
El Estatuto Especial de Consumo y el Código Civil y Comercial

Carlos Eduardo Tambussi*

Resumen

En este trabajo se analiza el marco constitucional de la Ley de Defensa del Consumidor y el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Privado, para luego profundizar en el estudio de los derechos de usuarios y consumidores como derechos humanos en el Código Civil y Comercial. En tal sentido, se señala que la coexistencia de la Ley de Defensa del Consumidor y de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación arroja un saldo beneficioso para el derecho de los usuarios y consumidores, sin perjuicio de ciertos puntos críticos. Finalmente, se resalta la necesidad de que la Ley 24.240 reciba una adaptación a los tiempos que corren y, en tal sentido, se desarrollan los grandes ejes del proyecto de Código de Defensa del Consumidor elaborado en el marco del Programa Justicia 2020.

Palabras clave: Constitución y derechos humanos – Derechos de Usuarios y Consumidores – Ley de Defensa del Consumidor – Código Civil y Comercial de la Nación – Proyecto de Código de Defensa del Consumidor.

* Profesor Adjunto Regular, Universidad de Buenos Aires. cetambu@uolsinectis.com.ar

I. La ley de defensa del consumidor y su sustento constitucional

La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) fue sancionada por el Congreso Nacional el 22 de septiembre de 1993 y parcialmente promulgada con fecha 13 de octubre de 1993, mediante el Decreto 2089/93, oportunidad en la cual se ejerció por el Poder Ejecutivo el veto de aspectos fundamentales del articulado sancionado por el Congreso. El 15 de octubre de 1993 se publicó en el Boletín Oficial, rigiendo a partir de esa fecha.

La ley fue reglamentada por el Decreto 1798/1994 y fue objeto de las siguientes reformas: a) por la Ley 24.568 (1995) se modificó el artículo 31 relativo a facturación en servicios públicos domiciliarios; b) por la Ley 24787 (1997) se modificaron los artículos 8 y 25, agregándose los artículos 10 bis y 30 bis, c) por Ley 24.999 de 1998, que modifica los artículos 11,13, 14 y reincorpora la responsabilidad objetiva y solidaria en el artículo 40; y d) por la Ley 26.361 del 12 de marzo de 2008 que, pese a su poca organicidad y deficiente técnica legislativa, fue la última reforma participativa y significó un gran avance en materia de consagración de derechos y afianzamiento del garantismo a favor de consumidores y usuarios, tendiendo hacia una profundización de la operatividad del artículo 42 de nuestra Constitución Nacional. Recientemente, fue reformada en algunos de sus artículos por la unificación del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) y por el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo (Ley 26.993). En el año 2016 fue reformada por las Leyes 27.250, 27.265 y 27.266.

La ley 24.240 de defensa del consumidor (1993) y sus reformas, reúne la práctica de los años de aplicación de la normativa, doctrina y jurisprudencia imperante. Entre otras cuestiones, amplió la calidad de los sujetos comprendidos estableciendo en forma clara y específica la calidad de consumidores y/o usuarios, precisó el concepto de proveedores y agregó la noción de relación de consumo.

Regula el derecho-deber de información (art. 4), el derecho a la salud y seguridad de los consumidores (arts. 5 y 6) y establece regulaciones contractuales respecto de la oferta y publicidad (arts. 7, 8 y 10 bis), contenidos de documentos, garantías (legal —art. 11—, servicio técnico —art. 12 y 13— y vicios redhibitorios —art. 18—). Refiere a modalidades de prestación de servicios, e incluye la vigilancia de los servicios públicos domiciliarios los cuales también se someten al control de la ley y la posibilidad de iniciar reclamos por servicios públicos ante la autoridad de aplicación (Capítulo VI).

Legisla sobre modalidades especiales de venta fuera del establecimiento del proveedor (arts. 32 a 34), el crédito al consumo (art. 36), la sanción de las cláusulas abusivas (art. 37); y establece un régimen de responsabilidad objetiva y solidaria frente al consumidor de todos los integrantes de la llamada “cadena de valor” de un producto o servicio (art. 40).

Determina el procedimiento ante la autoridad de aplicación nacional y regula sobre asociaciones de consumidores, normas procesales para acciones individuales y colectivas (Capítulos XIII y XIV) y la política de estado en materia de educación al consumidor (Capítulo XVI).

Esta ley, de conformidad con lo expresado por el artículo 65 es de orden público, por lo tanto, los jueces deben aplicar de oficio sus normas e implica un piso mínimo de protección que sólo puede ser innovado en cuanto implique su superación o progresividad en materia protectoria.

El constituyente de 1994 consagró los derechos de usuarios y consumidores, llevándolos a su más alta consideración, en consonancia con la corriente que se venía dando dentro del constitucionalismo provincial y en el derecho extranjero, incluyéndolos en el artículo 42 de su texto, consagrando expresamente los siguientes derechos de los usuarios y consumidores:

- a) protección de su salud y su seguridad;
- b) protección de sus intereses económicos;
- c) información adecuada y veraz;
- d) libertad de elección;
- e) condiciones de trato equitativo y digno;
- f) derecho a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios;

A la vez, consagró otros derechos que tienen como contracara un deber correlativo del Estado:

- a) derecho a la educación para el consumo;
- b) derecho a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados;
- c) control de los monopolios naturales y legales;
- d) calidad y eficiencia de los servicios públicos;
- e) derecho a que la legislación establezca procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos;
- f) derecho a que la legislación establezca los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

En síntesis, la norma constitucional del artículo 42 le otorga a la Ley 24.240 sustento en la Carta Magna, incluyéndola dentro de los “Nuevos Derechos y Garantías” que pasó a ampliar el catálogo de la parte dogmática. A su vez, ha creado un sistema autónomo, donde la especialidad está dada por la existencia de una relación de consumo y por ende sus principios se deben privilegiar por encima de los ordenamientos civiles y mercantiles.

Sin embargo, durante mucho tiempo, desde su sanción en 1993 y aun a posteriori de la reforma constitucional, la ley de defensa del consumidor, inspirada en el humanismo, con sentido solidarista, partiendo de la desigualdad o asimetría entre consumidor y proveedor y propiciando la igualdad de oportunidades, tuvo que convivir con el código decimonónico, individualista, con la premisa del contrato entre libres e iguales. En todo ese lapso, el formato de los decisores judiciales formados en el derecho privado tradicional tuvo distintas reacciones ante el cambio dado por la irrupción del necesario tratamiento de la problemática del consumo en el mundo del derecho.

Hubo que vencer el prejuicio de tratar al derecho del consumo como disciplina menor, lejos de su consideración como derecho humano. La necesaria reforma del Código Civil y Comercial receptó este criterio, estableciendo la impregnación definitiva del derecho en general y del derecho de usuarios y consumidores con las normas y principios de los derechos humanos.

II. La constitucionalización del derecho privado y el diálogo de fuentes como grandes directrices

Desde su primer artículo, el Código Civil y Comercial nos remite al axioma constitucional por el cual las leyes de la Nación deben estar en consonancia con los principios rectores de la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y los tratados en general.

Artículo 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Esta construcción puede parecer a priori eufemística dado que, en cualquier orden jurídico constitucionalizado, todo el derecho de rango inferior debe estar en consonancia con la Carta Magna, revestida de supra legalidad. Sin embargo, pese a ese punto de partida, la inclusión de criterios interpretativos provenientes del derecho público constitucional, con contenido social y protectorio dentro de un cuerpo codificado destinado a regular las relaciones privadas, constituye un componente indispensable para introducir pautas que coadyuven a lograr en el intérprete una mirada social y protectoria en el significado y aplicación de las normas iusprivatistas.

A su vez, contribuye a desterrar el punto de vista esencialmente abstracto, individualista, de sujetos económica y contractualmente iguales, propia del derecho civil y comercial decimonónico que reinó ideológicamente en muchos cuerpos

normativos latinoamericanos.

La constitucionalización del derecho privado, tal como se la entiende, empieza a formularse a partir de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, y su consideración en las constituciones como directamente aplicables en el derecho interno, formando un bloque protectorio junto al orden jurídico doméstico que tiene que estar acorde tanto a la norma superior nacional como al derecho internacional de los derechos humanos, de fuente convencional estadual.

El derecho privado, entonces, debe ser acorde a los valores que sustentan y sirven de interpretación a la plena vigencia de los derechos fundamentales, que también son interpretados por los tribunales supranacionales, que sientan precedentes de obligado seguimiento a la jurisdicción doméstica, por imperio mismo de la entrada en vigor de los tratados que los establecieron y crearon, creando una comunidad de principios entre el derecho público y el derecho privado.

En otras palabras, el derecho privado y las convenciones particulares deben ser respetuosos de los derechos fundamentales y el Estado tiene la obligación de garantizar este cumplimiento, al ser responsable internacionalmente. De este modo:

... la constitucionalización, entendida como sometimiento del orden jurídico a las normas fundamentales, abarca o comprende la integridad del mismo: las normas de fondo y las de forma; las contenidas en códigos y las volcadas en leyes. De donde, no es dable plantear que tales o cuales preceptos, por las razones que fueren, escapen a las consecuencias de esa mayor jerarquía...¹

87

En lo atinente al derecho de usuarios y consumidores, los enunciados del proyecto luego sancionado legislativamente explicaron que se propuso incluir en el Código unificado una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, sin que ello signifique obstáculo para que una ley especial establezca condiciones superiores, y a la inversa, ninguna podrá afectar esos mínimos de protección o “núcleo duro de tutela”.

En el campo de la interpretación, se argumenta establecer un “diálogo de fuentes” de manera que “el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. 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” de acuerdo con lo señalado en los fundamentos del Anteproyecto de reforma.

El diálogo de fuentes bajo el imperio de la aplicación de la norma más favorable es un criterio interpretativo de derechos humanos. En el caso argentino, con

¹ Mosset Iturraspe, Jorge, “Otra muestra del Derecho Privado Constitucional: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”, *Suplemento de Concursos y Quiebras*, Ed. La Ley, 2004, pp. 29 y ss.

la reforma constitucional de 1994, se otorgó jerarquía constitucional a varios instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto del sistema universal como del americano, que junto con los posteriormente incluidos pasaron a conformar un bloque de constitucionalidad federal junto a las normas de la Ley Fundamental, complementándose con éstas y formando un todo protectorio, a la vez que se clarificó que los tratados en general tienen jerarquía superior a las leyes. De todo el plexo, se aplicará la norma que implique una protección mayor e, inversamente, la que restrinja o limite en menor grado el derecho en cuestión, según el caso en términos de lo resuelto en la Opinión Consultiva Nro. 7 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En suma, los conflictos generados ante la superposición normativa en materia de derecho del consumo no deben resolverse por los clásicos dilemas de ley anterior, especialidad o jerarquía normativa, sino que a la hora de la protección ha de estarse al mayor nivel posible, combinando reglas, principios y valores de distinto origen. Eso conforma lo que la doctrina ha llamado un “plurijuridismo” o convivencia normativa que importa la aplicación simultánea, coherente y coordinada de normas y principios de diverso orden, cuyo diálogo el intérprete “escucha” y aplica en función del principio *pro homine*.

88

Atento a la realidad jurídica antes descripta, en la actualidad es deber de los jueces tanto realizar es test o control de constitucionalidad, como controlar la consonancia de las normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos, los demás tratados del artículo 75 inc.22, la costumbre internacional y el apego a los criterios interpretativos que están dados por la jurisprudencia de los órganos supranacionales (sentencias de la Corte Interamericana de Derecho Humanos y opiniones consultivas, informes y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Ellos son los encargados de determinar “las condiciones de vigencia” de las normas de su sistema, que menciona la norma constitucional antedicha.²

III. Los derechos de usuarios y consumidores como derechos humanos en el Código Civil y Comercial

Los derechos de usuarios y consumidores aparecen como una necesidad de la población, desprotegida frente a un mercado agresivo al que deviene imprescindible regular, teniendo en cuenta que mediante el consumo se satisfacen las necesidades humanas, con consecuencias tanto de derecho individual (libertad y respeto de la dignidad, protección de la salud, seguridad, intereses económicos), como

² Tambussi, Carlos, “El control de convencionalidad. Un deber de los jueces”, *Microjuris*, MJ-DOC-6622-AR.

de raigambre social o interés colectivo común (armonización de las relaciones de libertad y eficiencia económica), exigibles frente al Estado y que hacen al desenvolvimiento económico, social y cultural, mediante normas y regímenes jurídicos especiales con carácter tuitivo, atento tratarse de un colectivo vulnerable necesitado de protección, con punto de partida para el análisis de una situación de asimetría profunda con el proveedor y la finalidad protectora necesaria orientada al restablecer el equilibrio en esa situación desventajosa, objetivo clave para la realización del estado social y democrático de derecho y velar por la debida satisfacción de las necesidades humanas.

En el marco de una sociedad globalizada, industrializada, y entregada a comercialización masiva de bienes y servicios de todo tipo, cada vez más diversificados y aún en contexto transnacional, nace como preocupación del derecho la necesidad de proteger al más vulnerable frente al mercado agresivo, masificado, erigido como ámbito proporcionador de todos los bienes y servicios requeridos por los seres humanos, desde los básicos hasta los suntuarios.

En nuestro ordenamiento jurídico el “consumo” constituye un principio rector, mediante una concepción omnicompreensiva y multidisciplinaria, que ha cambiado el enfoque del derecho,³ obligado a ser comprendido en forma diferente cuando se trata de una relación de consumo, dada la desigualdad negocial existente entre los protagonistas. Por esa razón, al derecho del consumo lo denominamos “régimen tuitivo consumidor”.

89

Aunque no existan tratados que directamente refieran a estos derechos, ha sido reconocida su pertenencia a los derechos fundamentales en el marco de los derechos económicos, sociales y culturales, en tanto “se refieren a la existencia de condiciones de vida y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad de la familia humana”⁴ y en relación a que la medida de la satisfacción de las necesidades básicas hace a la posibilidad real de ejercicio de los demás derechos.

A su vez, los derechos contemplados en los tratados internacionales de derechos humanos pueden ser comprendidos en la relación de consumo, y por ende se aplican a los consumidores, sirviendo todo el sistema de derechos humanos a hacer efectiva la protección del régimen tuitivo consumidor. Es decir que los derechos del consumidor cuentan con protección internacional en razón de la plena vigencia de los valores esenciales y bienes jurídicos protegidos involucrados en la relación de consumo, y como resultado de un procedimiento de inferencia a partir de las normas económicas, sociales y culturales contenidas en los tratados internacionales, expandiendo así el catálogo de protección.

³ Taboada, Marcelo, “En torno a La Ley de defensa del consumidor y a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo”, *La Ley*, 1994-A, p.766.

⁴ Nikken, Pedro, “El Concepto de derechos humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, pp. 19.

Con estas directivas y pautas normativas específicas, se eleva a derecho humano tanto el consumo mismo y el derecho al acceso al consumo, como presupuesto y condición. Es que la relación de consumo, entendida como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario, se encuentra transversalmente atravesada por bienes jurídicos o valores que su normativa tutela, y que contemplan el derecho a la vida y a la dignidad y el derecho a la salud y la seguridad, a la libertad de elección, a la protección de los intereses económicos y al trato equitativo y digno. Todos ellos están presentes en el fenómeno del consumo y su derecho regulador, nacido para encauzar la relación de consumo en el respeto a los imperativos que emanan de la dignidad humana.

Una de las notas más salientes del Código Civil y Comercial es la consagración de esta relación consumo – derechos humanos, al incorporarse al cuerpo legislativo, tanto desde el punto de vista terminológico o conceptual como de interpretación, criterios de derechos humanos que pasan a formar parte de las pautas de análisis del consumo y que resultan de obligatorio seguimiento para los operadores del derecho, que con la irrupción de estos paradigmas tendrán que aplicar para el régimen tuitivo consumidor su consideración debida como derechos fundamentales.

Esta nueva formulación implica reconocer que el desarrollo de los derechos humanos ha alcanzado a la protección del débil en la relación de consumo, asumiendo la significación primera del derecho de consumidores y usuarios como vehículo de satisfacción de las necesidades humanas.

90

A más de una concepción nueva del contrato que el Código recibe al contemplar las especies modernas y la fenomenología del contrato de consumo (que tiende a nivelar la situación de desequilibrio existente entre proveedor y consumidor), la plena vigencia del plexo normativo de derechos humanos en el marco de las relaciones de consumo (que exceden lo meramente contractual), es aplicable tanto frente al poder público cuando actúa como proveedor (derechos oponibles a la autoridad) como frente a las demás personas, en tanto proveedores, respecto de las cuales el Estado tiene la obligación de garantizar la plena vigencia y respeto de los derechos humanos.

IV. La sistemática elegida por el Código

El Código Civil y Comercial regula en el libro tercero “Derechos personales”, título III “Contratos de consumo”, en cuatro capítulos.

El capítulo 1 “Relación de consumo” regula “Relación de consumo. Consumidor” (art. 1092), “Contrato de consumo” (art. 1093), “Interpretación y prelación normativa” (art. 1094) e “Interpretación del contrato de consumo” (art. 1095).

El capítulo 2 “Formación del consentimiento” incluye dos secciones: 1) “Prácticas abusivas” (arts. 1096 a 1099); 2) “Información y publicidad dirigida a los consumidores” (arts. 1100 a 1103).

El capítulo 3 “Modalidades especiales” prescribe sobre “Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales (art. 1104), “Contratos celebrados a distancia” (art. 1105), “Utilización de medios electrónicos” (art. 1106), “Información sobre los medios electrónicos” (art. 1107).

El capítulo 4 “Cláusulas abusivas” determina “Normas aplicables” (Art. 1117), “Control de incorporación” (art. 1118), “Regla general” (art. 1119), “Situación jurídica abusiva” (art. 1120), “Límites” (art. 1121), “Control judicial” (art. 1122).

Podemos afirmar que el hecho mismo consistente en que el cuerpo legislativo unificado recepte el mundo y la visión del régimen tuitivo consumidor, a la par que tutela y garantía de derechos humanos, constituye un avance en el progreso hacia la consolidación y la autonomía de la disciplina.

A su vez, el Código ha dado en su sistemática un lugar primordial al principio de buena fe (art. 9), el concepto de abuso de derecho (art. 10), ha incorporado el criterio de abuso de posición dominante (art. 11), reconocido en el mundo de los negocios y del consumo el fenómeno de la contratación por adhesión (art. 984 y siguientes), la regulación de sus cláusulas, la existencia y consecuencias de la conexidad contractual (arts. 1073 y siguientes), y establecido una excepción a la irretroactividad de las leyes en el art. 7 por el cual si bien las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, la excepción expresa se hace respecto de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

Asimismo, consagra regulación específica para los contratos bancarios de consumo, y caracteriza como pertenecientes al derecho del consumidor las relaciones jurídicas de tiempo compartido (art. 2110) y cementerios privados (art. 2111).

Al tratar los contratos de consumo, que conceptualiza por los sujetos que lo celebran, el Código replica algunos institutos ya consignados en la ley especial 24.240, pero también recepta principios y criterios que no figuraban en ésta y que resultan altamente beneficiosos para los sujetos protegidos, mediante la incorporación de regulaciones generales por entonces nuevas y muy necesarias para el ejercicio de sus derechos a la vez que introduce en el cuerpo legislativo conceptos tendientes a reafirmar el equilibrio prestacional y recibe, al fin, particularidades de la contratación moderna, en especial la electrónica, hasta ahora ausente de regulación, igual que la publicidad, de escasa normativa.

Como ya hemos mencionado, el Código plasma la trascendencia de la vinculación del consumo con la especie de los derechos humanos, al receptarse sujetos, terminología y valores propios de los derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional. La reforma habla de consumidor como persona humana (art. 1092), considera su dignidad y el derecho al trato respetuoso de la misma y la interpretación normativa en base al principio de consumo sustentable (arts. 1096 y 1097) y conforme al criterio que de la dignidad establecen los tratados de derechos humanos, y vincula el derecho del consumo con el principio de no

discriminación (art. 1098). En esa línea, el Código define las características de las prácticas abusivas, cuando los comportamientos comerciales importan situaciones vergonzantes, intimidatorias o vejatorias para el consumidor (art. 1096).

Otra referencia es la figuración y regulación de los nuevos fenómenos contractuales (contratación electrónica, internet a través de la normativa sobre contratación a distancia, basada en el comercio electrónico, resaltando la vigencia del derecho al arrepentimiento y demás de talles de este tipo de contratos como, por ejemplo, información de su contenido, riesgos, vigencia de las ofertas, entre otros), la consagración legal de la libertad de contratación (art. 1099) y el establecimiento de regulación novedosa en materia publicitaria definiendo la publicidad ilícita y delineando la acción de cesación publicitaria (arts. 1100 a 1103), herramientas a las que los abogados asesores o litigantes podrán echar mano para la defensa de los derechos de los consumidores.

Por su parte, replica con algunas modificaciones conceptos que ya estaban en la ley al tratar el derecho a la información (art. 1100), la normativa relacionada con los contratos fuera del establecimiento y la caracterización y control judicial de las técnicas agresivas de comercialización y las cláusulas abusivas (arts. 1117 a 1121), combinando a éstas con el fenómeno de la conexidad contractual a partir del contenido del art. 1120 que tiene por configurada una situación jurídica abusiva “cuando el mismo resultado —nota nuestra, la abusividad— se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos”.

Introduce además la acción preventiva de daños, de grandes posibilidades de aplicación en el universo de los aspectos abarcados por el derecho del consumo (art. 1170 y siguientes).

Finalmente, en el art. 2564 determina la competencia en razón del territorio cuando el consumidor es actor y cuando es demandado.

V. Las modificaciones a la Ley 24.240 por el Código Civil y Comercial

Nos referiremos somera y únicamente a dos de ellas: la reforma del art. 1 y del art. 50 de la ley de defensa del consumidor, dejando de lado la insustancial modificación del artículo octavo y la relativa al artículo 40 bis, por exceder el propósito de este trabajo.

Respecto a la primera, la modificación al art. 1 nos lleva al tema del “expuesto”, que desde el 2008 contemplaba entre los sujetos protegidos “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, personaje conocido en doctrina por la locución anglosajona de “bystander”, entendido como la persona que, a pesar de tener relación con un evento, no toma parte del mismo siendo un observador, pero en el que pueden influir las consecuencias de éste. El “bystander” es, en suma, un

tercero, un expectante, en relación al bien o al servicio y que se encuentra próximo al mismo, pero no protagoniza la relación,⁵ o sea el que está junto al producto o servicio, el que está ubicado cerca, el “circunstante” (quien está alrededor); puede ser totalmente ajeno respecto de quien ha adquirido el objeto de la relación de consumo, pero sufre un daño causado por éste.⁶

Se trata de un caso de “destinatario/usuario no contratante”, que capta debidamente la expansión que puede tener la adquisición de bienes y servicios destinados a ser consumidos.⁷ Es el tercero ajeno a la relación de consumo que sufre un daño como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, por causa de la acción de cualquiera de los proveedores, sus dependientes o las personas que se encontraren bajo su tutela o cuidado.

Considerar el tema de los sujetos amparados hace a la legitimación activa, que no es un seco y abstracto concepto procesal, sino que tiene que ver con la posibilidad de echar mano a remedios efectivos de tratamiento de conflictos y en la especial forma en que están planteados para los temas de consumidores y usuarios.

Es que la cuestión del expuesto involucra a toda la comunidad que nos rodea, a masas de individualidades que pueden ser perturbadas en su seguridad por actos u omisiones unilaterales de los agentes del mercado, por lo que no debemos limitar el análisis a la amplitud que genera esta legitimación, siendo necesario ver más allá, y advertir que es coherente con la esencia del régimen tuitivo consumidor proteger al expuesto, en tanto una de sus finalidades es la de modificar las conductas disvaliosas de los agentes del mercado. Además, esta legitimación es coherente con las aspiraciones de carácter preventivo del régimen tuitivo consumidor y del nuevo derecho de daños, toda vez que procura regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad civil, y controlar el rol cumplido por los agentes que facilitaron o perfeccionaron que esos bienes o servicios estuvieren presentes.

Merece extensión el tema del fundamento de la figura en el deber de seguridad.⁸ La vida en sociedad nos presenta, estemos o no conscientes de ello, como sujetos permanentemente expuestos a situaciones adversas sobre las que no podemos disponer, ni tener gobierno respecto a su acontecimiento o no, en razón que estamos

⁵ Alterini, Atilio Anibal, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, *Revista La Ley*, 09/04/2008, pp. 1.

⁶ Cám. Fed. Córdoba, Sala A, “Aguirre Daniela del Valle c/ Banco Cetelem Argentina s/ Ley de Defensa del Consumidor” (Expte. N° FCB 66004958/2012/CA1), sentencia del 23/6/2015, *El Dial.com* - AA9014.

⁷ Ariza, Ariel, “Desplazamientos del derecho del consumidor en el derecho privado”, *La Ley, Suplemento de Reforma de La Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, 2008, pp. 53.

⁸ Tambussi, Carlos y D’Archivio, María Eugenia, “La socialización del derecho de daños, el deber de seguridad y el expuesto a la relación de consumo”. En Ghersi, Carlos (dir.), *Reparación integral de daños*, Tomo III, Editorial Nueva Tesis, Buenos Aires, 2014, págs. 11-39.

socialmente permanentemente expuestos a aconteceres, sin tener responsabilidad, ni discernimiento, ni consciencia sobre lo que podía suceder, en ocasión de afectarnos algo por ser un sujeto meramente expuesto a la vida en sociedad y por ello, vulnerable a sus acontecimientos.

La situación del expuesto ya había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia Nacional con anterioridad a su incorporación por la Ley 26.361,⁹ cuando en su oportunidad señaló:

El derecho a la seguridad previsto en el Art. 42 de la Constitución Nacional, referido a la relación de consumo, abarca no solo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados -en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol-, por lo que la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes

Pese a todo lo señalado, esa caracterización fue eliminada de la ley de defensa del consumidor por el anexo de la ley aprobatoria del texto unificado, y no se la incluyó en el concepto de consumidor del Código.

El argumento fue que su institución había sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (art. 29), que contempla esta noción en relación con las prácticas comerciales, pero no como noción general y solamente para el caso del expuesto a prácticas abusivas que el Código reformado introduce en el cuerpo normativo, mientras que en la Ley 24.240 el concepto carece de restricciones. Según Álvarez Larrondo¹⁰ resulta parcial la cita que se hace del art. 29 del Código Brasileño, ya que dicha norma se aplica a los Capítulos V y VI, que se refieren a muchos temas más que a las “prácticas abusivas”, y a tales fines equipara como consumidores a “todas las personas determinadas o no, expuestas a las prácticas aquí previstas”. A su vez, agrega que se soslayó considerar el art. 17 de la norma brasileña que en la sección “responsabilidad por el hecho del producto y del servicio” equipara a los consumidores a “todas las víctimas del evento”.

Según los fundamentos del proyecto (hoy Código vigente) la figuración del “expuesto” generó una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. A su vez, se mencionó que la unificación se hacía eco de las observaciones respecto del instituto formuladas por la doctrina (sin aclarar cuál, mientras que como contrapartida profusas opiniones saludaron la aparición del protegido y los pasos dados en su

⁹ CSJN, “Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros”, sentencia del 6/3/2007, SAIJ Id SAIJ: FA07000250.

¹⁰ Álvarez Larrondo, Federico, “El nuevo Código Civil y Comercial. La inconstitucionalidad de la supresión del expuesto a la relación de consumo”, *Temas de derecho comercial*, Año 1, N° 4 (abr. 2015), págs. 47-57.

interpretación jurisprudencial).¹¹ Al igual que respecto del daño punitivo (finalmente no reformado por el nuevo Código) se invocó la falta de jurisprudencia uniforme a su respecto, a tan sólo cuatro años entre la Ley 26.361 y el proyecto de reforma.

Sin embargo, y aun con la desaparición de la figura, entendemos que hoy, por la vigencia del art. 1096 del Código Civil y Comercial subsiste la protección del expuesto a prácticas comerciales, al aplicarse las normas de esa sección “a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales”. Y al estar integrados en la Sección Primera aludida en la norma citada supra, por imperio de lo dispuesto en los arts. 1097 y 1098, puede válidamente interpretarse que el expuesto es merecedor y tutelado en el debido trato digno, equitativo y no discriminatorio, conforme el concepto de dignidad humana emergente de los tratados de derechos humanos (ello, a más de la referencia a la no derogación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor). Coincidimos con Álvarez Larrondo¹² que también se extiende al expuesto el principio de “libertad para contratar” en términos del art. 1099.

El segundo supuesto que enunciaremos es el del artículo 50, que modificado por la ley 26.994 eliminó el plazo trienal para la prescripción de las acciones judiciales, que venía del texto reformado en 2008 que además agregaba que en caso de superposición con los términos establecidos en otras leyes, ha de estarse al plazo más favorable al consumidor o usuario.¹³

Se ha sostenido que en materia de prescripción debe prevalecer una apreciación tendiente a mantener vivo el derecho en caso de duda (principio in dubio pro-consumidor), y buscar favorecer a los usuarios en la medida que se admite el ejercicio de la acción procesal brindándole mayor tiempo del que disponían anteriormente para promover el pleito y resguardar su derecho. Ello así, atento la directa derivación de normas constitucionales que impregnan esa jerarquía a la Ley

95

¹¹ Peral, Santiago José, “La exclusión de la figura del expuesto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, Vol. 13, Agosto de 2015, IJ-LXXXI-311, págs. 211-222.

¹² Álvarez Larrondo, Federico M., “El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil”, *RCyS* 2013-III, p. 5.

¹³ En este tema la reforma fue significativamente provechosa para el consumidor. “Así, por ejemplo, resultan extendidos a tres años los plazos de prescripción liberatoria de las acciones judiciales del consumidor o usuario: (...) en el contrato de transporte acuático interno de pasajeros y de sus equipajes y de cosas, que los artículos 293 y 345 de La Ley 20.094 fijan en un año; en el contrato de transporte aéreo, por daños personales o causados a los equipajes o mercancías, que el artículo 228, inciso 1°, del Código Aeronáutico fija en un año; en el contrato de transporte multimodal, que el artículo 43 de La Ley 24.921 fija en un año; para la acción revocatoria por ‘perjuicio o fraude de sus derechos’, que el artículo 4033 del Código Civil fija en un año; para la acción de nulidad del acto por vicios de la voluntad, que el artículo 4030 del Código Civil fija en dos años (...). También rige el plazo trienal para las acciones del consumidor por responsabilidad extracontractual, ampliando así el plazo bienal del artículo 4037 del Código Civil” (Alterini, Atilio Aníbal, “Las reformas a La Ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después”, op. cit., pp. 1).

de Defensa del Consumidor, conforme el artículo 42 de la Carta Magna, a más de su contenido de orden público en términos de su artículo 65. De allí, su prevalencia sobre los plazos de prescripción obrantes en el derecho común.

A su vez, la aplicación de los plazos prescriptivos de la ley de defensa del consumidor en casos donde había colisión aparente con plazos menores establecidos en normativas de determinados negocios se consideraba también basada en razones constitucionales, que llevan a concluir en que la especialidad está dada por la relación de consumo, por lo que, en materia de plazos de prescripción contenidos en leyes generales y especiales, éstos se encuentran sometidos a lo prescripto en la Ley 24.240. Ello así, por cuanto la norma constitucional del artículo 42 ha creado un sistema autónomo que se proyecta sobre todo el orden jurídico y siendo entonces especial la Ley 24.240 por comprender el negocio general regulado en una relación de consumo, prevalece como estatuto específico y como norma más favorable. La especialidad radica en la relación de consumo en sí misma,¹⁴ y si de la normativa de consumo surge un plazo más extenso para la prescripción liberatoria del proveedor, se exige en norma más beneficiosa.

La reforma del Código decidió desandar el camino del 2008 en este punto, que proporcionaba una tutela adecuada al consumidor, y establecía un plazo razonable y suficiente para interponer las acciones.

96

Analizar la prescripción, desde el punto de vista de la justicia y de la equidad, debe tener en cuenta que es el resultado de un ejercicio ideológico. Se trata, dentro de parámetros razonables, de determinar el tiempo durante el cual se puede ejercer una acción (o de otra manera, regular la extinción de las obligaciones civiles), en aras de la seguridad jurídica y estando en juego el acceso a la justicia en caso de que los plazos sean exiguos.

El argumento invocado para la reforma fue, conforme los fundamentos del proyecto, “el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común”. Esto se complementa, en materia de interpretación, con “un ‘dialogo de fuentes’ de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes”.

Con la modificación, el plazo trienal quedó solamente para las sanciones administrativas, que es lo que se regulaba en el artículo 50, ubicado en el Título II de la Ley 24.240, Capítulo XII, “procedimiento administrativo y sanciones”, crítica de sistemática que en su oportunidad se había efectuado a la Ley 26.361, pero que

¹⁴ CNCiv, “Sáez González Julia del Carmen c/ Astrada Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, sentencia del 12/3/2012, *Microjuris* MJ-JU-M-70925-AR/MJJ70925/MJJ70925.

a nuestro juicio no disminuía la importancia de contar con un plazo específico en la norma especial, más allá de su ubicación en un capítulo u otro. Las dudas no se generaron por su confusión con las actuaciones administrativas, sino por aquellas posiciones refractarias del régimen tuitivo que buscaron morigerar la aplicación del plazo trienal y del principio de la norma más favorable.

Para las acciones judiciales, la eliminación del plazo de la ley especial obliga a remitirse a las normas comunes sobre prescripción liberatoria, obrantes en Título I, Libro Sexto del Código Civil y Comercial.

Estas son:

- Plazo genérico de prescripción de cinco años (art. 2560);
- Daños derivados de responsabilidad civil, tres años, sin distinción de órbita contractual o extracontractual (art. 2561);
- Contrato de transporte 2 años, sin distinguir si involucra o no relación de consumo (art. 2562);
- Vicios redhibitorios, 1 año (art. 2564, inciso a).

Por lo que se advierte que el codificador por un lado considera a los contratos de consumo como un tipo específico y caracterizado de los contratos, y por el otro no plasma esa distinción a la hora de fijar los plazos prescriptivos, y deja la polémica abierta respecto a los casos en que hay relación de consumo verificada en supuestos concretos con plazos de prescripción específicos que pueden ser más cortos, aniquilando el principio legislativo eliminado del art. 50 que mandaba resolver la cuestión por la aplicación de la norma más favorable, al señalar que cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario, que dicho sea de paso estaba en línea con el art. 3 del mismo ordenamiento, por el cual se plasma el *in dubio pro consumidor*.

Desde ese punto de partida, la eliminación del plazo prescriptivo de la ley especial no aparece con justificación alguna, cuando se han mantenido otros plazos de prescripción en leyes especiales, como la Ley de seguros 17.418.

Hemos sostenido que, si se hubiera querido extender el plazo de prescripción, directamente se hubiera modificado un número en el artículo 50, y reemplazado el tres por el cinco. Se desvanece aún más el progreso logrado por el art. 50 cuando empezamos a ver las excepciones que surgen del mismo Código al plazo genérico de cinco años, la existencia de plazos menores para asuntos que claramente pueden involucrar relaciones de consumo, y a la eliminación de la aplicación del principio de norma más favorable en materia prescriptiva cuando aparece confrontación con plazos especiales de otras leyes.

VI. El proyecto de Código de Defensa del Consumidor

En el marco del Programa Justicia 2020 y con la iniciativa de los Ministerios de Justicia y Producción y Trabajo de la Nación, se formó una comisión en el año 2017 para elaborar un anteproyecto de reforma a la Ley 24.240, hoy proyecto de Código de Defensa del Consumidor.¹⁵

Era necesario que la norma recibiera, después de 25 años, una adaptación a los tiempos con las nuevas modalidades de consumo no contempladas en su gestación.

Las sucesivas reformas afectaron en alguna medida su sistemática y su método de exposición de los temas, por lo que también se buscó darle un nuevo orden más claro y apto para el intérprete y el público en general. A su vez, la irrupción del Código Civil y Comercial de la Nación significó un espaldarazo de gran porte para el derecho de consumo que hizo necesaria también un “acompañamiento” de la normativa con el cuerpo codificado.

Los grandes ejes del proyecto son:

- La incorporación de la categoría de consumidores hipervulnerables y regreso de la figura del expuesto a la relación de consumo en una nueva configuración.
- La consagración de los principios al cuerpo normativo, incluyendo los tradicionales del régimen tuitivo consumidor e incorporando los resultantes de su evolución y consagración como derecho humano: no regresividad, consumo sustentable, acceso al consumo, dignidad, no discriminación, entre otros.
- Recepción del diálogo de fuentes para la integración normativa de las normas de consumo con los demás ordenamientos que rigen servicios o negocios determinados.
- Un desagregado más extenso, profundo y protectorio del derecho a la información, entendido como uno de los que más compensa las asimetrías de la relación de consumo.
- Caracterización, especificación y tipificación no cerrada de las prácticas abusivas.
- Recepción del derecho provincial incorporando en el trato digno la atención personalizada y las leyes de espera.
- Profundización de la igualdad de “armas” y de trato en materia de servicios públicos domiciliarios y articulación de la tarea de las autoridades de aplicación con los entes reguladores.

¹⁵ Presentado en diciembre de 2018, el marco del Programa Justicia 2020 en trámite parlamentario por ante la Cámara de Diputados de la Nación y resultado del trabajo de una comisión formada por abogados de la matrícula, académicos, autoridad de aplicación, magistrados, provenientes de distintas provincias. La integran Gabriel Stiglitz, Fernando Blanco Muiño, Carlos Hernández, Belén Japaze, Sebastián Picasso, Leonardo Lepiscopo, Gonzalo Sozzo, Federico Ossola, Roberto Vázquez Ferreyra, María Eugenia D'Archivio, Javier Wajntraub y el autor de este trabajo.

- Fijación de políticas públicas para las autoridades en general y la de aplicación de la ley.
- Incremento de la protección de la relación de consumo en todas sus etapas, y resistemización de la protección contractual del consumidor.
- Regulación y respuesta al problema del pagaré de consumo.
- Inclusión de las primeras normas relativas al sobreendeudamiento del consumidor, con agravamiento del deber de información y el principio del préstamo responsable.
- Profundización del derecho de daños incluyendo el principio preventivo, la responsabilidad por productos defectuosos, los riesgos del desarrollo, interpretación restrictiva de la culpa de la víctima como eximente, entre otros aspectos.
- Solución y planteo de una posición respecto de la deficiente técnica legislativa del vigente art. 52 bis y toma de posición respecto a la naturaleza jurídica y presupuesto de aplicación del daño punitivo y destino de los fondos.
- Regreso del plazo de prescripción trienal y clarificación de su vigencia como norma más favorable en caso de superposición con otras normas o el mismo Código Civil y Comercial que contemplen plazos menores.
- Rediseño institucional de la autoridad de aplicación nacional, concebida como ente autárquico y con funcionarios a cargo seleccionados por concurso, recuperando el trámite administrativo de denuncias y la instancia conciliatoria. Clarificación y ampliación del daño directo en sede administrativa y sujeción de los montos de las multas a parámetros actualizables automáticamente.
- En las acciones individuales, clarificación de las normas de competencia en razón del territorio para los casos de consumo conforme el Código Civil y Comercial, toma de posición por la gratuidad amplia incluyendo costas salvo temeridad o malicia. Regulación precisa del rol del Ministerio Público Fiscal.
- Primeras regulaciones sistemáticas sobre acciones colectivas respondiendo a las sentencias exhortativas de la Corte Suprema en el mismo sentido.
- Contemplación legislativa del Consejo Federal de Consumo.

99

En particular, el “expuesto” regresa en el artículo segundo, con una extensión aproximada a la que fuera derogada: la norma reza que “el presente Código es aplicable a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo a consecuencia de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y el deber seguridad”.

También se clarifica el tema de la prescripción, en su art. 138:

Acciones judiciales. Las acciones judiciales para el ejercicio de los derechos de consumidores prescriben en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción menores, rige el plazo establecido en este artículo. El curso de la prescripción se interrumpe

por la iniciación de actuaciones administrativas, efecto que se mantiene hasta la terminación de esta instancia. Las acciones judiciales promovidas por proveedores en contra de consumidores prescriben en los plazos establecidos en las leyes generales o especiales, excepto que éstos sean superiores a tres (3) años, caso en el cual se aplica el plazo trienal.

VII. Colofón

Hemos reseñado en este trabajo la relación entre la ley de defensa del consumidor y las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, aspecto sobre el cual concluimos que el efecto de la coexistencia es, con las críticas apuntadas, de saldo beneficioso para el derecho de usuarios y consumidores.

En estos tiempos donde ya ha sido modificado el Código, resulta ahora necesario que la Ley 24.240 reciba después de 27 años y, aun con sus reformas, una adaptación a los tiempos con las nuevas modalidades de consumo no contempladas en su gestación sin disminuir ninguno de los niveles protectorios alcanzados y preservando sus institutos, a la par que otorgar soluciones a los retrocesos que en nuestra opinión hemos señalado. Y a su vez es la oportunidad para la incorporación de muchas herramientas protectorias nuevas, resultado de la necesidad de atender nuestra realidad, sin dejar de abreviar en el derecho comparado, los estándares internacionales y el desarrollo jurisprudencial, entre muchos otros avances incluidos en el proyecto de ley.

Las sucesivas modificaciones del estatuto especial afectaron en alguna medida su sistemática y el método de exposición de los temas, por lo que también necesita un nuevo orden más claro y apto para el intérprete. A su vez, el aporte del Código Civil y Comercial hace oportuno también un “acompañamiento” de la normativa con el cuerpo codificado en lo que este trae de innovación y ampliación de derechos.

VII. Referencias bibliográficas

Alterini, Atilio Anibal, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, *Revista La Ley*, 09/04/2008, págs. 1 y ss.

Álvarez Larrondo, Federico, “El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil”, *RCyS* 2013-III, págs. 5-53.

_____, “El nuevo Código Civil y Comercial. La inconstitucionalidad de la supresión del expuesto a la relación de consumo”, *Temas de derecho comercial*, Año 1, N° 4 (abr. 2015), págs. 47-57.

Ariza, Ariel, “Desplazamientos del derecho del consumidor en el derecho privado”, *La Ley, Suplemento de Reforma de La Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, 2008, págs. 49-56.

Mosset Iturraspe, Jorge, “Otra muestra del Derecho Privado Constitucional: la Constitución avanza sobre los privilegios concursales”, *Suplemento de Concur-sos y Quiebras*, Ed. La Ley, septiembre de 2004.

Nikken, Pedro, “El Concepto de derechos humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, págs. 15 y ss.

Peral, Santiago José, “La exclusión de la figura del expuesto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios*, Vol. 13, Agosto de 2015, IJ-LXXXI-311, págs. 211-222.

Taboada, Marcelo, “En torno a La Ley de defensa del consumidor y a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo”, *La Ley*. 1994-A, págs. 766-784.

Tambussi, Carlos, “El control de convencionalidad. Un deber de los jueces”, *Microjuris*, MJ-DOC-6622-AR.

Tambussi, Carlos y D’Archivio, María Eugenia, “La socialización del derecho de daños, el deber de seguridad y el expuesto a la relación de consumo”. En Ghersi, Carlos (dir.), “*Reparación integral de daños*”, Tomo III, Editorial Nueva Tesis, Buenos Aires, 2014, págs. 11-39.

