

PORTADA

SUMARIO

Comisión N° 1 de Derecho Procesal Civil: Tutelas diferenciadas en la reforma de 1994 (ambiente, consumo, personas en condición de vulnerabilidad, e.o.).

Tema: Tutelas diferenciadas en la reforma de 1994 (ambiente, consumo, personas en condición de vulnerabilidad, e.o.)

Autores: Gustavo German RAPALINI y Andrés RIVERA.

Título: La urgente revisión de la carga de la prueba en materia de consumo.

Breve síntesis de la propuesta: abordamos la problemática de las previsiones de la Ley 24240 en materia de carga de la prueba, postulando una modificación de *lege ferenda* sobre inversión de la carga de la prueba (al menos inicial) en materia de consumo.

Postulación "1": los ponentes se postulan a los efectos de incluirla en el libro del Congreso y para su exposición en Comisión (art. 7 del reglamento).

Postulación "2": los ponentes se postulan para el "Premio A.A.D.P." y "Premio FUNDESI" (art. 19 del reglamento).

Conclusiones Arribadas: Puntualizamos la insuficiencia del texto actual del art. 53 (párr. 3ro) de la Ley 24240 y postulando una reforma que distribuya en forma más razonablemente equitativas el lastre probatorio.

LA URGENTE REVISION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA DE CONSUMO.

por GUSTAVO GERMAN RAPALINI¹ Y ANDRÉS RIVERA²

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN; II.- PARA EMPEZAR: UNA POSIBLE PLATAFORMA FÁCTICA; III. ¿FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO O GESTACIÓN DE LA CAPTACIÓN?; IV. ESCUETOS (PERO NECESARIOS) IV.1. APUNTES SOBRE LA “CARGA DE LA PRUEBA”. IV.2. LA CARGA DE PROBAR: ¿AL CONSUMIDOR?; 1) V.- NUESTRA PROPUESTA; VI.- CONCLUSIONES.-

I.- INTRODUCCIÓN.

En materia de consumo, tenemos una norma rectora cuya aparición data de hace más de 30 años³, inclusive, anterior a la reforma del año 1994 que contiene disposiciones relativas a la contienda judicial frente a la existencia de un conflicto consumeril.

Resulta un dato objetivo de la realidad que la misma ha quedado desfasada en varios aspectos y “no” está a la altura de las respuestas que los usuarios y consumidores necesitan en general, y en materia de cargas probatorias en particular.

La referencia a su edad no pretende descalificarla por antigua⁴ sino por desactualizada⁵, en la lógica de las modernas contrataciones para las cuales aquella normativa no alcanza a apuntalar ni acompañar al usuario en todas sus potenciales necesidades, tal como intentaremos explicitar aquí tomando un solo supuesto del innumerable universo posible.

Desde luego que la judicatura no ha hecho oídos sordos a la realidad mutable que referimos y (en no pocos honrosos supuestos) ha intentado – aún con equivocaciones conceptuales- arropar al consumidor, precisamente, en ausencia de previsiones normativas más robustas o concretas⁶.

En el acotado margen de la presente ponencia no podremos desandar cada postulado que habremos de puntualizar, pero si al finalizar su lectura nuestro planteo le produce empatía en el grupo vulnerable cuya indefensión

¹ Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Cátedra IV de la Universidad Nacional de La Plata. Magister en Derecho Procesal UNLP (2019), Doctorando en Ciencias Jurídicas (UNLP). Abogado de la matrícula; socio fundador de RDN Abogados.

² Profesor de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Cátedra II de la Universidad Nacional de La Plata. Especialista en Derecho Procesal Profundizado UNA (2018). Abogado de la matrícula; socio fundador de RDN Abogados.

³ Sancionada: Setiembre 22 de 1993 // Promulgada Parcialmente: octubre 13 de 1993.

⁴ Inclusive resulta harto ponderable por las previsiones que contenía ya en el año 1994.

⁵ Valga la comparación: el código civil velezano fue una verdadera pieza de nivel jurídico, con lógica intrínseca y propia de una estadista; pero las realidades van cambiando y el derecho (la norma) si no va a la vanguardia, al menos debe ir acompañando las situaciones nuevas.

⁶ Podremos coincidir en que la loable intención de las juezas y jueces (que las hay) para armonizar el ordenamiento y equilibrar armar en éste sentido, no alcanza ni quita la necesidad de revisar el sustento normativo en el aspecto que sugerimos.

vamos a plantear, y concuerda con nuestra propuesta (modificar normativamente la distribución de qué y cómo probar en un litigio de consumo), nuestro trabajo habrá tenido éxito.

II.- PARA EMPEZAR: UNA POSIBLE PLATAFORMA FACTICA.

Amén de la (poca o mucha) virtud de los ponentes, cualquier intento de dogmatizar o teorizar una idea cede frente al ejemplo o a la situación real que lo grafica; y así les proponemos iniciar:

Imaginemos a una pareja que se acerca a una concesionaria de automóviles con la ilusión de acceder a su primer automóvil “0” km. Un vendedor les deja lugar para sentarse frente a un escritorio que se encuentra rodeado por vehículos en exhibición que acercan aun más a los compradores a su objetivo.

Con una sugerente amabilidad, les consulta sobre sus pretensiones y gustos y les muestra una serie de opciones que la marca tiene para el rodado pretendido. Seguramente aparecerán muchas posibilidades en cuanto al modelo, las que se multiplican al combinarlas con la gama de colores.

Los montos son importantes y el desembolso al contado no solo es un imposible, sino que también resulta poco convincente ya que el acceso al vehículo a través de un plan de ahorro habilita muchas más posibilidades en cuanto a modelos y colores que la adquisición del rodado de manera “directa” y al contado.

En ese momento, el ingreso a través de un plan de ahorro parece ser la decisión más razonable.

La pareja entrega sus datos, abona los gastos iniciales, y en el mismo escritorio de la concesionaria, firma una serie de formularios de los que solo se llevarán, en el mejor de los casos, algunas copias simples.

Con la ilusión a flor de piel se retiran escuchando un afectuoso “felicitaciones” del eufórico vendedor.

III.1) ¿FORMACIÓN DEL CONSENTIMIENTO O GESTACIÓN DE LA CAPTACIÓN?

III.1.1) Sobre la base de la hipotética (pero potencialmente real) situación descripta, véase que el “operativo seducción”⁷ se fue gestando a base de reuniones informales, comunicaciones telefónicas, mensajes de *whats app* o inclusive mails, pero nos referimos a correos electrónicos que no son necesariamente de una casilla o servidor o dominio oficial de la entidad, ni teléfonos con identidad verificada. Es decir: siempre presente la informalidad de parte de la EMPRESA en cabeza de personas que no exhiben claramente su nombre, apellido o DNI, ni su efectivo vínculo con la empresa; pero que intentan por todos los medios posibles (honestos o no) convencer al consumidor de avanzar.

Corolario de lo que describimos, en este tipo de contrataciones existe una violación abierta y flagrante a la normativa consumeril: la información veraz, detallada, eficaz y suficiente, prevista por el art. 4° de la Ley 24.240, es directamente *letra muerta*. Su par provincial contiene la voz “información” en una multiplicidad de pasajes de su articulado, pero SIN la especificidad deseada a este respecto que nos referimos.

La gran mayoría de los consumidores no conoce con exactitud el funcionamiento de los planes de ahorro. Las charlas se limitan a modelos, colores y valores de cuota. Asimismo, las advertencias relativas al funcionamiento, las explicaciones sobre cómo funciona la licitación -con dinero y/o entrega de unidades-, que sucede si no se puede pagar la cuota mensual, como se actualiza la misma, formas de renuncia o cesión del plan, etc. no forman parte del intercambio inicial; ni sucesivo.

III.1.2) Como sabemos, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 977, nos habla del contrato plurilateral indicando que, si la oferta emana de distintas personas, o es dirigida a varios destinatarios, no hay contrato sin el consentimiento de todos los interesados, excepto que la convención o la ley autoricen a la mayoría de ellos para celebrarlo en nombre de todos o permitan su conclusión sólo entre quienes lo han consentido.

A pocos minutos de comenzar el análisis se nos presenta la primera duda: ¿Quiénes forman parte de la contratación? El texto dirá que la pareja de

⁷ No ingresaremos a contemplar una serie de factores sumamente relevantes como la inteligencia emocional o herramientas sensoriales para engolosinar la vista (el auto nuevo en el medio del salón) ni el estímulo emocional (felicitarlos eufóricamente) ni tantas otras estrategias que se utilizan para seducir al comprador.

nuestra plataforma fáctica contrató con la persona jurídica administradora del plan de ahorro: ¿Era una sociedad anónima? ¿El vendedor era apoderado? ¿Qué representante firmó delante de los consumidores? En ese contexto, la concesionaria donde se presentaron, acordaron condiciones, recibieron bonificaciones y promesas, pagaron, firmaron, etc., no existe en el vínculo contractual.

Permítannos aquí recordar que SOLO cuando ambas partes tuvieron las mismas posibilidades de negociación en la determinación del contenido (quedando absolutamente descartada la celebración del mismo por la adhesión de una de las partes, a las cláusulas predispuestas por la otra -arts. 958, 959 y 984 CCyC-) habrá formación del consentimiento común en paridad de condiciones negociales sin desigualdad estructural entre las partes de la relación⁸.

Por esa sencilla razón es que en tantísimas situaciones (análogas a nuestro “caso”) se ha resuelto que las observaciones consignadas en el extremo inferior de la página bajo el lema de “condiciones generales” han sido insertadas en una tipografía diferente y prácticamente ilegible, lo que sin dudas dificulta la lectura y comprensión del consumidor y por ende una violación por parte de la empresa a los postulados de la buena fe que debe reinar en este tipo de negocios (art. 37 LDC). A partir de allí es que consideramos que no debe tener la misma relevancia, a los efectos de la formación del consentimiento lo que se publica con una tipografía visible y cómoda para la lectura, de los postulados de dificultosa visibilidad o directamente ilegibles (art. 384 CPCC)⁹.

III.1.3) Volviendo al inicio: ante este escenario, la primera gran complicación proviene de la falta de constancias escritas y/o firmadas en las que surja con claridad cuáles son las obligaciones a las que se han comprometido las partes.

Aquí empieza el conflicto más importante que hace a la formación de consentimiento inicial y las partes

⁸ CC0000 JU JU 5639 2017 207-20 S 10/11/2020 Juez CASTRO DURÁN (SD). Carátula: “AINSIMBURO, Emilio Mariano c/ CROCCI, Mario s/ Cobro Ordinario de Sumas de Dinero”. Magistrados Votantes: Castro Durán-Guardiola-Volta.

⁹ CC0202 LP 108535 214/2022 S 22/09/2022 Juez BANEAS (SD). Carátula: “ORTIZ, Marcela Alejandra c/ PLAN OVALO SA DE AHORRO PARA FINES DETERMINADOS y otro/a s/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL. Magistrados Votantes: Banegas-Hankovits.

Sabrán entender nuestra insistencia, pero es ASI (y no de otra forma) que en la generalidad de los supuestos se va fogoneando embrionariamente el “convencimiento” (¿?) de los potenciales compradores.

El consumidor es seducido de diversas formas para llegar a comprometerse a invertir u obligarse a hacerlo por grandes sumas de dinero, recibiendo a cambio “recibos X” o respuestas por mail de pseudos-representantes de la entidad, estampando su firma en un sinnúmero de formularios de los cuales solo retiene alguna foto (si es insistente) o alguna copia simple.

A esta altura resulta innecesario aclarar que si algo se incumple (v.gr.: el vehículo no se entrega en tiempo, color o forma; o el monto era superior al conversado, o el polarizado no se incluyó en el precio...podríamos seguir hasta mañana¹⁰) ese consumidor tiene que ir a PROBAR TODO como si se tratara de cualquier relación patrimonial entre dos contratantes en pie de igualdad. He aquí la “miga”¹¹ de la presente ponencia.

IV.1) ESCUETOS (PERO NECESARIOS) APUNTES SOBRE LA “CARGA DE LA PRUEBA”.

Sin pasar revista de la profusa producción que existe tanto en términos vernáculos como foráneos, comenzamos asumiendo que para el presente trabajo la “carga de la prueba” puede ser conceptualizada como una regla de distribución (si se enfoca hacia los litigantes) o bien de decisión (si se enfoca al juzgador), pero que en definitiva propugna evitar que el juez/a incurra en un “non liquet” omitiendo dictar la sentencia que resuelva la controversia promovida.

El corazón de la regla general en materia de carga probatoria (procesos patrimoniales y disponibles) se encuentra como sabemos en la norma del art. 377 del código adjetivo nacional (y 375 de su par provincial), aunque *la verdad de la milanesa* está en su segundo párrafo: “cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

¹⁰ Si bien las posibilidades en que estos vínculos terminen con una situación conflictiva son múltiples, -y por múltiples razones-, la realidad arroja como las variantes que mas encontramos a las siguientes: 1. Imposibilidad de pago de cuota; 2. Problemas con la entrega del rodado; 3. Incumplimiento de promesas -por lo general verbales o por medios electrónicos- de bonificaciones.

¹¹ En una recordada analogía del maestro MORELLO (“El deber de colaboración en el ámbito de la prueba”; LA LEY 2004-D, 214)

Sentada la (grandísima) regla general, las dos excepciones que comúnmente se utilizan más en nuestro ordenamientos, -aunque son el agua y el aceite-, suelen confundirse: A) por un lado, la INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA que resulta una regla legal, previa al proceso y que se aplica de forma objetiva, siendo algunos de sus ejemplos el artículo 23 de la ley de contrato de trabajo (Ley 20744): si el demandado en un juicio por despido reconoce o se logra acreditar que la actora prestaba un servicio en su empresa, se invierte la carga de la prueba a su respecto y será éste último quien deberá probar que esas tareas que la actora hacía no era en relación de dependencia; y por otro lado, B) las CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS que en términos generales dependen más de la casuística y la creación doctrinaria o jurisprudencial, a excepción de algunos supuestos que se encuentran actualmente concebidos en la norma de fondo (v.gr.: art. 710 y 1735 del CCyC).

Por fuera de los supuestos referenciados y “sin” que implique remitir al principio general ni alterarlo en cuanto a las excepciones desarrolladas, existe el principio de colaboración que -en resumidas cuentas- trata de aprehender una conducta procesal como prueba a partir de la inobservancia de la carga de colaboración en la producción de la prueba, la que se traduce o resuelve la mayoría de las veces, en la exclusión de afirmaciones o actitudes probadamente falsas, contradictorias o simplemente obstruccionistas o en sugestivos déficit, silencios u omisiones probatorios¹²; todo ello, con la difícil tarea de que no se transforme en la negación del derecho a la defensa¹³.

IV.2) LA CARGA DE PROBAR: ¿AL CONSUMIDOR?

Sobre ese piso de marcha, conviene ahora recordar la especificación que a ese respecto contiene la normativa consumeril objeto aquí de ponencia: “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” (párr. 3° Art. 53, Ley 24240). Su par provincial (Ley 13133) “no” contiene norma específica referida a una potencial alteración de

¹² KIELMANOVICH, Jorge L.: “La conducta procesal de las partes y la prueba”, LA LEY 2001-C, 1221

¹³ DÍAZ SOLIMINE, OMAR L.: “La buena fe procesal y la conducta de las partes”, LA LEY 19/03/2013, 1.

la regla de distribución de la carga probatoria contenida en el art. 377 del CPCCN (375 de su par provincial).

Así concebido el texto de la ley 24240 “no” implica asumir ni la inversión de la carga de la prueba ni la utilización de las cargas probatorias dinámicas; tan solo implica establecer una pauta interpretativa (más) al momento de sentenciar, pero que si no hay prueba al final del camino inútil será valorarla al rechazar el planteo del consumidor.

Es que, como acertadamente se ha aclarado, la disposición en comentario (Art. 53) únicamente pone encabeza del proveedor el deber de aportar al proceso los elementos de prueba que se encuentren en su poder —o deban estarlo—, pero no determina que recaer sobre él la carga de producir la prueba pertinente. En consecuencia, no se trata de un supuesto de inversión de la carga de la prueba, sino, únicamente, de un deber agravado que se establece en cabeza del proveedor de bienes o servicios¹⁴.

Ello implica asumir que (aunque con una innegable buena intención) la jurisprudencia incurre en una falacia cuando sostiene que principio que es llevado en estos casos a su máxima expresión¹⁵; o bien, al sostener la Ley de Defensa del Consumidor, luego de la reforma introducida por la n° 26.361, innovó en materia probatoria como derivación del régimen protectorio allí establecido, por el cual en todo procedimiento en el que se encuentre en juego una relación de consumo importa la vigencia en materia probatoria de las “cargas dinámicas”¹⁶; por citar algunos de tantísimos ejemplos.

En cambio, postulan la realidad del derecho positivo cuando sostiene que (solo) se coloca en cabeza de los proveedores, la carga de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, en orden a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio¹⁷.

En base a la corriente de éste último postulado, si la empresa nada adjunta, no hay sanción expresa y objetivamente establecida más allá de la

¹⁴ SÁENZ, LUIS R. J.: “Distribución de la carga de la prueba en las relaciones de consumo”, LA LEY, 24/6/2015, 9; R/DOC/1890/2015

¹⁵ BERSTEIN, HORACIO, “El derecho-deber de información y la carga de la prueba en las infracciones a la ley de defensa del consumidor”; LL 2004-B, 100

¹⁶ In re “Navarro Muruaga, Veronica Susana c/ Telecom Personal S.A. s/ daños y perjuicios”; sentencia del 27/9/2017 (Cam. En Doc. Y Loc. San Miguel de Tucumán, Tucumán. Sala 02; Mag. ALONSO – MANCA // Id SAIJ: FA17240011)

¹⁷ CNCom, Sala B, in re “Grosso Elena c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires s/ sumarísimo”, del 30/12/16)

buen y loable voluntad del juzgador/ra de imponer una sanción pecuniaria o bien ponderar en forma disvaliosa su actitud renuente; NADA MAS.

Adviértase que (como sostiene la doctrina) la diferencia que aquí planteamos es relevante entre ambas instituciones se exhibe así evidente y sus efectos prácticos son notables: mientras que en un caso (teoría de las "cargas dinámicas") nos encontramos ante una regla (más) de inversión de la carga de la prueba, en el otro (incumplimiento del postulado de colaboración) nos movemos en el campo de la valoración de la prueba, es decir, que aplicamos las pautas tradicionales de distribución del 'onus probandi' (vg., art. 377, CPCN), aunque teniendo en cuenta la conducta de los litigantes como indicio para estimar la suerte de la pretensión¹⁸.

V.- NUESTRA PROPUESTA.

Tal vez un buen punto de inicio para comenzar a revertir una situación que a todas luces resulta por demás abusiva para los consumidores es tomar los conflictos más relevantes y analizar los posibles elementos probatorios y en cabeza de quien, razonablemente, pueden estar.

Tienen dicho numerosos fallos que el damnificado debe probar la existencia del daño que invoca.

Ese daño debe tenerse por acreditado por el consumidor cuando el mismo cumple con los requisitos pactados y la prueba del incumplimiento debe trasladarse a la/as empresa/as, sea la concesionaria, la administradora del plan de ahorro o la automotriz, para que acerquen la prueba.

Ahora bien, vamos a la casuística y veamos algunos ejemplos relacionados en forma directa a nuestro caso:

1.- Si se trata de una unidad, que una vez licitada, la entrega no se concreta por problemas de importación debe aparecer la prueba documental que acredite la falta de entrega de vehículos por dicha restricción.

2.- Si existe un aumento desproporcionado de la cuota por elevación unilateral de los precios de lista o desfasajes entre los conceptos informados oportunamente y los requeridos al momento de retirar la unidad, que mediante prueba contable se acrediten dichos extremos.

¹⁸ GIANNINI, LEANDRO J.: "Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba"; LA LEY 07/12/2010, 07/12/2010, 1 - LA LEY2010-F, 1136.

3.- La discontinuación de la fabricación del modelo comprometido en el contrato como requisito para el cambio de modelo –y de la respectiva cuota mensual- debe ser debidamente acreditada por las requeridas.

En honor a la brevedad cerramos los ejemplos con los indicados supra.

Ante una realidad que no es la elegida por los consumidores, con la actual redacción del art. 53 (3er párr. de la 24240) la judicatura tiene dos opciones. La primera es hacer una interpretación cerrada del contrato firmado y obligar al consumidor a probar todas sus manifestaciones contra una administradora a la que ni siquiera le conoce la cara (aun habiéndose comprometido en un sinnúmero de cláusulas), bajo apercibimiento de rechazar su demanda por no acreditar el sustento factico de la norma que invoca. En tanto las requeridas “solo” tienen en deber de colaboración con la acreditación de los hechos ventilados, mas “NO” carga alguna.

La otra en cambio (y que aquí embrionariamente postulamos) es requerir de manera solidaria tanto a la concesionaria como a la administradora, al inicio de la contienda judicial¹⁹ y en su carácter ineludible de prestadoras de servicios, que entreguen la información de manera clara y que prueben todas aquellas manifestaciones sobre la base de las cuales intentan mascarar sus incumplimientos.

Lo que sugerimos es invertir la carga de la prueba (en forma clara y objetiva) y en la génesis inicial del conflicto imprimirles ese imperativo a los prestadores de servicios; y todo ello, en forma EXPRESA en la propia LEY.

VI.- CONCLUSIONES.

Intentamos presentar aquí nuestra preocupación: tenemos una norma rectora que tiene más de 30 años²⁰ (inclusive anterior a la reforma de 1994) cuyas normas relativas a la contienda judicial -en un conflicto consumeril- “no” están a la altura de las respuestas que los usuarios necesitan.

Para hacerlo, hemos optado por tomar un específico caso testigo (de tantos otros), desde luego inventado, pero con una innumerable cantidad de matices reales para mostrar (y demostrar) que ESA y no otra es la realidad

¹⁹ Ya sea como diligencia preliminar o con el nomen iuris que sea.

²⁰ Sancionada: Setiembre 22 de 1993 // Promulgada Parcialmente: Octubre 13 de 1993.

de cualquier ciudadano de a pie cuando en su sol de consumidor intentan – por ej- comprar un automóvil.

La cantidad de rubros, casos o supuestos sería incuantificable. Hemos elegido discrecionalmente uno de los más comunes, no con la idea de unificar todos los casos como si fueran homogéneos (que no lo son, desde luego), sino para graficar lo mejor posible las falencias que tiene el pasaje de la normativa apuntado, a la luz de una simple y sencilla compra de un vehículo “0” km a través de un plan de ahorro.

Sobre ese piso de marcha, la ley 24240 solo ha consagrado en su texto el deber de colaboración, cuyo límite llega hasta poder ponderar –a todo evento- en forma disvaliosa la actitud renuente de aquella parte (prestador de servicios) que no haya dado toda la colaboración suficiente; pero en definitiva (admitase nuestra insistencia) NO alteró el régimen general de carga de prueba.

Los esfuerzos jurisprudenciales, aunque con buenos propósitos, han confundido (en términos generales) la regla general de la carga de la prueba que la normativa consumeril “NO” ha modificado, con la inversión de la carga o con las cargas probatorias dinámicas, utilizando una u otra a discreción, llegando a tratarlas como sinónimos inclusive.

A 30 años de la reforma constitucional, el pasaje de la normativa consumeril aquí aludida (parr. 3° Art. 53) merece ser *aggiornada* y en cuya empresa esperamos (con la presente ponencia) haber sido motor de arranque.-