecho aeronáutico específicamente, el derecho de consumidor se aplica como última opción ya que solo se lo toma en caso de vacío legal del derecho aeronáutico, dando este último como solución indemnizaciones limitadas que no cubren ni la mitad de los daños capaces de producir las aerolíneas. Además haciendo la distinción de usuario y consumidor, siendo el primero en caso de haber entrado recién en la infraestructura del aeropuerto y el segundo siendo subsumido por la categoría de pasajero la cual solo le corresponde una indemnización limitada, afectando la debida reparación. Ahora, nuestra Constitución vela por el consumidor en su art. 42, entonces ¿por qué el derecho del consumidor se usa como supletorio al derecho común? ¿La palabra

²⁴ PALACIO, Enrique L., . Manual de derecho procesal civil, -Capítulo VII- "La competencia" - p. 191.

constitucional no importa? ¿Se va a dejar a merced al consumidor frente a un gigante económico como una empresa de aerolíneas?

4.2 Justicia nacional en las relaciones de consumo. Creación y falta de reglamentación

En la ley 26.993 denominada “Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo”, además de crearse el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), en el título III se consagra una JUSTICIA NACIONAL EN LAS RELACIONES DE CONSUMO donde se prevé un proceso mucho más expeditivo sosteniendo en su art. 52 que “[...]se regirá por los principios de celeridad, inmediación, economía procesal, oralidad, gratuidad y protección para el consumidor o usuario, de conformidad con lo establecido por el art. 42 de la Constitución Nacional y por la ley 24.240 y sus modificatorias.[...]” , se plantea la gratuidad del proceso y en su art. 53 se enumeran las normas procesales aplicables al tratamiento de este tipo de casos como la prohibición de presentar excepciones de previo y especial pronunciamiento, recusación sin causa ni reconvención; que todos los plazos serán de 3 días con excepción de la contestación de la demanda y el otorgado para la interposición fundada de la apelación y para la contestación del traslado del memorial, que serán de cinco (5) días; no se presentaran alegatos pero cada parte podrá formular la conclusión de sus argumentos en la misma audiencia, con base a la prueba producida; la audiencia será pública y el procedimiento oral; la sentencia se dictará en el mismo acto de audiencia o bien emitirá en ésta el fallo correspondiente y diferirá su fundamentación, la que deberá manifestarse dentro del plazo de cinco (5) días desde la fecha de celebración de aquélla; si la complejidad de la causa lo exigiera, podrá posponer el dictado de la sentencia, la que pronunciará dentro del plazo mencionado; la sentencia se notificará personalmente a las partes en el mismo acto de la audiencia; serán admitidos solo 3 testigos; entre otras y además se establece que la duración máxima del proceso será de 60 días.

En lo relativo a la competencia, según se establece en el artículo 42, el tribunal será competente “[...]en las causas referidas a relaciones de

consumo regidas por la ley 24.240, sus modificatorias y toda otra normativa que regule relaciones de consumo y no establezca una jurisdicción con competencia específica, en aquellas causas en las cuales el monto de la demanda, al tiempo de invocar la acción, no supere el valor equivalente a cincuenta y cinco (55) Salarios Mínimos, Vitales y Móviles.”.

Además prevé la creación de 8 juzgados de primera instancia con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se denominan Juzgados Nacionales de Primera Instancia en las Relaciones de Consumo, los que contarán con una (1) Secretaría para cada uno de ellos.

En lo relativo al grado, hay una cámara de apelaciones en las relaciones de consumo, que también tendrá su radicación en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esta cámara estará compuesta por seis vocales, dos secretarías y funcionará con dos salas.

Incluye tres fiscalías y defensorías públicas oficiales, que actuarán ante los juzgados nacionales de consumo. Por su parte, en grado de segunda instancia habrá solo una fiscalía y una defensoría pública oficial.

Ahora bien, a pesar de la existencia de este articulado desde el año 2014, a día de hoy, sigue sin existir una justicia especializada en consumo.

Consideramos que si se hubiera reglamentado en su momento, como se hizo con el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC), se resolverían de forma más eficaz las cuestiones entre consumidores y proveedores y la competencia estaría más clara.

4.3 Código procesal de la justicia en las relaciones de consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Actualmente, en CABA, gracias al paulatino avance en el ámbito del consumo se pueden observar mejoras con respecto a la situación del consumidor y del usuario, pues se transforma en más justa, con la sanción de un código procesal especializado en materia de consumo, denominado “Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo”, el cual, además de principios propios, prevé tribunales especiales en materia de consumo.

Este avance responde directamente a lo establecido previamente en la Constitución Nacional, específicamente en el art. 42, cuando el mismo ordena crear “...procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos...”.

El código en cuestión fue sancionado el 18 de marzo de 2021 y, aunque su contenido no es completamente perfecto pues hay ciertos aspectos que son discutibles o sobre los cuales todavía falta hacer mención, es un gran logro.

Los lineamientos más importantes que establece este código son:

- Hay dos tipos de procesos, el proceso ampliado y el ordinario.

- En el proceso ordinario la contestación de las vistas y traslados son de tres días, y cinco días en el proceso ampliado. (art. 83).

- Se producirá la acumulación de procesos cuando hubiere sido posible la acumulación de acciones y se den los requisitos correspondientes, con el objetivo de no producir demora infundada y beneficiar la economía procesal. (art. 117).

- Los tribunales en CABA en materia de consumo son improrrogables para el proveedor, con el fin de proteger al consumidor y que tenga él la última palabra.

- No se admite la reconvencción. (art. 216).

- Gratuidad. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. Rige como excepción la onerosidad cuando el actor actúe en interés propio y el demandado acredite, por medio de incidente y suspensión del trámite, que el actor tiene suficientes recursos propios para afrontar los gastos del proceso.

Con respecto al lineamiento referente a la gratuidad, algo muy importante a destacar es que a partir de ello, muchos consumidores podrán iniciar su reclamo con mayor esperanza o seguridad de poder salir favorecidos, por lo que es posible que a raíz de este código se lleven adelante reclamos por parte de aquellos afectados que antes al evaluar su situación de vulnerabilidad, no habrían reclamado por los costos que ello implicaría. Además, ahora podrán ser mejor compensados en base al resultado de lo fallado en este fuero especializado, a diferencia de antes, ya que al encontrarse más desprotegidos, no se atrevían a llevar a instancias

judiciales el reclamo y se conformaban con lo poco que podían obtener por vía administrativa. (art. 66)

Se caracteriza por su celeridad:

- Si las partes llegan a un acuerdo antes de que se realice la audiencia de vista de causa, el juez podrá eximir al proveedor de hasta un cincuenta por ciento (50 %) del monto de la tasa de justicia que corresponda abonar (art. 220).

- En la audiencia de vista de causa se requerirá la presencia del juez pero además debe ser citado el ministerio público fiscal, bajo pena de nulidad. El juez resolverá el incidente verbalmente lo cual obedece al principio de oralidad que persigue el código. (art. 221).

- No se admite la prueba confesional

- En el proceso ordinario todo se aglutina en una sola audiencia, en esta se producirá la prueba testimonial y pericial y finalizado el acto el juez dictará sentencia en el mismo acto pudiendo diferir la fundamentación de su decisión hasta cinco (5) días después, confiriendo una solución rápida al conflicto suscitado (art. 224).

- Se admite como testigo a cualquier persona mayor de 16 años de edad y en el proceso ordinario, sólo se admitirá un máximo de dos (2) testigos. En el proceso ampliado, podrá admitirse hasta un máximo de cinco (5) testigos.

- Crea una oficina de gestión judicial, la cual será responsable de administrar el despacho de las causas y garantizar el buen funcionamiento del tribunal, siempre bajo el principio de separación de funciones administrativas y jurisdiccionales. Esto último quiere decir, que la oficina no puede arrogarse facultades que sólo puede disponer el juez. Da celeridad al proceso y está encaminado a resolver el conflicto, en vez de conocer la realidad objetiva.

Ahora bien, es muy importante resaltar que este código de procedimiento solo se encuentra incorporado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que solo los contratos de relacion de consumo con competencia en dicha ciudad, son los que se encuentran beneficiados o cubiertos por el manto de protección que brinda el mencionado código. Pero entonces ¿qué sucede con el resto de los contratos? ¿Quién vela por los intereses de los más vulnerables fuera de dicha competencia?

5. FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA PARA LAS RELACIONES DE CONSUMO: EL DERECHO DE ACCESO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN PROCESO JUSTO.

Toda persona tiene derecho a acceder a órganos jurisdiccionales, procurando la satisfacción de los derechos subjetivos y colectivos. Se trata de un derecho fundamental que se encuentra constitucionalmente protegido, y por ello es que no puede ser desconocido por los Poderes Constituidos.

Los procesos generados por las relaciones de consumo tienen como fin garantizar el acceso a la justicia de aquellas pretensiones que deben estar excluidas del sistema judicial ordinario, por su naturaleza especial, habida cuenta que uno de los sujetos procesales padece una situación de desequilibrio, generada por la vulnerabilidad estructural, pues tales relaciones son asimétricas y merecedoras de un amplio sistema protectorio de derechos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional.

Esa vulnerabilidad estructural se vislumbra en diferentes facetas: a) técnica, b) jurídica o científica, c) socio-económica, d) psicológica, e) informativa, f) acceso a la justicia, g) biológica, h) política, e i) ambiental²⁵.

Consecuentemente, en los procesos cuya materia estamos desarrollando las partes no se encuentran en una situación de igualdad procesal, que los jueces deben mantener durante toda la sustanciación por imperio de lo dispuesto en el apartado III, inc. 5º, art. 34, Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La justicia debe llegar a cada persona, pues cada una es destinataria final del derecho a la jurisdicción, y es la legislación la que se debe encargarse de materializar esa tutela y de dar, a su vez, cumplimiento al art. 42 de la Constitución Nacional, que establece la necesidad de crear un sistema eficaz de protección de derechos de consumidores y usuarios para poder lograr así la prevención y solución de conflictos.

Es necesario instaurar procesos ágiles y sencillos, que logren garantizar la inmediatez del juez con las partes enfrentadas, y de ese modo concreten soluciones más rápidas a los conflictos suscitados. Esto conduciría asimismo a que los consumidores y usuarios tengan un mayor acceso a juzgados

²⁵ BAROCELLI, Sergio S., Consumidores hipervulnerables. Hacia la acentuación del principio protectorio, LL, 2018-B-783.

cercanos a su domicilio para poder repeler y restablecer aquellas vulneraciones a sus derechos.

6. CONCLUSIÓN

Ante la debilidad de la parte consumidor/usuario no permitiéndole incorporarse a la igualdad procesal que poseemos todos en los procesos civiles, es indispensable en el marco de una política de Estado en materia judicial, determinar la competencia y la creación de tribunales de consumo que protejan a la parte más débil (Consumidor y figuras afines), con jueces capacitados para comprender las situaciones sobrevinientes, que deben ser resueltas en el menor tiempo posible²⁶, para así garantizar el derecho vulnerado y hacer cesar el daño infringido.

Reiteramos que “al revestir la "constitucionalización del derecho privado" uno de los paradigmas fundamentales del Código Civil y Comercial de la Nación resultó imperioso establecer una serie de reglas y principios aplicables al régimen protectorio de los consumidores y usuarios de bienes y servicios consagrados con jerarquía constitucional en los arts. 42 y 43 de nuestra carta magna. El primero de ellos establece la protección de la salud, información idónea y honesta, libertad de elección, intereses económicos, seguridad, y un trato equitativo y digno; y el segundo le permite al consumidor interponer una acción de amparo rápida y expedita.

Pero es iluso creer que en el proceso civil y comercial común se pueden resolver conflictos surgidos del consumo donde existe una clara desigualdad entre partes, ya que aquél pone en primer plano el principio de igualdad entre las partes, no cuando una de ellas es vulnerable, inexperta y tiene menos recursos; sí a esta última característica se le agrega que con frecuencia la baja cuantía del objeto de la pretensión no permite la revisión de un tribunal de alzada, y tal circunstancia puede llegar a generar como consecuencia la negativa de los abogados en patrocinar al consumidor y/o usuario, no así a las empresas quienes poseen los recursos necesarios y suelen alargar de forma maliciosa los procesos. Entendemos que por estos

²⁶ “En el procedimiento el tiempo es algo más que oro, es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano la carta de triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado” COUTURE, Eduardo J., Proyecto de Código de Procedimiento Civil con Exposición de Motivo, Bs As, De palma, 1945, p. 37.

motivos anteriormente mencionados se le debe conferir a la parte más débil del proceso una tutela efectiva diferenciada, y garantizarles no sólo una igualdad procesal y ante la ley, sino una igualdad real ante la vida y un proceso justo. Tal como proclamaba enfáticamente el Maestro MORELLO debemos transformar un Estado de Derecho en un Estado de Justicia.²⁷

NUESTRA PROPUESTA:

El norte del proceso debe ser proteger al consumidor y/o usuario, y actuar de la manera más expedita y en forma absolutamente equitativa.

La celeridad es la característica esencial de este proceso, las relaciones de consumo se encuentran de manera cotidiana en nuestras vidas, sin distinción de clase social, aunque siempre se encontrará en peor posición de vulnerabilidad aquellos que no posean los recursos para soportar el proceso. La proyección que debe tener el legislador es la de fortalecer la posición disminuida del consumidor y usuario para así lograr el equilibrio entre las partes.

Proponemos crear una lista de abogados especializados en consumo, similar al de defensores oficiales, para patrocinio al consumidor y usuario afectado, a fin de suscitar la no discriminación hacia los mismos, y promover la igualdad de oportunidades, por cuanto se puede percibir con claridad meridiana que están en clara desventaja.

Exhortar a las provincias a crear sus fueros exclusivos en materia de consumo como ya se viene implementando desde 2021 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con su nuevo código de consumo.

²⁷ MORELLO, Augusto M., Por un proceso civil útil, E. D., 172-1043