

**DERECHO DEL CONSUMIDOR. – ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE
LA REFORMA DE LA LEY 24.240 por la Ley 26.361**

Claudia R. Brizzio *

1. Introducción. 2. Incorporación progresiva del Derecho del consumidor al Derecho común. 3 El sistema estatutario. 4. El concepto de consumidor. 5. Las profesiones liberales. 6 El subconsumidor. 7 Ampliación de la legitimación activa. 8 Criterios de interpretación. 9 Las libertades contractuales y la ley 26.36. 10 Ampliación de la imposición de obligaciones precontractuales. 11 Consentimiento demorado. 12 Consentimiento revocable. 13 La ley 26.361 y el formalismo. 14 Obligaciones postcontractuales. 15 Formación del contrato. 16 Servicios públicos domiciliarios. 17 Implementación de la reparación por daños- La cuestión de la procedencia de los daños punitivos- 18 Corrección de la iniquidad en los contratos de contenido predispuesto. Cláusulas abusivas. 19 Vicios redhibitorios. 20 Prescripción. 21. Conclusiones.

1- Introducción-

Conforme a la postura liberal individualista, la defensa del consumidor implicaría una suerte de actitud paternalista, impropia en una sociedad en la que rigen las reglas del mercado; el consumidor, quien debiera ser una persona anoticiada, instruida e informada, por lo cual no tendría necesidad de ayuda o colaboración de terceros. En cambio, en la etapa post-industrial o de la "civilización técnica", el consumidor de bienes y servicios se encuentra protegido y las empresas controladas¹.

En el "Programa preliminar para una política de protección y de información a los consumidores" de la Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea), del 14 de abril de 1975, se precisó que "en lo sucesivo, el consumidor no será considerado solamente como comprador o usuario de bienes o servicios para su uso personal o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor". Se refiere de ese modo al consumidor en sentido abstracto; al interés de todo ciudadano de tener una

* 2009. Material para la cátedra de Contratos (Facultad de Derecho UNMdP) *on line* en www.ejuridico-brizzio.com

adecuada calidad de vida, y de conseguir en el mercado los bienes y servicios en las mejores condiciones posibles.

El derecho del consumidor es el ordenamiento jurídico de las necesidades de bienes y servicios, y del modo de satisfacerlas en un mercado caracterizado por la escasez.²

Sin embargo, es preciso destacar las diferencias que existen entre el consumidor como sujeto de derecho dentro de un sistema estatutario, del que es considerado en la orbita de otras ramas de derecho y en tanto persona humana. Sobre este aspecto, la ley 26.361 mantiene el mismo criterio que la ley 24.240.

En tanto que el Derecho Civil, se ocupa de la persona humana dentro del ámbito de la sociedad civil, y regula actos jurídicos relacionados con el patrimonio, que tienen como paradigma a la autonomía de la voluntad, el Derecho Comercial, por su parte, ha sido tradicionalmente - y sigue siéndolo- el Derecho de los comerciantes, y no sólo se ocupa de regular las relaciones de ellos entre sí, sino que avanza por sobre el hombre común, al que abarca mediante los actos unilateralmente mercantiles (artículo 7, Código de Comercio).

Lo primero que resalta en cuanto a sus diferencias, es la diversa función económica que tienen las operaciones comerciales y financieras de los empresarios, por una parte, y las adquisiciones de productos y servicios efectuados por los consumidores, por la otra. Esto revela sin lugar a dudas la contraposición de intereses, que el solo juego del mercado tiende a resolver a favor de los empresarios.

Porque para el consumidor lo importante no es la adquisición del valor de uso de las mercaderías para su posterior reproducción o transformación en valor de cambio (artículos 2, 8, inciso 1º, 451, Código de Comercio); sencillamente, el consumidor adquiere el valor de uso de la mercadería para su utilización y goce, con vistas a satisfacer sus necesidades individuales, o las de su grupo familiar o social.

El Derecho tradicional partía de la concepción de sujetos económicamente iguales, con un poder de negociación similar, que los llevaba a pactar en igualdad de condiciones,

¹ MOSSET ITURRASPE J.- LORENZETTI, R., *Defensa del consumidor*, Bs. As. 1993, Pág. 19)

² MOSSET ITURRASPE J., *Introducción al Derecho del consumidor*, en Revista de derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni , t.5, pág. 9)

logrando un equilibrio, o sea a contratar en un plano de justicia, buscando en paridad un intercambio razonable³.

Dentro de este contexto, la función del Estado a través de las normas legales emanadas del legislador y la de los tribunales, era exclusivamente la de proteger y posibilitar la actuación de las voluntades libres.

En el nuevo contexto ideológico, político y económico de los últimos cincuenta años, se destacan dos líneas conceptuales respecto a la orientación general de los sistemas de Derecho privado de los países occidentales.

Por una parte, el nuevo humanismo logra asentarse con firmeza en el plano superior de las Constituciones occidentales, y entiende que el hombre-persona, la personalidad como objeto de la dignidad, constituye un valor jurídico normativo, y no ya un mero concepto metafísico; ese valor normativo es concebido como exigencia del programa de objetivos del nuevo Derecho. Un nuevo Derecho Privado que ya no puede seguir siendo apolítico y “distanciado del Estado”, y que reorientado por el valor normativo del humanismo, evoluciona rápidamente hacia la “solidaridad social”⁴.

La normativa de defensa del consumidor se ha venido gestando en nuestro país desde 1986, partiendo de la presentación del primer Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor. Posteriormente se presentaron otros proyectos, y después de diversas modificaciones en ambas Cámaras, se aprobó el Proyecto que dio lugar a la ley 24.240, el 22 de setiembre de 1993.

Es preciso hacer notar que fue con posterioridad a la sanción de esta ley, que la Constitución recepta la protección específica al consumidor como tal. Ello se materializa tras la reforma de 1994, que dispone en lo pertinente que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, con relación al consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos (...), a condiciones de trato equitativo y digno”, y prevé la actuación estatal para proveer a “la protección de esos derechos (artículo 42).

³ MOSSET ITURRASPE J. LORENZETTI, R., ob. cit., pág. 21)

⁴ FONT GALAN J. I. “Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor” Madrid 1990, pág.26)

Ese texto constitucional procura la prevención y solución de conflictos, así como el acceso a la justicia; otorga acción de amparo en resguardo de los derechos de los consumidores y usuarios, y a tal efecto concede legitimación activa “al afectado, al defensor del pueblo y (a) las asociaciones que propenden a esos fines” (artículo 43).

El objeto de este trabajo es resaltar algunas de las modificaciones más relevantes que introdujo la ley 26.361⁵

2. Incorporación progresiva del Derecho del consumidor al Derecho común.

Existe sin lugar a dudas una migración de las disposiciones propias de los contratos de consumo, contenidas en su origen en estatutos particulares, que van siendo incorporadas a los Códigos: por ejemplo, el Código Civil peruano de 1984, regula los contratos por adhesión y los sujetos a cláusulas generales de contratación (artículos 1390 y 1401); el nuevo Código Civil holandés de 1992 - en el Título sobre “compra y permuta”- regula los derechos del consumidor con preceptos particulares (artículos 5, 6, 7), excluyendo de su ámbito tuitivo a “aquellos contratos que se refieren a un bien registrable, o agua o gas suministrado por conductos al consumidor” (artículo 5-3).

En la Argentina, las normas que introdujo la ley 24.240 fueron anticipadas por el Proyecto de Código Único de 1987 y por los Proyectos del Poder Ejecutivo y de la Cámara de Diputados de 1993, los que previeron incorporar sus normas al Código Civil.

Asimismo, la noción de consumidor se va incorporando poco a poco en la regulación de los contratos en los códigos, los cuales regulan de manera distinta a la parte no profesional – que adquiere bienes o servicios, no para incorporarlos al circuito productivo, sino para satisfacción de necesidades- de la parte profesional. Estructuran un régimen de carácter protector de la parte más débil en la contratación, como por ejemplo el Código Civil italiano, que establece un régimen diferente para la interpretación de los contratos, según una de las partes sea profesional, o no lo sea

⁵ La ley 24.240, fue modificada por las leyes 24.568, 24.787, y 24.999)

(artículo 1368); el nuevo Código Civil holandés hace lo propio cuando prevé normas especiales para la “compra de consumidores” (Libro 7, artículos 5, 6 y 7).

3- El sistema estatutario-

Un estatuto es una regulación acotada, limitada en cuanto a la persona a las cuales va dirigida. El sujeto del estatuto no es una persona abstracta sino alguien muy concreto y particularizado en cuanto a su quehacer o actividad, en este caso, el consumidor⁶.

Los estatutos no se limitan a la regulación jurídica de una determinada relación, sino que implementan un sistema de tutela, de protección a todos los sujetos pertenecientes a la categoría respectiva, desde la mayoría posible de enfoques. En esta función específicamente protectora, es acotado el dogma liberal individualista de la autonomía privada, con la consiguiente fuerza imperativa de los acuerdos, y se deja de lado a los instrumentos típicos del Derecho privado de la economía del *laissez faire*, alterando la estructura simétrica y equitativa del mercado. Un ejemplo de legislación con carácter estatutario lo encontramos en la ley de contrato de trabajo 20.744, en la que el sujeto protegido es *el trabajador*.

Las normas estatutarias tienen carácter de orden público, con su propia imperatividad. Pero el estatuto avanza hacia el Derecho Público, pues no parte de la igualdad y la libertad de las personas cuya actividad regula, sino que trata de "lograr esa igualdad" o posibilitar una mayor libertad.⁷

En el sistema clásico el acto contrario a una norma de orden público es nulo. En la concepción moderna de orden público, se agrega a la nulidad la exigencia de obrar ciertas conductas impuestas legalmente; se trata del denominado orden público económico, que procura imponer de manera positiva cierto “contenido contractual”, tomando en cuenta el cambio de bienes y servicios en sí mismos⁸.

⁶ MOSSET ITURASPE J.- LORENZETTI R., “ *Defensa del consumidor*”, Bs. As. 1993, Pág. 16)

⁷ MOSSET ITURASPE J.- LORENZETTI R., ob. cit., pág. 17).

⁸ GHESTIN, J. “ *Traité de Droit Civil: Les obligations. Le contrat*”, Paris, 1980, N°113)

El orden público económico puede ser concebido en una doble acepción: en cuanto orden público económico de protección, tiende a proteger a una de las partes y a mantener el equilibrio interno del contrato; en cuanto orden público de dirección, es instrumento para llevar a cabo ciertos objetivos económicos, lo cual da lugar a la regulación de cuestiones referidas al derecho cambiario, comercio exterior, o al sistema tributario, como un modo de lograr objetivos supraindividuales y en detrimento de la concepción absoluta de la autonomía de la voluntad.

En los sistemas económicos que postulan una mayor libertad de mercados, el orden público económico de dirección es llevado a su mínima expresión; el Estado deja a las partes que regulen a su arbitrio el contenido de los contratos y le otorga fuerza jurídica a tales estipulaciones. Pero aún en estos casos, el orden público de protección subsiste mediante “precauciones legislativas” que tienden a proteger y a afirmar los postulados de la libertad negocial, mediante la restauración de este libre albedrío del lado en que era amenazado.⁹

Es indudable que la legislación de protección al consumidor se ubica dentro del orden público económico de protección: el objeto de la ley 24.240 es “la defensa” del consumidor (artículo 1); consagra una regla interpretativa – tanto de la ley como del contrato- favorable al consumidor y contiene normas de intervención contractual que apuntan a lograr un equilibrio en la contratación ante la inferioridad estructural del consumidor en el mercado (artículos 1 y 37).

La idea de protección es derivada de la evidencia de la “inferioridad de los profanos respecto de los profesionales”, los cuales tienen una superioridad considerable en a las relaciones contractuales¹⁰. De ello se ha extraído la idea de protección al *débil jurídico*, como uno de los postulados del Derecho moderno; incluso en el derecho anglosajón, en el cual se toma en cuenta el desequilibrio del *bargaining power* (poder de negociación) de las partes.

⁹ REMY, Ph., “*Droit des contrats: questions, positions, propositions*”, en CADIET R. (coordinador), “*Le droit contemporaine des contrats*”, N° 26, Paris, 1987).

¹⁰ GHESTIN, J. ob. cit. N° 59, cit. en ALTERINI, A.A. “*Los contratos de consumo*”, La Ley 7/10/93, pág. 3)

4- El concepto de consumidor-

Para precisar el ámbito de aplicación de la legislación respectiva, es preciso delimitar quién es el consumidor. Tal como lo expresáramos en trabajos anteriores, algunas legislaciones se basan en elementos subjetivos, y otras en elementos objetivos:

1- La **concepción objetiva** tiene un elemento positivo y uno negativo: el elemento positivo consiste en la exigencia de que el acto de intermediación sea realizado por un profesional del comercio; el elemento negativo atañe al sujeto consumidor. Conforme al artículo 1 de la ley 24.240, ésta comprende a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:

a) la adquisición o locación de cosas muebles;

b) la prestación de servicios;

c) la adquisición de bienes inmuebles nuevos destinados a vivienda, (incluso los lotes de terreno), cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.¹¹

2- la **concepción subjetiva** considera consumidor al que destina la adquisición a su uso personal o familiar, pero la calidad profesional del intermediario resulta indiferente.

La ley argentina 24.240 adoptó el criterio objetivo, el que resulta claro del enunciado del art. 2º " Proveedores de cosas o servicios. Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aún ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios.

¹¹ La Cámara Nacional de Apel. En lo Civil Sala G, dictaminó al respecto que "...-Es equiparable la suscripción de un acta de adhesión de socios para un emprendimiento inmobiliario a los contratos onerosos con relación a inmuebles, contemplados en el art. 1º de la ley 24.240 de defensa del consumidor. Por tanto, siendo un contrato con cláusulas predisuestas debe ser interpretado a la luz de los principios rectores de la citada norma, es decir, en el sentido más favorable al consumidor, pues en tales convenios se evidencia un contraste de manifiesta superioridad frente a otro en clara desventaja, pues el primero es quien impone las condiciones generales traducidas en formularios uniformes y redactados unilateralmente. (Montoto César Rodrigo c/ Tarraubella Emprendimientos Urbanos S.A. y otro s/ resolución de contrato, 27-06-2008)

Asimismo, no tendrán- para le ley 24240- el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. La legislación sigue el criterio de la Unión Europea.

La nueva ley 26.361, hace extensiva también su aplicación a los bienes o servicios adquiridos en forma *gratuita*, además de la onerosa; y hace especial referencia a la adquisición de “derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”. Encontramos poco feliz la redacción actual que implica establecer una analogía como la que sugiere esta última expresión de *figuras afines*, ya que existen sustanciales diferencias entre estos tipos contractuales atípicos, generando a nuestro entender, incertidumbre acerca de la nota común que las convierte en “relaciones de consumo por afinidad”. El Decreto reglamentario 1798/94 refiere en su artículo 1º que “Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios” (por ejemplo: muestras gratis).

La ley actual no refiere a las características que deberá tener la adquisición de bienes inmuebles, pero sigue vigente el decreto Reglamentario 1798/94. El mismo decreto expresa que se “entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado.” (Anexo I, Art. 1º, c).

El sistema estatutario de protección de Defensa del Consumidor no se aplica a:

- El adquirente de bienes o servicios a título gratuito, salvo que lo sean dentro del marco de una relación de consumo¹², es decir, como método o mecanismo para atraer a potenciales consumidores indeterminados (art. 7).
- No son consumidores los que vuelven los bienes al proceso económico¹³;

¹² El Decr. Reglamentario 1798 (art. 2) expresa que “ se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, producción, comercialización o prestación a terceros cuando se relaciones con dichos procesos, sea de manera genérica o específica”

¹³ “*Ottaviani J. C/ Bco. Credicoop Coop. Ltda*”. , Juzg. Civ. y Com. N° 9, Mar del Plata.

Si bien el énfasis está puesto en el consumidor final, la nueva ley “considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar, y a quien de cualquier manera está expuesto a una *relación de consumo*.”

La doctrina se refirió a esta situación de exposición de particular debilidad frente a situaciones en las que el profesional utiliza mecanismos de venta que, considerados individualmente no serían reprochables, pero que por el mecanismo utilizado pudiera resultar sorpresiva para el consumidor. Con este sentido, el Decreto 561/99¹⁴, incluyó dentro de la modalidad de venta domiciliaria o *directa la contratación que resulte de una convocatoria al consumidor al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objeto de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación*.

Se cuestiona que la nueva ley siga refiriéndose a “bienes “y “servicios”, porque el crédito del consumidor a la prestación de los servicios también es un bien (art. 2312 Cód. Civi.) pues el obligado debe “ejecutar el hecho” comprometido (art 625, Cód. Civ.) en calidad de “objeto de un derecho” del acreedor (nota al art. 896 Cód. Civ.).

Para el autor que señala esta discrepancia, habrá que entender que consumidor, es quien adquiere cosas o servicios ¹⁵

La ley 24.240 excluyó de su ámbito de aplicación los contratos realizados por proveedores cuyo objeto sean cosas usadas (art. 2), pero la ley 26.361 nada dice al respecto en el nuevo artículo 2; sin embargo se incluye este tipo de productos, toda vez que se prevé esta situación al regular que *la garantía legal tendrá vigencia por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados*”, lo que nos despeja toda duda sobre la inclusiones de dichos bienes en la actualidad.

¹⁴ Que modificó el Decreto N° 1798/94

¹⁵ Alterini, A.A., *Las reformas a la ley de Defensa del Consumidor. Primera lectura, 20 años después*. LL 2008-B, 1239.

El Derecho extranjero tipifica la figura del consumidor de diferentes maneras:

a) Para el Código de Defensa del Consumidor brasileño (artículo 1): "consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final"; pero, claro está, la relación de consumo supone la existencia de un "proveedor que desenvuelve actividades de producción o comercialización de productos, o prestación de servicios (artículo 3).

La ley del consumidor peruana de 1991 comprende a quienes "se dediquen en establecimientos abiertos al público, en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios (artículo 1).

En Uruguay, la ley 17.250 de Relaciones de Consumo ¹⁶, trata como consumidor a "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. No se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización" (Art. 2º) ¹⁷. Para la misma legislación, es proveedor "toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo." (art. 3º).

En México, la ley de protección al consumidor de 1992 abarca a la persona que "habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos o servicios" (artículo 1).

La ley sobre protección de los derechos de los consumidores chilena de 1997 incluye a las personas "que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores, por las que se cobra precio o tarifa" (artículo 1).

¹⁶ Del 11 de agosto de 2000

¹⁷ Decreto número 244/000 de 23 de agosto de 2000.

El nuevo Código Civil holandés de 1992 define como “compra del consumidor” a la realizada de una cosa mueble, que celebran un vendedor que actúa en el ejercicio de una profesión o empresa, y un comprador, persona física, que no actúa en el ejercicio de una profesión o empresa (Libro 7, Sección I, artículo 5).

5- Las profesiones liberales.

Con relación a los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, la ley 24.240 no incluía a las prestaciones otorgadas por estos profesionales dentro de las relaciones o contratos de consumo, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento” (art. 2º, párrafo 2do).

Esta cuestión dio lugar a un debate legislativo que generó posiciones encontradas entre quienes entendían que no existía ninguna diferencia ontológica entre estas prestaciones y las ofrecidas por un proveedor de servicios que no tuviera estas características. Se impuso la posición de la Cámara de Senadores, que estableció en su nueva redacción que: “ No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello (Ley 26.361, art. 2, párr. 2º), manteniendo la solución prevista en la ley anterior con respecto a la inclusión de la publicidad que se haga del ofrecimiento de tales servicios profesionales (ley 24.240, art. 2º *in fine*).

Sin embargo, la nueva ley prevé un mecanismo de presentación de denuncias, que no se vinculan con la publicidad a que hicimos referencia, que podrán ser efectuadas por los usuarios y consumidores ante la autoridad de aplicación de esta ley. Será ésta última quien informará al denunciante sobre el ente que controle la matrícula del profesional denunciado a los efectos de su tramitación (ley 26361, art. 2º *in fine*).

6.- El subconsumidor.

Hay consumidores que se encuentran en una situación particularmente más frágil que el promedio. Esta situación puede generarse por la calidad del sujeto, que estaría en una situación particularmente desventajosa en el momento de contratar, como pueden serlo los niños y las personas de mayor edad; esto último independientemente del estado de lucidez del sujeto, es decir, aún cuando se trate de un sujeto en pleno uso de sus facultades mentales.

La doctrina actual separa y diferencia de la categoría del consumidor a la del subconsumidor, abarcando a consumidores que desde un punto de vista subjetivo se considera que se encuentran en una particular desventaja, sobre todo cuando se trata de artículos de primera necesidad, para los más carenciados como en el caso del consumo de un niño¹⁸.

Pero también podemos ser *subconsumidores* desde un punto de vista objetivo; ello implica que nos encontramos en situación de significativa inferioridad no por las condiciones subjetivas del sujeto, sino por las características “particularmente complejas” del objeto del contrato. En esta situación se encontraría, por ejemplo, el consumidor de productos medicinales de venta libre, o de elementos de alta tecnología para uso personal, entre otros. La Directiva de la Unión Europea¹⁹ relativa a la seguridad general de los productos, prevé en sus considerandos que esta característica debe evaluarse teniendo en cuenta todos los aspectos pertinentes, en particular las categorías de consumidores que pueden ser especialmente vulnerables a los riesgos que presentan los productos en cuestión, en particular los niños y las personas mayores (8.)

Atendiendo a la calidad del sujeto, y con el mismo criterio, las personas con escasos recursos económicos, los niños, los ancianos, y aquellos con una instrucción elemental, son más débiles que el *modelo*. Desde un punto de vista objetivo hay determinadas áreas del mercado que son particularmente más complejas que otras, y por

¹⁸ ROPPO, cit. por POLO E., “*La protección del consumidor en el derecho privado*”, p. 30, nota 2, Madrid, 1980.

¹⁹ 2001/95/CE,

lo tanto el consumidor se encuentra más expuesto.²⁰ El juez, sin perjuicio de la interpretación típica, debe ser sensible a estas situaciones especiales.

7 - Ampliación de la legitimación activa.

El sistema frecuentemente abarca también a quienes no son consumidores por la calidad de adquirente de la cosa o servicio, sino porque, como lo agrega la ley 26.361 “... se parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella [...] y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (art. 1 *in fine*).

Tanto el Código de defensa del consumidor brasileño (artículo 17) como la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) 83/374/CEE del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad civil derivada de productos defectuosos (artículos 1 y 9) otorgan acción por daños al tercero damnificado por un producto o un servicio.

Uruguay también contempló la inclusión de la “relación de consumo”, como es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final. La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo. (ver: Decreto número 244/000 de 23 de agosto de 2000.)

Se pone de manifiesto de este modo una tendencia expansiva del sistema, pues la protección al consumidor se refiere fundamentalmente a la protección del individuo particular.²¹

8.- Criterios de interpretación.

²⁰ Las “Jornadas sobre responsabilidad civil de productos fármaco-medicinales” realizadas en la ciudad de Morón, Prov. de Buenos Aires en 1987, propiciaron la “prohibición absoluta de la publicidad de productos farmacéuticos y medicinales de venta libre a través de medios masivos de comunicación” – Rec. III. I, Com. 5; ver también STIGLITZ, G., “*Publicidad de fármacos, automedicación y defensa del consumidor*”, en La Ley, 1987-C. 721)

²¹BERCOVITZ, R., “*Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*”, Madrid, 1987, ALTERINI, A.A., “*Los contratos de Consumo*”, en La .ley, 7/10/93, pág. 3)

En materia de interpretación de las normas de protección, la ley 24.240 refería en su artículo 3° que las disposiciones de ésta se integrarían con las normas previstas las leyes de Defensa de la Competencia (N° 25.156)²² y de Lealtad Comercial (Ley 22.802).

Además, proporcionaba un criterio de interpretación de los contratos o las cláusulas de éstos, amparados por este sistema, estableciendo que “En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.”

El nuevo artículo 3° de la ley 26.361 trata concretamente no sólo de una relación contractual determinada, sino de la “relación de consumo” como presupuesto adicional a la aplicación de la este sistema de Defensa del Consumidor.

Un párrafo aparte merece el tratamiento que la reforma realiza con referencia a la interpretación del sistema. Porque si bien el art. 3° de la ley 24.240 mencionaba ya los criterios de integración mencionados anteriormente, agregaba luego un párrafo específico en el que expresaba que “En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.

A la regla en favor de la interpretación, se agrega la regla de *favor debitoris*: “en caso de dudas en cuanto a los alcances de la obligación” del consumidor, se estará a la que sea menos gravosa (artículo 37, párr. 2°, ley 24.240). En Argentina se propicia con mucha insistencia la incorporación de estas soluciones al Código Civil.²³

²² En su Art. 1° establece que : “Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general...”

²³El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1992, en materia de “interpretación de contratos”, prevé que “ las cláusulas ambiguas deberán interpretarse a favor de la parte que dispusiere el menor poder contractual”...(art. 935); con respecto a los contratos por adhesión, las cláusulas ambiguas serán interpretadas en contra del predisponente (art. 936); el Proyecto de Código Único de 1987 que le sirvió de fuente, estableció que “ Se presumiría su liberación si es dudosa la existencia de una obligación a su cargo; cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa – art. 1197 ap. 3°, inc. d; ver en STIGLITZ R. – STIGLITZ G. “Reformas al Código Civil, Directores ALTERINI A.A.- LOPEZ CABANA R., “Reformas al Código Civil” (Directores), Bs. As. 1993, T. 5, pág. 187 y ss.).

En Derecho comparado, la Directiva 93/13/CU prevé la “interpretación más favorable para el consumidor” (artículo 5). El Código Civil italiano, al tratar de la interpretación del contrato que contiene cláusulas ambiguas, establece en el art. 1368 que, cuando una de las partes es *imprenditore* las cláusulas generales serán interpretadas conforme lo que es de práctica general en el lugar en que se encuentra la sede de la empresa.²⁴ Cuando las partes no son profesionales se estará a la interpretación del lugar de conclusión del contrato. El nuevo Código Civil holandés incluye una lista de cláusulas que presume irrazonables, “siempre que en el contrato se haya celebrado entre un prestador (predisponente) y una parte contraria que sea persona física y no actuar en el ejercicio de una profesión o empresa.” (Libro 6, artículo 236).

La ley nueva hace referencia además, a la consideración de los “principios” que establece la legislación de defensa de los consumidores. Estos principios a los que refiere la ley, surgirán del análisis del conjunto del sistema toda vez que la misma no hace referencia expresa a éstos en forma específica; consideramos que el principio “*in dubio pro debilis*” será la piedra basal del mecanismo inductivo necesario para ello.

Además, agrega que el sistema general de la ley puede verse modificado en casos especiales, tales como aquellos en los que “el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.” (Art. 3º *in fine*).

Los tribunales locales se han expedido al respecto en ocasión de la interpretación de un contrato de seguro sobre automotor, y sostuvieron al respecto que “...No se puede perder de vista que el contrato de seguro no deja de ser un contrato de adhesión, ya que el asegurador opera normalmente bajo formas de contratación masiva, con contratos tipo, previamente aprobados por el órgano de control, en formularios preimpresos, cuyas cláusulas resultan predispuestas al asegurado, con un espacio para exteriorizar su voluntad, que se reduce a la acepción lisa y llana. El ámbito de deliberación y acuerdo del asegurable, se circunscribe normalmente a las llamadas

²⁴ Es *imprenditore* “quien ejercita profesionalmente una actividad económica organizada con la finalidad de la producción o el intercambio de bienes o servicios”, art. 2082)

"condiciones particulares", por ejemplo: elección y tipo de cobertura, cláusulas de franquicia, plazo de vigencia, sumas aseguradas, coberturas adicionales, etc.

En consecuencia a la hora de la discusión de la inteligencia de los términos de una cláusula obscura o ambigua, la misma se interpreta en contra del predisponente, sino que en línea con aquella premisa cabe adicionar el hecho de que la compañía asegurada es un comerciante profesional con alto grado de especialización y que también es un colector de fondos destinados a cubrir los riesgos de sus clientes: ello le otorga superioridad sobre el actor y lo obliga a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 y 909 del Código Civil, en mas CC). (Cámara Civil y Com. De Mar del Plata, "Bianca Eugenio c/ Compañía Argentina de Seguros Victoria S.A. s/ reclamos contra actos de particulares", 16/09/2008)."

Agregamos que la nueva ley repite el criterio del Art. 37 de la ley 24.240, al establecer que "...La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa..."

9.- Las libertades contractuales y la ley 26.361.

Como lo señaláramos en un trabajo anterior²⁵, por aplicación del principio clásico de autonomía de la voluntad, en el régimen propio de los Códigos las partes tienen –entre otras- las facultades de celebrar un contrato, de no celebrarlo, de elegir el con quién contratar, de determinar su objeto, de elegir la forma del contrato, de modificarlo, de ponerle fin. En el Derecho moderno, esas facultades han sido modificadas de alguna manera, sobre todo en los contratos de consumo, en los cuales lo justo no se encuentra tanto en el esplendor del libre albedrío, o en el sometimiento riguroso a los términos del pacto, sino en el mantenimiento del equilibrio en la relación de cambio.

²⁵ BRIZZIO, Claudia, *La Teoría general del Contrato y el derecho del Consumidor*, L.L., T 1998-D, p. 1285,

Los Códigos clásicos proclamaban la libertad contractual, pero de otras leyes, o de leyes modificatorias, ha resultado una clara protección a los intereses de los económicamente débiles. En Argentina se ha legislado con ese criterio en lo concerniente a la relación y el contrato de trabajo, a la represión de la usura, en materia de arrendamientos urbanos y rurales, en materia de compraventa de lotes a plazos (Ley 14.005), de contratación por medio de sistemas de planes de ahorro previo, etcétera.

a) *Imposición del contrato.* Hay una libertad de no querer²⁶, pero la imposición de contratar desvirtúa esa libertad.

Un claro ejemplo de imposición al proveedor resulta de la ley de abastecimiento 20.680, con respecto a las mercaderías o los servicios destinados a necesidades primarias: autoriza al Poder Ejecutivo a "obligar a continuar con la producción, industrialización, comercialización, distribución o prestación de servicios, como también a fabricar determinados productos, dentro de los niveles o cuotas mínimas" a fin de "asegurar el abastecimiento" (artículos. 26 y 27).

b) *Manifestación tacita de la voluntad-* El derecho común ha sido modificado con relación a los contratos de consumo, haciendo inaplicable, en determinadas circunstancias la virtualidad del silencio como manifestación de voluntad negocial, cuando este mecanismo sea perjudicial para el consumidor; la regla general es que el silencio importa una manifestación de voluntad en los casos que existe "una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes" (artículo 919, Código Civil).

En el ámbito del comportamiento tácito concluyente, el silencio circunstanciado implica manifestación de voluntad porque así lo impone el tráfico jurídico. Pero la regla de "buena fe no puede generar por sí misma un deber de expresarse", y el silencio no tiene "relevancia ante los requerimientos privados que se formulen por cualquier medio, excepto en los casos en que la ley le confiere una eficacia determinada"²⁷.

²⁶ CARBONIER, J., cit. por ENGEL, P., "*Traité des obligations en droit suisse*" N° 23 "in princ". Nauchatel, 1973)

²⁷ IV Encuentro de Abogados Civilistas, Santa fe, 1993)

La seguridad jurídica debe ser armonizada con la buena fe objetiva en la concertación de los contratos (artículo 1198, Código Civil), y en esa conciliación de principios, la ley de defensa del consumidor priva de valor negocial al silencio, y lo considera ausencia de manifestación, pues, conforme al artículo 35, “si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente, aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos”²⁸. Este texto ha sido elogiado, precisándose que “el silencio carece de toda relevancia ante los requerimientos privados que se formulen por cualquier medio, excepto en los casos en que la ley les confiere una eficacia determinada” y “en ningún caso (...) es vinculante ante un contrato impuesto”²⁹.

Coincidentemente, el nuevo Código Civil holandés faculta al destinatario a conservar la cosa a título gratuito, a menos que le sea imputable al consumidor que la remisión se haya realizado; si el destinatario devuelve la cosa, los gastos de esto corren por cuenta del remitente (Libro 7, artículos 7.1, 7.2).

Sin embargo, el silencio y negativa por parte del proveedor tiene virtualidad jurídica toda vez que la nueva ley 26.361 agregó un párrafo al art. 5° de la ley anterior, con el siguiente texto: “La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley”. Consagra con ello la responsabilidad precontractual para el caso de negativa arbitraria e injustificada efectuada en perjuicio del consumidor, una vez que la oferta se hubiere hecho pública.

10.- Ampliación de la imposición de obligaciones *precontractuales*.

Tal como lo mencionáramos en un trabajo anterior³⁰, la idea de la regulación discrecional de las partes, propia del postulado de la autonomía de la libertad también ha sido acotada en el sistema estatutario del Derecho del consumidor. La ley 24.240

²⁸ Sobre el tema del silencio, ver GOLDEMBERG, I. – LOPEZ CABANA R., “El silencio y la seguridad jurídica”, en J.A. del 22/9/93, pág. 2).

²⁹ IV Encuentro de Abogados Civilistas, Santa fe, 1993)

imponía obligaciones en todo el curso de la relación nacida del contrato, incluso en la etapa precontractual, y aun en la postcontractual. A continuación nos referiremos a algunas de estas obligaciones que deben observarse en una etapa cronológicamente anterior a la celebración del contrato:

10. 1- Deber general de Información: La Ley 24.240 establecía que "...quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas, o presten servicios, los que deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales (artículos 4 y 37, 6° párr.).

El acceso al consumo garantizado por la Constitución Argentina (artículo 42, texto según reforma de 1994) resulta de la "libertad de elección" que, de alguna manera, se encuentra cercenada cuando se induce al consumidor a contratar sobre bases distorsionadas, cuando se le crea una falsa idea del producto o servicio que adquiere.

Hay una obligación precontractual de información, a cargo del proveedor a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización (Ley 26.361, art. 4 y 37).³¹

Lo que no se tolera es "disimular, ocultar o desvirtuar circunstancias importantes", actitud que ha sido repudiada por los jueces argentinos.³² Advirtiendo que la publicidad es uno de los medios idóneos para garantizar esa libre elección, tanto la legislación anterior como la actual ley 26.361 otorgan al consumidor, legitimación activa para plantear la nulidad- total o parcial- del contrato, cuando el oferente transgrediere el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de

³⁰ BRIZZIO, Claudia, *La Teoría general del Contrato y el derecho del Consumidor*, L.L., T 1998-D, p. 1285,

³¹ La Ley 24.240 establecía que : "quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas, o presten servicios, los cuales deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales (artículos 4 y 37, 6° párr.).

lealtad comercial. En los casos en que el juez declara la nulidad parcial, simultáneamente integra el contrato, si ello fuere necesario (artículo 37 párrafo 6°). En este punto la nueva ley modifica parcialmente el artículo 4°, relativo al deber de información, agregando la obligación de informar sobre las *condiciones de comercialización*. Agrega asimismo un último párrafo que indica que *“La información deberá ser siempre gratuita par el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”*

El Código de defensa del consumidor brasileño se ocupa de la cuestión en sus artículos 6, apartado IV, y 36 a 38; la ley del consumidor peruana lo regula en sus artículos 5 inciso d, 15 y 16.

10.2- Obligación de información en operaciones financieras y de crédito. La nueva ley 26.361, refuerza aún más esa protección, disponiendo normas especiales relativas al deber de información en general, y en particular, cuando se trata de operaciones financieras.

En efecto, la ley 24.240 disponía en su artículo 36 los datos que el proveedor de tales servicios debía proporcionar al usuario de los mismos, bajo pena de nulidad. La nueva ley sustituye el anterior artículo, mantiene el mismo efecto en caso de incumplimiento, y amplía considerablemente el rango de información a que el proveedor está obligado, previendo los siguientes requisitos:

“En las operaciones financieras para el consumo, y en las de crédito para el consumo deberá consignarse de modo claro al consumidor o usuario, bajo pena de nulidad:

- a) La descripción del bien o servicio objeto de la compra o contratación, para los casos de adquisición de bienes o servicios.
- b) El precio al contado, sólo para los casos de operaciones de crédito para adquisición de bienes o servicios.

³² L.L., t. 1981-B. p.550, 35.841-S).

- c) El importe a desembolsar inicialmente -de existir- y el monto financiado.
- d) La tasa de interés efectiva anual.
- e) El total de los intereses a pagar o el costo financiero total.
- f) El sistema de amortización del capital y cancelación de los intereses.
- g) La cantidad, periodicidad y monto de los pagos a realizar.
- h) Los gastos extras, seguros o adicionales, si los hubiere.

Cuando el proveedor omitiera incluir alguno de estos datos en el documento que corresponda, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo deberá consignarse la tasa de interés efectiva anual. Su omisión determinará que la obligación del tomador de abonar intereses sea ajustada a la tasa pasiva anual promedio del mercado”.

Además de la ley de Defensa del Consumidor, diversas normas específicas regulan el contenido de la publicidad en diversas áreas específicas, como lo veremos a continuación.

10.3 – Deber de información en otros ámbitos especiales. En cuanto a los caracteres de la información, la Ley de Radiodifusión 22.285, dispone que “La libertad de información tendrá como únicos límites los que surgen de la Constitución Nacional y de esta ley. La información deberá ser veraz, objetiva y oportuna ...” (art. 18). Además establece que “ Los anuncios publicitarios observarán las normas propias de la lealtad comercial y deberán ceñirse a los criterios éticos y estéticos establecidos por esta ley y su reglamentación[...]. Todo anuncio debe expresarse en castellano, sin alterar el

significado de los vocablos ni distorsionar la entonación fonológica de los enunciados. Las voces extranjeras que no sean marcas o denominaciones de uso universal deberán ser traducidas...” (art. 23)

El Código de Ética y Autorregulación Publicitarias de la Comisión Intersocietaria de Cámara y Asociaciones de Publicidad de la Argentina, establece que “Los mensajes no deben generar confusión, ni contener afirmaciones de cualidades, componentes, elementos o propiedades que no sean exactos y puedan comprobarse”. (artículo 9.1)

En materia de publicidad comparativa, el mismo sistema determina que: “Los mensajes que contengan comparaciones de precios u otras características deben:

1. Respetar los derechos de propiedad intelectual e industrial.
2. Tener como finalidad informar al consumidor sobre las ventajas comprobables del producto anunciado.
3. Referirse a productos y calidad equiparables.
4. Ser exactos y reflejar la verdad, bajo las mismas condiciones.
5. Ser presentadas en forma objetiva de manera que la comparación sea comprobable. (artículo 19).

Además, éstos mensajes no deben: 1. Crear confusión con la comparación; 2. Poner en ridículo o denigrar al otro producto; 3. Deformar la imagen de otros productos; 4. Atentar contra el buen nombre o prestigio de terceros; 5. Intentar crear una situación de rechazo hacia los productos de la competencia o sus usuarios. (artículo 20), y

“Cuando en los mensajes se haga uso de encuestas, éstas deben ser realizadas en forma metódica, representativa y verificable, debiendo poder refrendar con las mismas el contenido del mensaje” (Artículo 21).

Sin embargo, es criterio generalizado admitir que las afirmaciones genéricas pueden ser aceptables, en la medida que no induzcan a error sobre las cualidades esenciales de la cosa promocionada. Así lo sostuvo en España la Resolución del 28 de mayo de 2009 de la Sección Tercera del Jurado en el reclamo:” Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) vs. Danone, S.A. “Danonino Street”. En este

caso, se desestimó la reclamación presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación frente a Danone, S.A., contra un anuncio de “Danonino Street” difundido en televisión. En concreto la propaganda presentaba al personaje Dino sosteniendo un envase de “Danonino Street” subido al hueso-anagrama de Danonino (“Danonino” “Danone” “ayuda a crecer con huesos fuertes” “calcio+vitamina D”). Voz en *off*: “Y ahora llega Danonino Street”. Seguidamente Dino de un salto accede al patio de un colegio al tiempo que caen envases del producto “Danonino Street” que son alcanzados por los niños. Estos consumen el producto promocionado y la voz en *off* continúa: “una alternativa sana para la merienda de tus hijos. El Danonino que tanto les gusta, por fin para llevar”. Cierra el anuncio la imagen de dos cajas del producto. En una de ellas se distingue la mención “Nuevo”.³³ Se apreció que las declaraciones de propiedades saludables de carácter genérico presentes en la publicidad se acompañan de declaraciones de propiedades saludables de carácter específico, por lo que no se vulnera el artículo 10.3 del Reglamento. Asimismo, consideró el Jurado cumplidos los requisitos para utilizar declaraciones de propiedades saludables relativas al desarrollo y la salud de los niños (artículos 14 y 28.6 del Reglamento).

Con referencia a la adquisición de inmuebles nuevos para vivienda (art. 1 ley 24240), el Decreto 1798/94, reglamentario de la Ley 24.240 establece que : “En caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, se facilitarán al comprador una documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados”. (Anexo I, art. 1º b)

³³ El Jurado rechazó una infracción de la norma 2 del Código de Conducta Publicitaria (principio de legalidad) en relación con el Reglamento CE 1924/2006 relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos.

Bebidas alcohólicas- En España, se hizo lugar al reclamo presentada por la Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) frente a Bodegas Aragonesas, S.A. La publicidad reclamada ha sido difundida en prensa y promociona el vino “Solo 8”. Por Resolución de 3 de junio de 2009 de la Sección Cuarta del Jurado por la que se estima la reclamación, el Jurado concluyó que dicha publicidad infringe el apartado V.1a) del Código de Autorregulación del Vino, dado que no incluye el mensaje “el vino sólo se disfruta con moderación” acompañado del logotipo identificativo del programa europeo “Vino con Moderación”.

11- Consentimiento demorado.

A veces el consentimiento contractual es puesto en marcha lenta (*en ralenti*), como mecanismo de defensa del libre albedrío del consumidor, mediante la exigencia de que transcurra cierto plazo de reflexión para que el contrato sea formado válidamente. En la legislación francesa, para el otorgamiento de créditos inmobiliarios, se exige que transcurran diez días antes de que el prestatario pueda aceptar útilmente la oferta del prestamista (ley el 13 de julio de 1979).

12- Consentimiento revocable -

En ciertos casos el consumidor dispone a su favor de una cláusula legal de arrepentimiento, similar a la que prevé el art. 1373 del Código Civil para la compraventa: tiene por tanto derecho a desligarse del contrato, sin responsabilidad alguna.

La ley anterior preveía esta solución para aquellos casos que denominaba como “ventas domiciliarias y para las efectuadas por correspondencia o métodos similares”, en las cuales el consumidor tenía derecho a revocar la aceptación durante los CINCO días corridos, contados a partir de la fecha en que le sea entregada la cosa o sea celebrado el contrato - lo último que ocurra-, sin que esta facultad pueda ser dispensada o renunciada (artículo 34 de la ley 24.240).

Conforme la ley 26.361, el presupuesto de hecho que contempla la misma es el de “la oferta o propuesta de un bien o prestación de un servicio efectuada al consumidor *fuera del establecimiento del proveedor*. También se encontrará comprendida dentro de la venta domiciliaria o directa aquella contratación que, como ya referimos, resulte de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor a otro sitio, cuando el objeto de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio (art. 32).

Esta modificación resulta adecuada, ya que el fundamento para regular de manera especial esta modalidad contractual, es que quien asume la iniciativa de promover las tratativas para la contratación no es el consumidor sino el proveedor. Es éste quien se introduce en el ámbito de libertad de la persona, o en su propia privacidad, para inducirla a contratar y, cuanto más indefensa se encuentra ésta ante la sorpresa del ofrecimiento, mayores serán las posibilidades de éxito del proveedor³⁴.

El plazo de “revocación de la aceptación” se amplía en la nueva ley y en virtud de ello, en los casos previstos en los artículos 32 y 33 el consumidor tiene derecho a efectuar la revocación de la misma durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna (ley 26.361, art. 34).

Se trata evidentemente de un mecanismo de defensa frente a técnicas de manipulación disuasorias y de presión psicológica de la publicidad o promoción. La ley brasileña otorga al efecto el plazo de siete días (artículo 49).

La ley española de ventas de bienes a plazos, del 17 de julio de 1965, concede al comprador esta misma facultad, pero se exigen condiciones para su ejercicio que la tornan poco efectiva (pacto expreso previo, y ejercicio del derecho dentro de los tres días posteriores a la celebración del contrato); esa misma facultad de revocación de la declaración de la voluntad vinculante se ha consagrado asimismo en la Ley cambiaria y

³⁴ NICOLAU Noemí, Lidia, *La Ley de Defensa del consumidor en el ámbito contractual*, en *Derecho del consumidor*, 7 (Stiglitz G., Director) Ed. Juris, Rosario 2000, pág. 61.

del cheque española, del 16 de julio de 1985, que en su artículo 34 autoriza la revocación de la aceptación.

13- La ley 26.361 y el formalismo.

En la política legislativa actual, en materia contractual se advierte una tendencia al mero consensualismo³⁵, en aquellos casos en los que la doctrina denomina contratos paritarios, es decir, en aquellos en los que las partes ostentan un similar poder de negociación. Se advierte una tendencia creciente en la que las partes deciden regular las formalidades requeridas para asumir una obligación contractual, dejando a salvo por supuesto, aquellas normas indisponibles en virtud que revisten el carácter de orden público.

Sin embargo, esta concepción ha sido revertida en el Derecho del consumidor, en el cual se da un importante renacimiento del formalismo, como medio idóneo para proporcionar mayor protección a quien la ley considera la parte más débil en la contratación, y una optimización de la seguridad jurídica al poder prever las consecuencias jurídicas de determinados actos de carecer patrimonial.

En esta misma línea conceptual enroló el legislador al establecer que la locación de inmuebles urbanos pasó a ser un contrato formal, toda vez que el artículo 1 de la ley 23.091 exige que sea celebrado “por escrito”.

La ley de defensa del consumidor 24.240 exigió, con relación a las cosas y servicios riesgosos, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la integridad física de los consumidores o usuarios [...] y en tal caso deben “entregar un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate”...[...]. Los sujetos anunciados en el art. 4° son responsables del contenido e la traducción (Ley 24.240, art. 6°).

³⁵ Artículo 1140 del Proyecto de Reformas al Código Civil de la Cámara de Diputados de 1993)

La forma escrita es exigida cuando se venden cosas muebles e inmuebles³⁶ (artículo 10) y se establece una serie de datos que el proveedor debe cumplir, entre los que se destacan: nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere” y la redacción de “tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un original debe ser entregado al consumidor”. Era práctica habitual que se le entregara a éste último solamente una fotocopia del contrato y simplemente no se le proporcionara ningún ejemplar del mismo. A este requisito refiere expresamente al art, 1021 Código Civil, con las siguientes excepciones: a) cuando el contrato genera obligaciones para una sola de las partes (unilateral), o cuando siendo bilateral, una de ella ha cumplido la obligación a su cargo (artículo 1022 Cód. Civil).

Sin embargo, el proveedor estará exento de proporcionar el doble ejemplar, en el caso de venta de “bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados al contado” (art. 32). Asimismo el ticket autorizado por las normas impositivas, al momento del pago del producto, será documento suficiente, cuando se trate de venta de cosas muebles; en este caso debe contener una descripción meramente genérica de la cosa mueble, que sea fácilmente identificable, y “podrá omitirse la inclusión de plazos y condiciones de entrega cuando la misma se realice en el momento de la operación” y de “las condiciones de pago cuando el mismo sea de contado” (Decr. Reglam. N° 1798/94).

En los casos que el contrato o la relación de consumo implique la utilización de cosas o servicios riesgosos, incluidos los servicios públicos domiciliarios, la ley 26.261 deja incólume lo dispuesto por el artículo 6° de la ley 24.240 que prevé que “cuando su utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física e los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los

³⁶ La LEY 24.240 sólo ser refería a la venta de cosas muebles, al estar restringido el campo de aplicación con relación a estos bienes en la anterior ley, conforme art. Art. 1, inc c), que fuera suprimido en la actual legislación.

mismos. Y que “en tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación, el mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción”, salvo cuando se trata de bienes perecederos recibidos por el consumidor y abonados de contado (artículo 32).

Del mismo modo, la nueva ley mantiene la normativa que impone formalidades al prestador de servicios cuyo objeto es la reparación, mantenimiento o limpieza, obligándolo a extender un presupuesto por escrito con ciertos datos mínimos (Ley 24.240, artículo 21).

La forma escrita también está expresamente prevista para el otorgamiento de la garantía en los contratos de prestaciones de servicios (artículo 24).

Asimismo el vendedor debe informar por escrito al consumidor la facultad de revocación de la aceptación. La nueva ley refiere a los casos de los arts. 32³⁷ y 33 (artículo 34). La nueva ley amplía el plazo previsto en la ley 24.240, y lo extiende hasta los DIEZ (10) días corridos, contados a partir la de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que esto ocurra, sin responsabilidad alguna. [...] Esta facultad debe ser informada *por escrito* en todo el documento que con motivo de venta le sea presentada al consumidor.

14. Obligaciones *postcontractuales*.

También en este aspecto la legislación de protección al consumidor acentúa sus derechos, al incluir deberes u obligaciones *postcontractuales* a cargo del proveedor, por lo cual se avanza nuevamente sobre la normativa del Derecho clásico.

La obligación de quien ha comercializado cosas muebles no se agota con la entrega de la cosa, pues la ley pone a cargo del vendedor una obligación de garantía,

³⁷ Recordemos las aclaraciones efectuadas con relación a la modificación del concepto de “venta domiciliaria” *ut supra*.

que la ley 26.361 amplió al incluir la “garantía por TRES (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados (que estaban excluidos en la anterior ley) y extendiendo a SEIS (seis) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor (art. 11).

Están asimismo a cargo del proveedor los gastos de flete y seguro y de cualquier otro que deba ser realizada para la ejecución del mismo (artículo 11 *in fine*).

Sobre el vendedor, el fabricante y el importador de bienes muebles de consumo durable, también pesa la obligación de otorgar un servicio técnico adecuado y suministrar partes y repuestos (artículo 12, ley 24.240, ídem., 26.361); el certificado de garantía debe estar escrito en idioma nacional de fácil comprensión, con letra legible e incluir ciertas precisiones (artículo 14) y, en caso de ser necesaria la notificación al fabricante o importador de la entrada en vigencia de la garantía de una cosa, dicho acto queda a cargo del vendedor.

Qué queda de la *libertad para configurar el contrato*. En virtud de estas nuevas pautas axiológicas, es evidente que los postulados sectoriales de los comerciantes en cuanto a la celeridad del tráfico, la libertad de las formas para los actos, la contratación en firme, resultan alterados, de un modo o de otro, por las normas del Derecho del consumidor.

15.- Formación del contrato.

Para el Código Civil hay contrato “cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos” (artículo 1197). Para que haya promesa, esta debe ser a persona o personas determinadas, sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos (artículo 1148, Código Civil; art. 454 del Código de Comercio), por lo cual no tiene virtualidad la oferta dirigida al público en general, interpretándose, según la terminología clásica, como una " invitación a ofertar" (*invitatio ad offerendum*).

La ley 24.240 asigna efecto vinculante a la oferta al público, u oferta a persona indeterminada, propia de la contratación en masa, que es formulada por anuncios, volantes, exhibición en vidrieras de la mercadería con el precio de venta o a través de la prensa oral o escrita (artículo 7). La oferta obliga a quien la emite durante el tiempo que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones; debe ser plena, completa, íntegra y que en consecuencia el consumidor o usuario no se vea en la necesidad de integrarla o interpretarla con elementos que están fuera de ella, pero a los que ésta se remite.

El mecanismo de revocación que consagra el Derecho común, según el cual la oferta puede ser retractada mientras no haya sido aceptada (artículo 1150, Código Civil), también ha sido modificado por el sistema estatutario de protección al consumidor. En la ley 24.240 la revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerlos conocer (artículo 7 *in fine*).

16- Servicios públicos domiciliarios.

Con relación a la prestación de servicios públicos domiciliarios, la anterior ley 24.240 previó requisitos especiales con relación a la información que debía proporcionarle la empresa prestadora al usuario. Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio, deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público (artículo 25, *ap. primero*).

Posteriormente, la ley 24.787³⁸ amplió esta obligación a cargo de la empresa al disponer que “Las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios deberán colocar en toda facturación que se extienda al usuario y en las oficinas de atención al público carteles con la leyenda “*Ud. tiene derecho a reclamar una indemnización si le*

³⁸ B.O. 2/4/1997, art. 3°.

facturamos sumas o conceptos indebidos o reclamamos el pago de facturas ya abonadas”.

La norma se completa con una disposición que indica cuál es la prelación normativa cuando el servicio público domiciliario tenga una legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla. La nueva ley 26.361 establece para esos casos, que será regida en primer lugar por esas disposiciones especiales, y sólo en forma supletoria por la ley de defensa del consumidor. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley. (artículo 25, *ultimo apartado*).

Para el caso en que se deba efectuar algún reintegro, la ley 24.240 disponía el criterio de reciprocidad en el trato”. En virtud de ello, el proveedor prestatario debe otorgar a los usuarios reciprocidad en el trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora (artículo 26). La nueva ley 26.361 deja intacta esta norma, que se refiere principalmente al tipo de intereses o multas que se aplican en caso de incumplimiento.

En cuanto al modo de efectuar los reclamos pertinentes, la ley nueva innova los mecanismos, contemplando la utilización de la tecnología para ello. Establece que “...los mismos (reclamos) podrán efectuarse por nota, teléfono, fax, correo o correo electrónico o por otro medio disponible, debiendo extenderse constancia con la identificación del reclamo.”. ... Los reclamos deberán ser satisfechos en los plazos perentorios, y no obstante permitir la utilización de los mecanismos especificados anteriormente, “...deberán garantizar la atención personalizada a los usuarios” (artículo 27).

La legislación actual no modificó las previsiones e la ley 24.240 relativas a la seguridad de las instalaciones de los servicios públicos domiciliarios cuyas condiciones de seguridad e instalación debe ser convenientemente informado a los consumidores (artículo 28).

Asimismo se mantiene la posibilidad de verificación por parte de la autoridad competente, en cuanto al buen funcionamiento de los instrumentos de medición de energía, combustibles, comunicaciones, agua potable o cualquier otro similar, en caso de existir dudas sobre las lecturas de las empresas prestadoras de servicios (artículo 29, *primer apartado*). Tanto los instrumentos como las unidades de medición, deberán ser los reconocidos y legalmente autorizados. Las empresas prestatarias garantizarán a los usuarios el control individual de los consumos. Las facturas deberán ser entregadas al usuario con no menos de diez (10) días de anticipación a la fecha de su vencimiento (artículo 20, *in fine*).

Con relación a la eventualidad de que ocurra una interrupción en la prestación del servicio, la ley 24.240 dispone una presunción en contra de la empresa prestadora del servicio, y le otorga un plazo de 30 días para que ésta pruebe que la alteración o interrupción no le es imputable. Si ello no fuere posible, deberá reintegrar al consumidor el importe correspondiente al servicio no prestado dentro de los treinta (30) días subsiguientes como máximo; pudiendo en su caso deducirlo de la factura correspondiente. Ante esta eventualidad, el usuario puede efectuar el reclamo pertinente desde la interrupción o alteración del servicio y hasta los quince (15) días posteriores al vencimiento de la factura (artículo 30). La nueva ley deja intacta esta normativa.

Variaciones de consumo o errores de facturación.- La ley 24.240 fue modificada en este punto por la ley 26.361 otorgando mayores beneficios que su antecesora. Porque si bien mantiene los mismos parámetros que se tendrán en cuenta como presupuesto fáctico, es decir, la facturación en un período de consumos que excedan en un setenta y cinco por ciento (75 %) del promedio de los consumos correspondientes al mismo período de los DOS (2) años anteriores se presume que existe error en la facturación.

17- Implementación de la reparación por daños- La cuestión de la procedencia de los daños punitivos-

La ley 24.240 (modificada por la ley 24.999) contemplaba la reparación del daño producido al consumidor o usuario, cuando éste resultara del vicio o riesgo de la

cosa o de la prestación del servicio, previendo que en estos casos responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio (Art. 40 apartado primero). La misma ley establece la responsabilidad solidaria de las personas involucradas en el apartado anterior, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sin embargo, podrá liberarse total o parcialmente de esta responsabilidad, quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena (Art. 40 apartado segundo).

La ley 26.361 mantiene la norma transcripta, y modifica el sistema de reparación de daño, mediante la inclusión del artículo 40 *bis* que refiere explícitamente al Daño Directo. Esta normativa dio lugar a múltiples debates y algunas críticas entre la doctrina, tanto en cuanto al concepto de “daño” a que refiere la nueva ley, a su extensión como también a su procedencia. Debemos tener siempre presente que el sistema estatutario de defensa del consumidor o usuario, aunque acentúe ciertos preceptos tendientes a proteger al débil jurídico, no implica la creación de normas que queden al margen o se contrapongan a los conceptos básicos creados por el derecho de fondo. Y es por ello que las opiniones no son unánimes.

Según la nueva ley, se denomina daño directo a "todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios".

Además, agrega que “La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo, hasta un valor máximo de 5 (cinco) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC). El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título

ejecutivo a favor del consumidor. Las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial".

Como lo pone de resalto Alterini, es cierto que, conforme al artículo 1068 del Código Civil, todo daño requiere que haya un "perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria"; y el consumidor o usuario debe ser reparado del daño causado "directamente en las cosas de su dominio o posesión" así como "por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades". Es también cierto que el daño puede resultar de una acción o de una omisión (arts. 1067 y 1073, Cód. Civil). El nuevo texto legal, al incluir el daño que recae "de manera inmediata" sobre los "bienes" o la "persona" del consumidor o usuario, se refiere al que sufre por haber sido "damnificado directamente" (art. 1079, Cód. Civil).³⁹

Además, la ley 26.361 modifica el artículo 54 de la ley 24.240, hecho éste que mencionamos al efecto de clarificar la conceptualización del mencionado daño directo del artículo 40, toda vez que las normas deben interpretarse dentro del contexto al que pertenecen y no en forma aislada. De modo que la norma referida expresa que, "Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda". (artículo 54, último apartado).

³⁹ Alterini, A.A., L.L. 2008-B, 1239 - Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor

Para Picasso⁴⁰, esta modificación plantea ciertos reparos que no pueden dejar de analizarse. Desde la perspectiva de su constitucionalidad, hace referencia a la compleja situación que se genera ante la prohibición del ejercicio de facultades judiciales por parte del Poder Ejecutivo (Artículo 109 CN) y tras un análisis de los hechos tomados en consideración por la Corte Suprema de Justicia en el Caso Estrada⁴¹, concluye en que estas facultades encontrarían su justificación en la especialización de la autoridad de aplicación de la LDC en los distintos aspectos de las relaciones de consumo. No obstante, concordamos con el mismo en que la posibilidad de cuestionar la colisión con la norma constitucional está presente.

Con respecto a la extensión del resarcimiento, disentimos con Sebastián Picasso quien sostiene que el concepto comprende exclusivamente a la destrucción o deterioro de la cosa misma sobre la que recae la lesión, pues para éste, sólo en ese supuesto se trataría de daños directos (art. 1068, Código Civil) que son además consecuencia inmediata del hecho. Por el contrario, participamos del criterio que afirma que no hay razón jurídica alguna para cercenar el derecho indemnizatorio del consumidor o usuario por debajo de la reparación plena que es propia del sistema. Es decir que, como regla, el proveedor debe indemnizar el daño patrimonial y el daño moral (arts. 522 y 1078, Cód. Civil) que es consecuencia inmediata previsible de su incumplimiento (arts. 520 y 901, Cód. Civil), y también el que es consecuencia mediata en el caso de incumplimiento contractual doloso (arts. 521 y 901, Cód. Civil), vale decir, cuando es deliberado⁴², y en el caso en que su responsabilidad es extracontractual (art. 904).

La ley chilena prevé que e) El derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor, y el deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea (Art. 3° e)⁴³

Otra innovación de la ley La ley 26.361 es la implementación del denominado “Daño

⁴⁰ PICASSO, S., L.L., *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor*, 2008.

⁴¹ CSJN, Fallos, 328:651

⁴² ALTERINI, A. A., "Responsabilidad civil", 3ª ed., Buenos Aires, 1987, n°112, pág. 100.

Punitivo”, de dudosa procedencia en nuestro sistema legal. La nueva normativa agrega el artículo 52 bis que literalmente expresa: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

El tema de los llamados "daños punitivos" mereció el tratamiento de la doctrina nacional, no obstante constituir una institución del derecho anglosajón, y por lo tanto ajena a nuestras raíces tradicionalmente asentadas en el derecho continental europeo.(Las condenaciones punitivas y el proyecto de Código Civil de 1998, Revista de Resp. Civ. y Seguros, L.L. Año 2000, pág. 68).

Sin embargo, cuando el legislador interpretó que debía aplicar una pena sancionatoria que no se agotara con la responsabilidad civil en su función resarcitoria, se encargó de legislar al respecto. Así lo hizo cuando admitió la aplicación de astreintes (art. 666 *bis*. Del Cód. Civ.); obligación de la cláusula penal aunque se acredite inexistencia de daño (art. 656 Cód. Civ.), o la sanción por inconducta procesal (art. 622 Cód. Civ)

Si nos remontamos a los orígenes, los daños punitivos como doctrina judicial surgieron en Inglaterra en 1763 (*Wilkes vs. Wood*) y a partir de entonces se expandieron a casi todas las naciones del *common law*. Sin embargo, como bien lo señala la doctrina, en Inglaterra a partir del caso "Rookes vs. Bernard" del año 1964, los daños punitivos han perdido terreno, en razón de que la Cámara de los Lores redujo su aplicación a tres supuestos: 1) Cuando haya comportamiento abusivos o arbitrarios de funcionarios

⁴³ Ley 19.496.

públicos; 2) en los supuestos de ilícitos lucrativos; 3) cuando un estatuto legal expresamente lo autorice. Este último supuesto es el que podría aplicarse a la legalidad de quienes sostienen la procedencia de la solución implementada por el nuevo artículo 52 bis de la ley 26.361.

En los países europeos, con excepción del Reino Unido, los daños punitivos no han alcanzado mayor desarrollo. La figura no es reconocida en España ni en Italia⁴⁴.

En Alemania la sentencia de su máximo tribunal (*Bundergerichtshof*) del 4 de junio de 1992 rechazó en la ejecución de una sentencia norteamericana la partida indemnizatoria correspondiente a daños punitivos, entendiendo que dicha sanción constituía un ataque al orden público alemán⁴⁵. En Francia la figura no está admitida, independientemente que algunos autores propicien la inclusión de la *peine privée*⁴⁶.

No debemos desconocer que el derecho civil, no tiene función penal, y por lo tanto los daños punitivos no constituyen la sanción apropiada para los ilícitos civiles: "*La gravedad de la falta no puede justificar una condena superior al valor del daño*", lo que derivaría en un enriquecimiento injustificado⁴⁷.

También se ha sostenido que no resulta necesario recurrir a las condenaciones punitivas para obtener el desmantelamiento de los beneficios originados en el ilícito, por cuanto tal situación se remedia justamente con la acción de enriquecimiento sin causa⁴⁸.

⁴⁴ PANTALEON PRIETO F., *comentario del Cód. Civ. Español*, t II, p. 1971 y sgte., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

⁴⁵ VADILLO ROBREDO, "*Daños punitivos en el proceso civil norteamericano*", vol 44/2 nota 9 p. 203 y sgte., Estudios de Deusto, Bilbao, España, jul-dic. 1996.

⁴⁶ STARCK, B., "*Essai D'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*", París, 1947, cit por TRIGO REPRESAS, F. "Daños Punitivos", Bs. As. 1995, pág. 283/291

⁴⁷ Sentencia de la Corte de Casación de Francia citada por BUSTAMANTE ALSINA, J., *La Ley*, 1994,- B, 865.

⁴⁸ PANTALEON PRIETO, F., disertación pronunciada en las la Comisión X " Derecho Privado Comparado- Las penas privadas", XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Sta. Fe septiembre de 1999

En definitiva, lo que se ha cuestionado es la aplicación discrecional de la figura descripta, en la medida que ésta no hubiere sido prevista expresamente. Por ello, y tal como se sostuvo en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 10 (Sta. Fe, 1999): I- *de Lege lata: [...] 3. No estando prevista la regulación de condenaciones punitivas o daños punitivos o multas civiles dentro de la sistemática legal del Código Civil, su admisión por vía jurisprudencial pone en riesgo garantías y derechos constitucionales (unanimidad).*

Es decir, que la implementación de los daños punitivos estuvo prevista al momento de evaluar su inclusión, como “multa civil” contra “quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”⁴⁹. Si bien el proyecto no fue sancionado, la tendencia se vio reflejada en la implementación del instituto en el artículo 52 bis de la normativa referenciada.

No obstante ello, la doctrina no es pacífica al momento de evaluar la conveniencia del destino de la multa, toda vez que podría generarse una superposición de resarcimientos a favor del consumidor o usuario, cuyo resarcimiento estaría ya previsto en forma parcial en el artículo 40 bis con la previsión de poder accionar por mayores daños en sede judicial. (Art. 40 bis último párrafo).

18-Corrección de la inequidad en los contratos de contenido predispuesto. Cláusulas abusivas

a) *Facultades de los jueces.* La ley 17.711 asignó a los jueces facultades importantes por aplicación de las teorías del abuso del derecho (art. 1071, Código Civil), de la lesión (artículo 954, Código Civil), de la imprevisión (artículo 1198,

⁴⁹ Proyecto de Código Civil de 1998, artículo 1587.

Código Civil), de la reductibilidad de las cláusulas penales (artículo 656, Código Civil).

Todas se aplican en el derecho del consumidor, en el cual, además, los tribunales tienen la facultad expresa de integrar el contrato (artículo 37 párrafo 6º, ley 24.240). La ley 26.361 mantiene las mismas facultades.

b) *Cláusulas abusivas*. Un área particularmente relevante es el de las cláusulas abusivas, en especial, en materia de contratos predisuestas o sometidos a condiciones generales⁵⁰.

El contrato es de contenido predispuesto cuando no ha sido objeto de negociación individual, o sea, cuando el proveedor previamente lo redactó y, consecuentemente, el consumidor no pudo influir en su contenido (Directiva 93/13/CEE, artículo 3.2).

Para la ley 24.240 se trata de cláusulas " redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido" (artículo 38). El contrato por adhesión, con su contenido de cláusulas predisuestas, ha sido contemplado en los Proyectos de reformas al Código Civil, atendiendo como una necesidad la regulación de esta modalidad en el Derecho común.⁵¹

La estandarización de los contratos, que se traduce en ahorro de tiempo y de costos, es una exigencia de la modalidad moderna de contratación⁵²; habitualmente el fabricante, o el intermediario, predisponen el contenido del contrato y suministran una plantilla tipo a través de formularios que incluyen condiciones generales, o las implican. El esquema predispuesto, o condiciones de la oferta impresas, es

⁵⁰ ALTERINI, A.A.- LOPEZ CABANA R.M., " La formación del consentimiento y la protección del consumidor", en Derecho del Consumidor", Rosario, 1994, tº 5, pág. 8)

⁵¹ Código Único Civil y Comercial de 1987- sancionada por el Parlamento como Ley 24.032, pero vetada íntegramente por el Poder Ejecutivo mediante el decreto 2.719/91.El criterio aparece reiterado en los dos Proyectos de Reformas de 1993).

⁵² VALLESTPINOS, C., " *El contrato por adhesión a condiciones generales*", p. 263, Bs. As. 1984)

confeccionado con miras a una pluralidad indeterminada de sujetos que recién se individualizan al momento de celebrarse cada contrato en particular.

La teoría de los contratos predispuestos y celebrados por adhesión pertenece al Derecho común. La de los contratos prerredactados y, en especial, la atinente a cláusulas abusivas, es típica del derecho del consumidor.

El Código Civil peruano de 1984 (artículo 1401) dispone que “las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan en caso de duda, a favor de la otra”. El Código Civil de Paraguay de 1987 prevé que “las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato así como en formularios dispuestos por uno de los contratantes, se interpretarán en caso de duda, a favor del otro”(artículo 713); si, a pesar de ello, subsistiere la oscuridad del contrato, deberá éste ser entendido en el sentido menos gravosos para el obligado, si fuere a título gratuito, y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuera a título oneroso (artículo 714).⁵³

Esta es una manifestación de que el régimen tuitivo se establece preferentemente en favor de una parte -el no predisponente-, a cuyo fin la ley fija un mínimo y un máximo de protección que puede ser dejado de lado siempre que sea a favor de la parte protegida. Esta parte protegida pasa a ser "dueña del contrato"⁵⁴ en tanto la otra es forzada a cumplir aunque el contrato le resulte desventajoso, y no puede exigir el cumplimiento a pesar de que tenga interés en él. En esta dirección conceptual, la ley argentina de defensa del consumidor establece que éste tiene derecho a optar entre demandar la nulidad total "del contrato, o la de una o más cláusulas" (artículo 37).

El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE sienta como principio que una cláusula es abusiva cuando, ofendiendo la exigencia de buena fe, da origen a un desequilibrio significativo, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones resultantes de las partes del contrato. Si bien la cuestión es propia del Derecho común

⁵³ El artículo citado es una transcripción literal del art. 1371 del C.Civil italiano).

⁵⁴ RIPERT, G., “*El régimen democrático y el Derecho Civil moderno*”, México, 1950, N° 144)

clásico, en el Derecho del consumidor tiene la nota típica del orden público económico, como se ha visto *ut supra*.

Se ha discutido la conveniencia de implementar un sistema abierto o cerrado - como el que establece la ley alemana- de cláusulas abusivas. En Argentina la doctrina dominante⁵⁵ entiende – desde una perspectiva afín a la noción de *relación de consumo* del artículo 42 de la Constitución Nacional- que corresponde una formulación general y una determinación de las notas características (cláusulas abiertas), como medio idóneo de obtener un eficaz control del contenido del contrato de consumo que, en su caso, será declarado nulo y sus cláusulas serán integradas por el juez; que la abusividad debe ser vista desde un enfoque subjetivo, en estrecha conexión con el abuso del derecho, y desde otro parámetro objetivo, como desequilibrio sufrido por el consumidor y originado en la conducta- maliciosa o no- del proveedor; que debe tomarse el desequilibrio de las prestaciones como una pauta de significativa relevancia, a partir de lo dispuesto por los artículos 37 del al Ley 24.240 y 42 de la Constitución Nacional, mediante un análisis de la totalidad de las prestaciones asumidas por las partes. El control incluye a las llamadas *prácticas abusivas* de los proveedores.

Además, diversas resoluciones administrativas se han encargado de marcar pautas sobre el carácter abusivo de diversas cláusulas. Esta función cumple por ejemplo, la Resolución 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, que prevé que "Son consideradas abusivas las cláusulas que: a) Confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y de las prestaciones respectivas. b) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato excepto cuando se reúnan los siguientes requisitos: I) La eventual modificación se hallare expresamente prevista en el contrato; II) Se hubieran determinado los criterios y/o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación puede producirse, y siempre que los mismos no autoricen cambios que puedan afectar el equilibrio en la relación

⁵⁵ Conclusiones referidas a la Comisión 7 sobre Derecho del Consumidor, dentro del ámbito el Congreso Internacional de la Persona y el derecho en el Fin e Siglo ;Sta. Fe, Octubre de 1996)

entre las partes. III) Se encuentra prevista la notificación del cambio al consumidor, con antelación suficiente conforme a la naturaleza y características del objeto del contrato, y IV) Se encuentre prevista la posibilidad de rescindir el contrato por el consumidor en caso de no aceptar la modificación. c) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor, y que no prevean: I) En los contratos de plazo indeterminado, la notificación al consumidor, con una antelación razonable conforme a la naturaleza y características del objeto del contrato; y II) En los contratos de plazo determinado, además del requisito del inciso anterior, igual derecho a favor del consumidor. d) Supediten la entrada en vigencia del contrato a un acto unilateral de aceptación por el proveedor mientras que la voluntad del consumidor, aceptando la oferta conforme fuere emitida, haya quedado irrevocablemente expresada con anterioridad. e) Impongan al consumidor cualquier limitación en el ejercicio de acciones judiciales u otros recursos, o de cualquier manera condicionen el ejercicio de sus derechos, especialmente cuando: I) Se disponga que las acciones judiciales puedan entablarse en jurisdicción distinta del lugar del domicilio del consumidor al tiempo de la celebración del contrato, excepto cuando se disponga que la acción se entable en el lugar del domicilio real del consumidor al tiempo en que aquella se inicie; II) Se limiten los medios de prueba, o se imponga la carga probatoria al consumidor en supuestos en que la legislación no lo exija; y III) Se limite la facultad de oponer excepciones, recusaciones u otros recursos. f) Establezcan que cuando el consumidor se encuentre en mora, respecto de obligaciones previstas en el contrato, el proveedor pueda cancelar la misma por compensación con otras sumas que el consumidor hubiera suministrado al proveedor como consecuencia de otro contrato o de la provisión de otro producto o servicio, excepto cuando la compensación se encuentre autorizada por normas legales, en cuyo caso el proveedor deberá informarlo al consumidor en el contrato. g) Excluyan o limiten en forma inadecuada la responsabilidad del proveedor, por los daños causados al consumidor por el producto adquirido o el servicio prestado y/o respecto de cualquier resarcimiento o reembolso legalmente exigible. h) Supediten el ejercicio de la facultad de resolución contractual por parte del consumidor, a la previa cancelación de las sumas

adeudadas al proveedor, en los contratos celebrados por plazo indeterminado o por plazo cierto que prevea la resolución anticipada. i) Faculten al proveedor a suministrar otros productos o servicios no incluidos en el contrato, sin la previa y expresa aceptación por el consumidor y/o imponiéndole un plazo para comunicar que no los acepta. j) Impongan al consumidor un representante o apoderado para que lo sustituya en el ejercicio de los derechos que emanan del contrato, sus accesorios o en otros negocios jurídicos. k) Infrinjan normas de protección del medio ambiente o posibiliten su violación".

Se sostiene asimismo que la problemática de las cláusulas abusivas tiene íntima relación con las vías procesales que permitan su examen eventual y declaración de invalidez⁵⁶.

El sistema de cláusulas abiertas rige en la ley belga sobre prácticas del comercio y sobre la información y protección del consumidor del 14 de julio de 1991⁵⁷; siguen el mismo criterio la ley española de 1984 (artículo 10, ap. 1º, inciso c); la ley francesa de 1978 (ley 78-23, artículo 35) y la ley israelí de 1964 (artículos 61 y 14 de la *Standard Contracts Law*). El sistema cerrado (listas *negras* y listas *grises*) ha sido adoptado por la ley alemana de 1976, por la Directiva 93/13/CEE y por el Código Civil Holandés de 1992 (Libro 3, artículos 236 y 237).

La ley chilena adopta un sistema abierto, y dispone que “ No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) Otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen; b) Establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios,

⁵⁶ Congreso Internacional de la Persona y el Derecho de fin de siglo; Santa Fe, Argentina 1996; Comisión 7, Conclusiones, nº7)

financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; c) Pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables; d) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) Contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio; f) Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato, y g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales.”. (artículo 16).

La ley 24.240 adopta el sistema abierto. Tiene por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Asimismo establece como norma de interpretación el sentido más favorable para el consumidor, agregando como norma de *favor debilis* que, en caso de duda sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa (artículo 37, párr. 6°) en coincidencia con la regla del artículo 1198 del Código Civil. Se le otorga al consumidor la facultad de articular la nulidad total o parcial del contrato, y al juez la potestad de integrarlo (artículo 37 *in fine*), como mecanismo para equilibrar la ecuación contractual.

⁵⁷ Se entiende por cláusula abusiva, toda cláusula o condición que, por sí sola o combinada con una u otras cláusulas o condiciones, cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes, art. 31.

c) *La invalidez*. El sistema del consumidor incorpora un mecanismo singular de invalidez: el de tener a ciertas cláusulas como *no convenidas* (artículo 37, ley 24.240). Esta norma no ha sido modificada por la nueva legislación. Por lo tanto la ineficacia resultante no queda sujeta a la teoría de las nulidades; esta solución se aplica a los casos en que el proveedor “viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración, o transgreda el deber de información, o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial (artículo 37).

En Chile, la ley 19.496 refiere a las consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas y “declarada la nulidad de una o varias cláusulas o estipulaciones de un contrato de adhesión, por aplicación de alguna de las normas del artículo 16, éste subsistirá con las restantes cláusulas, a menos que por la naturaleza misma del contrato, o atendida la intención original de los contratantes, ello no fuere posible. En este último caso, el juez deberá declarar nulo, en su integridad, el acto o contrato sobre el que recae la declaración (Art. 16 A).

El nuevo Código Civil holandés prevé la anulabilidad de las cláusulas insertas en condiciones generales cuando éstas son irrazonablemente gravosas para la parte contraria o el usuario (predisponente) no ofreció una posibilidad razonable de tomar conocimiento de las condiciones generales (Libro 3, artículos 233, 234), acordando un plazo de tres años, desde el día siguiente a aquel en que haya sido invocada la estipulación, para accionar judicialmente (Libro 3, artículo 235-4).

d) *Control administrativo en los contratos de adhesión- Contratos formularios-*. El artículo 38 de la ley 24.240 prevé que la autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo 37. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviese posibilidades de discutir

su contenido”. Esta norma merece la aclaración relativa al carácter de predisponente, toda vez que puede resultar tal quien encarga a un tercero la redacción del contrato, cuando la otra parte no puede efectuar modificación alguna en las cláusulas del mismo.

A su vez, el artículo 39 prevé que cuando éstos contratos de adhesión, con cláusulas de contenido predispuesto, requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación. La nueva ley 26.361 ha dejado intacta esta normativa.

19- Vicios redhibitorios.

En el Derecho del consumidor, el régimen general de garantía por vicios redhibitorios se encuentra ampliado, modificado y mejorado a favor del adquirente de bienes o servicios.

El art. 13 de la ley 24.240 establece la responsabilidad solidaria entre el fabricante, importador, distribuidor y vendedor, así como la inclusión en la garantía de los vicios ostensibles o manifiestos al tiempo de la celebración del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento (artículo 11, primera parte).

La nueva ley distingue el plazo de garantía para la adquisición de bienes usados – TRES (3) meses- y SEIS (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor (ley 26.361, art. 11 *segundo párrafo*).⁵⁸

El artículo 18 de la ley 24.240 modificó el sistema del Código Civil – declarando inoponibles sus artículos 2170 y 2176- en dos aspectos: a) El consumidor tiene derecho a la reparación plena (y no sólo a la disminución del precio o la resolución del contrato) en todos los casos, lo cual equivale a reputar de mala fe al proveedor y b) El proveedor no puede argüir útilmente que el consumidor debió haber conocido el defecto.

⁵⁸ La ley 24.240 sólo se refería a la garantía general de tres (3) meses (art. 11 2º párrafo)

A diferencia de las soluciones del Derecho común, que consisten en dejar sin efecto el contrato, por medio de la acción redhibitoria, o una rebaja en el precio a través de la acción *quantis minoris* o estimatoria (artículo 2172, Código Civil), la garantía al consumidor, atiende básicamente a la reparación del bien, a la realización de refacciones necesarias para que funcione normalmente⁵⁹, aunque el consumidor tiene la opción de solicitar: la sustitución de la cosa, su devolución con restitución del precio, o la rebaja proporcional al vicio o defecto.

20. Prescripción.

Con relación al plazo de prescripción de TRES años, establecido por el artículo 50 de la ley 26.361, citamos el fallo de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H: “Martins Coelho María Rosa c/ Cía. de Transporte La Argentina S.A. y otros s/ daños y perjuicios - Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo c/ Compañía de Transporte La Argentina S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 04-07-2008, en el que el Dr. Kiper desarrolló su argumento en forma exhaustiva, en una cuestión en la que se debatía, entre otras cuestiones, la determinación de la aplicación del plazo de prescripción de un año derivado del contrato de transporte, o el de tres años previsto en el artículo 50 de la LDC. Veamos cuál es el argumento:

En primer lugar –señaló– “...para la elección del derecho aplicable, el juzgador no se encuentra atado a la normativa invocada por las partes, sino que en virtud del principio *"iura novit curia"*, tal deber discrecional incumbe que sea ejercido sobre la base de los hechos invocados (conf. Kemelmajer de Carlucci, A., en "Cód. Civil.", T.5, pág. 332 y fallos allí citados).

Sentado ello apuntó que si bien esa Sala venía aplicando el plazo de prescripción de un año contemplado en el art. 855 del Código del Comercio para las acciones de responsabilidad de la transportista por los daños sufridos por los pasajeros durante la vigencia del contrato de transporte, un nuevo estudio de la cuestión debía llevar a

⁵⁹ MOSSET ITURRASPE J. LORENZETTI, R. “Defensa del Consumidor”, Sta. Fe 1993, pág. 118.

considerar que a partir de la sanción de la ley 24.240 corresponde aplicar el plazo trienal establecido en el art. 50 de la citada normativa.-

En el contrato celebrado entre el pasajero y el transportista, éste último asume la obligación de llevar al primero sano y salvo hasta el lugar de destino mediante el pago o promesa de pago de un precio en dinero, asumiendo profesionalmente los riesgos inherentes a tales actos (CNCiv., Sala F, Paradela Miguel A. c/ Empresa de Transportes Mariano Moreno, 21/08/1997; Rep. LL LVIII, pág. 2563, n° 8) configura un *contrato de consumo* (art. 1, ley 24.240).

Tampoco cabría duda respecto de que el vínculo jurídico entre el porteador (proveedor) y el pasajero (usuario o consumidor) constituye una relación de consumo conforme con la definición que nos brinda el art. 3° de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361.- Por otra parte –agregó– los consumidores o usuarios se encuentran protegidos por el art. 42 de la Constitución Nacional implementados en los arts. 5 y concs. de la ley 24.240.- El propio art. 42 de la Constitución Nacional adopta esta expresión de "relación de consumo", incluido expresamente en el artículo 1°, apartado segundo, para evitar circunscribirse a lo contractual y referirse con una visión más amplia a todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para el destino final de consumidores y usuarios" ⁶⁰

La normativa general prevista en los Código Civil y de Comercio sufre excepciones importantes cuando el contrato tiene por objeto una relación de consumo encuadrable en la ley 24.240 y sus modificatorias.- Las normas de esta ley son correctoras, complementarias o integradoras para el supuesto especial de tener que aplicarse al contrato para consumo y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos y demás legislación vigente.- Concretamente esta ley no contiene una regulación completa de los actos que puedan dar nacimiento a un contrato para consumo según sus previsiones sino que trata de corregir y evitar los abusos a que podría dar

⁶⁰ CNCiv., Sala M, "Ricci Elsa del Carmen c/Metrovias SA s/daños y perjuicios" del 30/05/05, elDial AA2B03

lugar la aplicación de la legislación ordinaria general preexistente en perjuicio de quien actúa como consumidor, pues es la parte estructuralmente más débil de las relaciones de consumo (Belluscio Zannoni "Código Civil y Leyes Complementarias" T. Defensa del Consumidor y Usuario; Ed. Astrea, Bs. As. 2001, pág. 880)" (C.Civ. y Com., Lomas de Zamora, Sala I, "Hambra José Osvaldo c/Mutual de Empleados de Comercio Alte. Brown s/escrituración" del 27/3/2008, eIDial AA46EC).-

Respecto al tema, el Dr. Kiper, comparte la opinión de Farina. Este autor ha señalado que "el art. 50 dispone que las acciones emergentes de esta ley prescriben en el término de tres años.- ¿Qué significa esto?. La ley 24.240 regula todas las relaciones jurídicas emergentes de los contratos celebrados para consumo o uso personal que encuadren en los arts.1º y 2º. El consumidor cuyo acto jurídico de adquisición está tutelado por la ley, puede tener varios derechos frente al proveedor, que abren la posibilidad de ejercer diversas acciones por vía de excepción o demandas judiciales: exigir a la otra parte el exacto cumplimiento del contrato, o que se declare la ineficacia (o nulidad) de las cláusulas abusivas, o ejercer las acciones de responsabilidad, o exigir la reparación o sustitución del bien objeto del contrato, etc. ¿Cualquiera de estas acciones prescribe para el consumidor o usuario en el término de tres años?. Entendemos que sí, pues el art. 50 es terminante y no formula distinguos, ni siquiera para diferenciar los supuestos de obligaciones de naturaleza contractual de las que nacen de la responsabilidad aquiliana.- Sin embargo puede ocurrir que el consumidor vea reducido el plazo de prescripción a tres años para demandar a un proveedor en virtud de un vínculo jurídico cuya prescripción esta sujeta al plazo de diez años del art. 4023 Código Civil.- Salvo este supuesto, que puede dar lugar a controversias en razón de lo dispuesto por el último párrafo del art. 3º, en general, este plazo de tres años favorecerá a los usuarios en la mayoría de los contratos celebrados habitualmente para el consumo o uso particular, al otorgarle mayor tiempo del que disponían hasta ahora para promover la acción.- Tal será lo que ocurra en lo sucesivo con los contratos de seguro (art. 58 de la ley 17.418), y de transporte (art. 855, Cód. Comercio) y con las acciones por nulidad de los actos jurídicos (art. 4030 Cód. Civil), por responsabilidad aquiliana (art. 4037),

por vicios redhibitorios (art. 4041), etc. (cfr. Farina Juan M. "Defensa del Consumidor y del usuario" comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/94, págs. 516/517, Ed. Astrea, 3º edición actualizada, Bs.As., 2004).-

El Dr. Kiper, no desconoce que existen opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que, en contrario, sosteniendo que las normas de la ley del consumidor en tanto generales ceden frente a la especificidad que resulta de otras normas, como sería en el caso la prevista por el art. 855 del Código de Comercio.

Sin embargo, la interpretación que propicio se ha visto plasmada en la reforma introducida por la ley 23.361 que agregó el siguiente párrafo al art. 50 "Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente (3 años) se estará al más favorable al consumidor".

Además encuentra apoyo en dos principios rectores en la materia, el primero, que nos indica que en materia de prescripción debe prevalecer un criterio de apreciación restrictivo pues en caso de duda debe estarse por aquella que mantenga vivo el derecho; el segundo que refuerza el anterior e impide arribar a una decisión distinta a la que propongo, es el establecido por el art. 3º de la ley 24.240 que establecía que "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable al consumidor" y cuyo texto conforme la ley 26.361 dispone que "en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor".

Acerca de esto último aunque referido a la prescripción del art. 58 de la ley de seguros se resolvió que "el plazo de prescripción trienal de la ley 24240 debe prevalecer sobre otros plazos prescriptivos menores, y ello no porque haya una derogación directa o indirecta de esta última norma por ser el estatuto consumerista ley más nueva o sobreviniente sino porque el orden público protectorio que informa el texto del art.3 de la ley 24240 hace que todo contrato del consumo, deba regirse por los preceptos que en el caso resulten más favorables a esa parte más débil de la relación negocial (en definitiva la ley 24240 lo que busca es nivelar las desigualdades que en orden a la potencialidad negociadora tienen los proveedores profesionales de bienes y servicios y

quienes son consumidores de los mismos) y en tal caso es más favorable un plazo trienal que uno anual cuando de pérdida de acciones se trata ⁶¹.-

En suma, y por las razones expuestas, en el fallo se considera que en el caso corresponde aplicar el plazo de prescripción previsto en el art. 50 de la ley 24.240 y en consecuencia, rechazar la excepción opuesta por la compañía de transportes en el expte. 73.540/02 "Martins Cohelo c/Cia de Transportes La Argentina". Compartimos lo expresado por el fallo precitado.

21- Conclusión.

La nueva ley 26.361 es considerada una norma superadora de la normativa precedente, no obstante algunos reparos relativos a las dificultades en la aplicación de las soluciones previstas ante posibles planteos de inconstitucionalidad. Nos referimos concretamente a la posibilidad del ejercicio de sanciones con carácter de cosa juzgada por parte de la administración pública, o la superposición de acciones en sede administrativa y judicial, sólo para mencionar algunos de los puntos poco claros que darán lugar a debates cuyas soluciones prometen cierta falta de homogeneidad.

No obstante, el abordaje de la temática y de la idoneidad de los nuevos medios implementados recién comienza, y sólo el tiempo decantará las soluciones propuestas como acertadas o acentuará las posibles contradicciones.

⁶¹ Cám. Civ. Com. de Santa Fe, Sala I, "Martínez Walter César c/ Atenía Vida SA" del 04/10/2006, RCyS 2006, 1258 IMP 2006 23 24, 2994 LLitoral 2006,1451, obtenido de laley online