
EL IMPACTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN EN EL DERECHO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

*Manuel J. PEREIRA**

Fecha de recepción: 4 de abril de 2016

Fecha de aprobación: 27 de abril de 2016

Resumen

En el artículo se examinan los principales cambios que produjo el Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor de la República Argentina. El autor brinda su opinión sobre cada una de esas modificaciones y, luego, se pronuncia acerca de si el balance ha sido o no positivo.

Palabras clave

Código Civil y Comercial de la Nación – Consumidor – tercero expuesto – *bystander* – cláusulas abusivas – situaciones abusivas – arrepentimiento – publicidad – Derecho Internacional Privado – contratos a distancia

* Abogado por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Doctorando en Derecho Privado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en Derecho del Consumidor (UCES). Egresado del Curso de Actualización en Código Civil y Comercial Unificado (UBA). Jefe de Trabajos Prácticos en Obligaciones Civiles y Comerciales (UBA). Profesor Asociado de Derecho de Defensa de la Competencia y del Consumidor (UCES). Profesor Adjunto de Derecho de Daños (UCES). Profesor Coordinador del Posgrado en Derecho del Consumidor (UAI). Profesor de Capacitación de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor de Capacitación para abogados del BCRA. Profesor de Capacitación para abogados en Contacto Profesional. Autor y coautor de capítulos de libros, artículos y ponencias en Congresos sobre temas de su especialidad. Disertante en Jornadas de Derecho Civil y de Derecho del Consumidor. Secretario del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 71.

THE IMPACT OF THE NEW CIVIL AND COMMERCIAL CODE IN CONSUMER PROTECTION LAW

Abstract

This paper aims to analyze the main changes that the Civil and Commercial Code introduced to Consumer Protection Law in Argentina. The author offers his opinion on those changes and on whether the final balance has been positive or negative.

Keywords

Argentine Civil and Commercial Code – Consumer Protection Law – bystander – abusive situations – right to regret – publicity – International Private Law – distance contracts

I. Propósitos de este trabajo

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que tiene 2671 artículos, que reemplazan a los más de 4050 artículos del Código Civil sancionado en 1869, introduce importantes modificaciones en materia de Derecho Privado. El Derecho del Consumo no ha quedado al margen de esos cambios. La ley 26.944 aprobatoria del Código unificado reformó de manera expresa algunos artículos de la ley que vertebraba esta rama del Derecho en la República Argentina, esto es, la ley 24.240 y, al mismo tiempo, al incorporar normas tuitivas del consumidor en el propio Código, introdujo modificaciones tácitas a distintas figuras de esta materia.

Con este artículo nos proponemos identificar esos cambios más relevantes para luego analizarlos de manera crítica y concluir si el resultado final ha sido o no positivo desde el punto de vista de la protección a los consumidores. Advertimos al lector que no es nuestra intención agotar la temática propuesta pues ello excedería los límites de la invitación que se nos ha cursado. Tan sólo dejaremos esbozados los puntos sobresalientes para quizás desarrollarlos con mayor profundidad en otra ocasión.

II. El análisis de las normas

II.A. Introducción

Como punto de partida, debemos considerar que en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se señala que se ha intentado “...incluir en el

Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una ‘protección mínima’, lo que tiene efectos importantes: A) En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. B) Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema; C) También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. D) En el campo de la interpretación, se establece un ‘diálogo de fuentes’, de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor” (LORENZETTI, 2012).

En estricta referencia a la estructura de las normas que se proyectan sobre la defensa de los consumidores y usuarios en el nuevo Código, cabe señalar que ellas se ubican en el Libro Tercero, Título III, denominado “Contratos de consumo”.

Si bien los autores discrepan en orden a si la regulación de este capítulo se ciñe únicamente a los “contratos de consumo” (VÍTOLO, 2015) o si puede aplicarse a toda otra relación jurídica que reúna las características de una “relación de consumo” (NICOLAU y HERNÁNDEZ, 2012), nosotros coincidimos con esta última postura. En ese sentido, debe evaluarse que el capítulo cuenta con cuatro artículos (1092 a 1095) que sucesivamente se ocupan de la “relación de consumo”, el “contrato de consumo”, la “interpretación y prelación normativa” y “la interpretación del contrato de consumo”.

Sobre el contrato de consumo, debe subrayarse que se lo regula como una categoría especial, lo cual implica dejar de lado el concepto único de contrato como contrato paritario, es decir, entre pares, conceptualizándose ahora de una forma amplia y flexible y con distintas categorías (contratos paritarios, contratos de cláusulas predisuestas y contratos de consumo) (LORENZETTI, 2012).

Se traen ahora al Código unificado conceptos que hasta entonces existían únicamente en la ley especial como “el principio de protección del consumidor” (art. 1094), y la regla hermenéutica “a favor del consumidor” (art. 1094, *in fine*). Adviértase que no se limitó la actuación del principio y de la regla antes indicada a las relaciones de consumo de fuente contractual, sino que se buscó expandir sus alcances sobre las restantes fuentes, con interesantes consecuencias prácticas (v. gr., en materia de ofertas al público o en materia de hechos ilícitos).

Ahora bien, a los fines de evitar incoherencias entre el sistema general del Código Civil y Comercial y el microsistema de defensa del consumidor —ley 24.240 y leyes especiales— se reformaron los arts. 1, 8, 40 bis y 50 de la ley 24.240, relativos a la categoría del consumidor, a la publicidad, a la oferta realizada fuera del establecimiento comercial, a la liquidación de daños en sede administrativa y al régimen de prescripción. La modificación que se pretendía hacer respecto de los “daños punitivos”, finalmente, no fue aprobada.

Frente a esta doble regulación, posee suma relevancia lo dispuesto por el art. 1094, pues bajo el título de “Interpretación y prelación normativa” establece que *“las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”*. Por otra parte, el art. 1095 dispone que *“[e]l contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”*.

El Código en este punto reedita el art. 3° de la ley especial, en cuanto consagra el principio *pro consummatore* o principio protectorio del consumidor. Éste encuentra su fundamento en que en la relación de consumo existe una relación de asimetría por distintos aspectos, ya que el consumidor frente al proveedor desde un punto de vista económico, financiero y social se encuentra en una situación de inferioridad. También hay un distinto nivel de acceso a la información, ya que el proveedor conoce mejor los productos y servicios que ofrece. A su vez, la libertad de negociación del consumidor frente al proveedor es notoriamente reducida pues no puede concertar cláusulas ni condiciones de contratación. De otro lado, debe ponderarse que el consumidor acude al proveedor para satisfacer necesidades sociales, mientras que para el segundo se trata de un negocio.

En otro orden, el Código innova al hablar del consumo sustentable. Según las Naciones Unidas, éste significa *“(…) que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras deben satisfacerse de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental”*. Consumo sustentable es, pues, el uso de recursos y productos relacionados que responden a las necesidades básicas y aportan una mejor calidad de vida al mismo tiempo que minimizan el uso de recursos naturales y de materiales tóxicos, así como también la emisión de desechos y contaminantes sobre el ciclo de vida de manera que no ponen en peligro las necesidades de futuras generaciones.

Creemos que este principio constituye una directiva para el juez o para cualquier otro órgano administrativo al que le corresponda interpretar y aplicar normas. Así como al regular la acción preventiva el Código le indica al juez que debe tomar aquella medida que resulte más idónea para lograr el fin perseguido y que implique una menor restricción de

derechos. Aquí se le hace saber que al interpretar las normas debe buscar aquella decisión que sea más acorde con un desarrollo sustentable.

II.B. Nuevas características de la relación de consumo

En los últimos años, particularmente desde la sanción de la ley 26.361 que modificó la ley 24.240 incorporando, entre otras figuras, la del “consumidor expuesto” o *bystander*, mucho se ha discutido acerca de las características que debe reunir una persona humana o jurídica para entrar en la categoría de consumidor. No se trata de una cuestión menor pues, precisamente, estamos hablando de la llave a la puerta de entrada de este microsistema, sumamente protectorio del consumidor, que le otorga derechos exclusivos (apartamiento de normas que rigen los contratos paritarios, derecho de arrepentimiento, derecho a la información agravado, entre otros) y beneficios procesales (carga probatoria dinámica, beneficio de gratuidad, daños punitivos, proceso abreviado, etc.).

En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en el año 2011, la Comisión 8 recomendó que: “1) *La categoría jurídica consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino. Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio. Excepcionalmente, el destino final se encuentra ausente en el caso del sujeto expuesto a una relación de consumo.* 2) *La tutela del consumidor abarca cuatro supuestos distintos, a saber: a) Quien adquiere bienes o servicios con un destino final, sea a título gratuito u oneroso (consumidor en sentido estricto). b) Quien utiliza bienes o servicios con un destino final sin ser parte de un contrato de consumo. c) El sucesor particular en los derechos adquiridos por el consumidor originario. d) Los sujetos expuestos a una relación de consumo.* 3) *Las personas jurídicas son, en principio, consumidoras, en la medida en que se den los presupuestos antes señalados”.*

El art. 1092 del Código mantiene como elemento estructural de caracterización al consumo final, lo que supone que las personas físicas o jurídicas que desarrollan actividades económico-empresariales no pueden ser excluidas *a priori* del régimen de protección. Esto es así, conforme lo entiende la doctrina mayoritaria: “(...) en tales supuestos el carácter de destinatario final se entenderá configurado si la operación realizada se sitúa fuera del ámbito de su actividad profesional específica, apreciado ello en función del objeto de la actividad económica junto a otras circunstancias relevantes del caso (v. gr., la naturaleza de la relación de consumo, grado de vulnerabilidad, situación monopólica del proveedor, etc.)” (HERNÁNDEZ y FRUSTAGLI, 2011).

Una situación diferente se presenta con la variante del “*sujeto expuesto a la relación de consumo*”. La generalidad que exhibía la norma produjo críticas de algunos prestigiosos juristas que destacaron las dificultades para precisar con exactitud su significación y alcances (STIGLITZ y PIZARRO, 2009), y particularmente, denunciaron las interpretaciones exageradamente amplias que llevaron a comprender dentro de la figura a situaciones como las del tercero damnificado en el seguro de responsabilidad civil (SOBRINO, 2012).

El Código tuvo en cuenta dichas opiniones y excluyó la figura del sujeto expuesto dentro de la categoría del consumidor, admitiéndola únicamente en el capítulo 2 sección 1ª del Título III, en el ámbito específico de las “Prácticas abusivas”. Así, el art. 1096 expresamente dispone: “[*]as normas de esta sección son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”.*

Lo cierto es que la figura del bystander o “tercero expuesto” ha desaparecido del texto legal tal como la conocíamos hasta ahora. Aunque admitimos que el concepto era excesivamente amplio y podía llevar a soluciones no deseadas por el legislador y que resultaban inconsistentes dentro del sistema jurídico, ello no justificaba acotarla únicamente a las prácticas abusivas. Piénsese que ha quedado fuera de la protección especial el supuesto típico que solíamos mencionar cuando enseñábamos esta figura, es decir, el de aquél transeúnte que mientras camina por la calle puede resultar lesionado por la explosión de una caldera que contenga un defecto de fabricación. Es cierto que, ahora, el damnificado podrá recurrir a la teoría del riesgo y demandar al dueño de la caldera, pero es dudoso que pueda demandar al fabricante, solución que antes estaba permitida por el viejo régimen legal, a la luz de los arts. 1 y 40 de la ley especial.

Nos genera serias dudas, por otra parte, que más allá de la derogación producida por el nuevo texto normativo, pueda concluirse en la subsistencia de la figura a partir de la doctrina del fallo “Mosca”. Recuérdese que en dicho precedente jurisprudencial, anterior a la reforma de la ley 26.361, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “*la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época y, en ese sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no hicieron, entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales”.*

Disentimos, pues, con aquellos que interpretan que la norma clausurará el debate en torno a la caracterización del consumidor. Muy por el contrario, pensamos que la discusión seguirá en pie ya que para algunos, el tercero expuesto subsistirá por la doctrina del mencionado fallo “Mosca”, mientras que para otros habrá sido eliminada. Pero, además, creemos que tampoco el nuevo Código tornará superfluo el debate acerca de que las personas jurídicas puedan ser consideradas consumidoras. Hoy en día, dicho carácter no sólo les es negado en las oficinas administrativas de protección al consumidor, sino también en varios fallos judiciales. A todos estos conflictos, debe sumársele el del derecho transitorio. ¿Puede aplicársele el nuevo art. 1092, en cuanto elimina la figura del tercero expuesto, a los sujetos que resultaron damnificados antes de su entrada en vigencia? A nuestro modo de ver, ello resultaría desacertado pues el derecho a reclamar se consolidó con la producción del daño y, por ende, no puede haber aplicación retroactiva de la nueva ley. Sin embargo, no faltará quien opine que se trata de una norma procesal, de aplicación inmediata a las situaciones en curso de ejecución.

Antes de concluir este acápite, interesa subrayar que en materia de “tiempo compartido” y “cementeros privados” los arts. 2100 y 2111 establecen que dichas relaciones jurídicas se encontrarán alcanzadas por las normas que regulan las relaciones de consumo, previstas en el mismo Código y en las leyes especiales.

II.C. Prácticas, cláusulas y situaciones abusivas

Los arts. 1097, 1098 y 1099 se ocupan de las prácticas comerciales abusivas, obligando al proveedor a brindar un trato digno a los consumidores, en consonancia con lo que dispone el art. 8 bis de la ley 24.240.

Lo novedoso respecto del régimen de la ley especial es que el art. 1097 prevé que *“la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de Derechos Humanos”*. El Código hace hincapié en reiteradas normas acerca de la dignidad de la persona humana. Véase, por ejemplo, que el art. 51 establece que *“[l]a persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”*.

Por su parte, el art. 1099 expresa que *“[e]stán prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo”*, lo que la doctrina denomina “ventas atadas”, que ya se encontraban prohibidas en el art. 2, inciso i) de la Ley de Defensa de la Competencia 25.156.

Ahora bien, en el capítulo 4 de este Título III, arts. 1117 a 1122, se incluye el régimen de control de las cláusulas y de las prácticas abusivas. Estas normas no tienen un antecedente en la ley 24.240, de manera que vienen a satisfacer la demanda de la doctrina especializada. Una cuestión importante y habitual en el marco de las leyes de protección contra las cláusulas abusivas es regular no sólo el control de contenido, sino también el de incorporación de aquéllas, cuestión que el Código prevé (MARIÑO LÓPEZ, 2011).

En primer lugar, se ofrece una definición de los términos. Según el art. 1119, lo que caracteriza a una cláusula como abusiva es el efecto deseado, o no, que se produce al incluirla en el contrato o en la relación de consumo, es decir, si tiende a provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Para calificarla no será necesario verificar si el contrato es negociado, por adhesión o predispuesto, pues aun tratándose de cláusulas negociadas pueden ser consideradas abusivas (lo cual es un gran avance en tanto implica el fin de las discusiones que giran en torno a este punto).

La normativa prevista se aparta de la Directiva Europea 93/13 sobre cláusulas abusivas, que en su art. 3º excluye de este concepto, de manera expresa, a aquéllas que se hayan negociado individualmente, y aclara que no existe negociación individual cuando la cláusula ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir en su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Pensamos que la solución del Código es acertada pues no diferencia entre cláusula abusiva negociada y aquella que no lo fue, evitando que el proveedor pueda plantear defensa alguna en ese sentido. La Directiva Europea, en cambio, para proteger al consumidor, obliga a invertir la carga de la prueba en relación al carácter de negociada de la cláusula, disponiendo que si el proveedor afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, aquél tiene la carga de acreditar dicho extremo.

En la relación de consumo, los requisitos para que una cláusula sea declarada abusiva son: a) que se encuentre inserta en un contrato o en una relación de consumo, independientemente de que se trate de una cláusula negociada, de un contrato por adhesión o predispuesto, de condiciones generales de contratación o de cláusulas individuales; b) que cause perjuicio al consumidor; c) que el perjuicio derive de un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes de la relación de consumo. La expresión empleada en el Código es similar a la del art. 3º de la Directiva Europea, que sólo agrega que el detrimento al consumidor se produce “pese a las exigencias de la buena fe” que se imponen al proveedor; d) que el desequilibrio sea significativo, el cual debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad (se traduce en términos de comparación entre provecho y sacrificio) o de máxima reciprocidad de intereses, porque las partes confían legítima y recíprocamente en el cumplimiento de las obligaciones asumidas

“según un criterio de equivalencia y reciprocidad” (STIGLITZ y PIZARRO, 2009); e) que no se trate de aquellas cláusulas referidas al precio del bien o servicio objeto del contrato ni tampoco de aquellas que incorporan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

El art. 1120 denomina “situación jurídica abusiva” a la que se origina cuando existe predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos que persiguen en su conjunto provocar un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor. Esta norma supera en claridad y es más precisa que el art. 4° de la Directiva Europea, pues en ella sólo hay una referencia lejana a la conexidad contractual cuando ordena tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de una cláusula todas las demás que integran el contrato, o de otro contrato del que dependa.

Es valioso que se haya contemplado el carácter abusivo que pueda darse en el fenómeno de la conexidad, pues ésta constituye una modalidad habitual en materia de consumo. Suele suceder que cada uno de los contratos conexos mantenga un equilibrio regular entre derechos y obligaciones de las partes, pero, en cambio, cuando se examina el entramado contractual en su totalidad, se advierte que el consumidor resulta víctima de una situación de abuso.

El abuso de derecho se configura respecto de la cláusula o la situación abusiva por el ejercicio irregular del derecho a la libertad de contratar, porque el proveedor ha tenido la oportunidad de obtener el consentimiento del consumidor para el perfeccionamiento de un contrato pernicioso, limitando su libertad de elegir con quién contratar y/o su libertad de configuración interna del contrato (PRIETO MOLINERO, 2011). Aun si el contrato de consumo ha sido negociado, debe interpretarse que el consumidor tuvo restringida su autonomía al disponerse el contenido del contrato porque, de lo contrario, se hubiera resistido a suscribirlo con un desequilibrio significativo que le causa perjuicio.

Respecto del control de contenido de las cláusulas abusivas, se introduce una regla relevante en nuestro derecho, cuando se deja en claro que la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control judicial (art. 1119), solución que ya habían brindado nuestros tribunales en numerosos precedentes. Respecto de la ineficacia que padece la cláusula declarada abusiva, el Código incurre en la misma ambigüedad que la ley especial al establecer que se la tiene por no convenida, lo cual puede remitir a la teoría de la inexistencia —que no ha sido recogida en el nuevo cuerpo legal— o a la nulidad absoluta por contrariar normas de orden público (art. 65, ley 24.240).

En cuanto al control de contenido en los contratos conexos, se remite a la aplicación del art. 1075, según el cual probada la conexidad, el tribunal debe admitir que a un contrato pueda oponérsele la excepción de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aun frente a la inexecución de las obligaciones ajenas a su contrato. Deberá tener en cuenta el principio de conservación del contrato cuando la extinción de uno de los acuerdos produzca la frustración de la finalidad económica.

Insistimos en que es sumamente valioso que el Código le permita el juez declarar que una cláusula resulta abusiva a pesar de haber sido aprobada en forma individual y expresa por el consumidor. De esta manera se neutraliza la habitual práctica de incluir cláusulas que, si bien tienen apariencia de ser negociadas porque no son preimpresas, han sido predispuestas por el proveedor.

En otro orden, debemos considerar que se aplican a las cláusulas abusivas lo dispuesto por las leyes especiales y lo previsto en los arts. 985, 986, 987 y 988 del Código, existan o no cláusulas generales predispuestas por las partes. Es decir, que en los contratos de consumo, en relación con las cláusulas del contrato: a) las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes; b) la redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible; y c) se tienen por no convenidas aquéllas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

Por último, es sumamente relevante el límite que ha impuesto el art. 1122 a la declaración de abusividad. El Código prevé en el artículo citado que no pueden ser declaradas abusivas: a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado; b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

En cuanto a la limitación respecto del precio, creemos que resulta acertada pues, salvo que se trate de servicios públicos cuyas tarifas son reguladas por el Estado, en la generalidad de los casos, es decir, en los demás servicios y productos, el consumidor cuenta con libertad para contratar, de modo que si el precio le resulta excesivo puede abstenerse de contratar y si no lo hace, luego no puede cuestionar su decisión, ni ésta puede ser dejada de lado por el juez.

Ahora bien, en cuanto a las cláusulas que constituyan un reflejo de tratados internacionales no comprendidos en el bloque de constitucionalidad o normas legales imperativas, puede ocurrir que éstas sean contrarias a la Constitución Nacional o tratados internacionales de Derechos Humanos que gozan de igual jerarquía (art. 75, inciso 22, CN),

de modo que si ello ocurriese, nos parece que el magistrado podría declarar que en ese caso concreto el tratado internacional o la norma imperativa resulta inconstitucional o inconvencional y, por ende, dejar de lado la limitación a la que alude el art. 1122 inciso “b”).

II.D. Contratos celebrados fuera del establecimiento, a distancia y por medios electrónicos

En este aspecto, se incorporan varias normas de las que carecía el ordenamiento positivo y que complementan las existentes en la ley especial, en concreto, en sus arts. 32, 33 y 34, dando solución a problemas señalados por la doctrina.

En primer lugar, hay un cambio de denominación pues se reemplaza la locución “venta domiciliaria” por “contratos celebrados fuera del establecimiento comercial”, lo que es técnicamente mejor.

El art. 1104 demuestra un avance en cuanto a la técnica legislativa si se lo compara con el art. 32 de la ley especial. Sucede que no señala que el contrato es “la oferta o propuesta de venta de un bien”, sino que da una definición técnicamente correcta al indicar que el pacto celebrado fuera del establecimiento es aquel que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio. Por otro lado, la norma abandona la referencia al convenio de venta fuera del establecimiento, porque la venta es sólo un tipo contractual y la norma se aplica a cualquier pacto que se celebre fuera del establecimiento del proveedor, ya sea que tenga por objeto la adquisición del dominio u otros derechos sobre cosas o que se refiera a la contratación de servicios (NICOLAU y HERNÁNDEZ, 2012).

Además, el artículo incluye dentro de la categoría varias modalidades contractuales: acuerdos concluidos en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, por medio de correspondencia y los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario para asistir a determinado lugar. Se encuentra incluida también la contratación por correspondencia, expresión que sustituye la errónea denominación “venta” por correspondencia y otras del art. 33 de la ley especial. En el Código esta contratación se encuentra incluida en los denominados “contratos celebrados a distancia” (art. 1105), que sustituye la categoría clásica de “contratos entre ausentes”.

También se regula la contratación por medios electrónicos mediante normas específicas y rigurosas para proteger a los consumidores. Así, el art. 1107 establece el deber de informar respecto del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, reglas que son de costumbre en materia de protección al consumidor. Aquí corresponde hacer un paréntesis pues respecto de la facultad de revocar hay un cambio sustancial. El art. 34 de la

ley especial prevé que “(...)el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación 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 (...)”, mientras que el art. 1110 establece que “[e]n los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia, el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato. Si la aceptación es posterior a la entrega del bien, el plazo debe comenzar a correr desde que esta última se produce”. En otras palabras, según el nuevo Código, el derecho de revocar la aceptación o de arrepentimiento debe ejercerse desde la entrega del bien, mientras que en la ley especial el cómputo del plazo comienza desde la entrega del bien o desde la celebración del contrato, lo que ocurra último. Frente a esta distinta regulación, cabe estar a lo que resulte más favorable al consumidor según lo previsto por el art. 1094 del Código y lo dispuesto por el art. 3 de la ley especial.

Volviendo al art. 1107, cabe advertir que se agregan también exigencias que resultarán muy útiles en esta modalidad de contratación, ya que se establece, además, que la información debe comprender todos los datos necesarios para utilizar en forma correcta el medio elegido y para comprender los riesgos derivados de su empleo, así como “para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”.

Es valioso que se controle el cumplimiento de esa obligación pues los usuarios de estos medios electrónicos bien pueden ser adolescentes que se niegan inconscientemente a tomar en cuenta los riesgos que asumen, o personas mayores que desconocen, en alguna medida, los medios electrónicos e ignoran los peligros que ellos implican. No nos parece acertado, sin embargo, que se admita la posibilidad de trasladar el riesgo del medio empleado al consumidor. La norma está admitiendo, de modo implícito, que pueda trasladarse ese riesgo al consumidor cuando dispone que el proveedor debe brindarle toda la información necesaria para que quede claro quién asumirá los riesgos de la contratación electrónica. Las consecuencias del empleo de un medio riesgoso para la contratación deben estar a cargo de quien toma la iniciativa de su empleo que, en este caso, es el proveedor.

En cambio, una regla correcta es la que se vincula con la instrumentación de los contratos celebrados mediante el empleo de estas modalidades. El art. 1106 refiere al documento electrónico dando a éste los efectos del instrumento privado, pues afirma que cuando se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el acuerdo con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar. Si bien no se dice que el documento electrónico es un instrumento privado, se afirma sin ambages que satisface la exigencia de contrato por escrito. Se da una solución realista a la cuestión, pues se prescinde de exigir la firma digital en esos

documentos, reconociéndose que su empleo es muy escaso en la sociedad argentina, a pesar de contar con la Ley De Firma Digital N° 25.506.

Otra solución relevante que aporta el Código es aquella relativa al incumplimiento del deber de informar el derecho de revocación. El art. 1111 establece que “...El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente su derecho”, solución que consideramos correcta y que se aparta saludablemente de las normas comunitarias europeas en cuanto fijan que ese derecho se extingue al culminar el plazo de la garantía por vicios.

Por último, mientras los arts. 1112 a 1115 regulan la forma, los efectos y los gastos derivados del derecho de revocación, el art. 1116 establece excepciones para el ejercicio de ese derecho que ya habían sido pregonadas por la doctrina y admitidas por la jurisprudencia, a saber: *a) los contratos referidos a productos confeccionados conforme a las especificaciones suministradas por el consumidor o claramente personalizadas o que, por su naturaleza, no pueden ser devueltos o puedan deteriorarse con rapidez; b) los de suministro de grabaciones sonoras o de video, de discos y de programas informáticos que han sido decodificados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente; c) los de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas.*

II.E.Publicidad

La primera reforma dispuesta en esta materia es la modificación del texto del art. 8 de la ley 24.240, según ley 24.787, la cual consiste en señalar expresamente que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

Es decir, que de un modo inequívoco, lo que la ley 26.994 pretende consagrar es que la información que la publicidad contenga, y sus precisiones, obligan al proveedor en relación con los consumidores. No solo integran el contrato, sino que son obligatorias.

En el cuerpo principal del nuevo Código se incorporan tres normas específicas sobre este tema en el ámbito de los contratos de consumo. La primera está contenida en el art. 1100 que es equivalente al art. 4 de la ley especial. Este artículo repite el mismo contenido, con las siguientes modificaciones: a) elimina las exigencias que la información que el proveedor suministre al consumidor deba ser “clara”, y b) agrega que el proveedor deberá incluir en la información “toda otra circunstancia relevante para el contrato”.

La segunda norma en relación a este tema es la relativa a la prohibición de cierta publicidad, que confiere acciones para su inhibición. Así, el art. 1101 prohíbe toda publicidad que a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor, y c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad. Recordemos que la Ley de Medios Audiovisuales N° 26.522 también reguló el tema de la publicidad, en especial en el art. 81, prohibiendo la publicidad abusiva, ilícita y aquella dirigida a menores de edad, de modo que sobre este punto la innovación del Código ha sido casi nula.

En cambio, el art. 1102 dispone que los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, la de la sentencia condenatoria. Aquí sí hay una acción procesal que no estaba prevista hasta el momento en el derecho positivo.

La tercera modificación dispuesta es la existencia de un artículo con un concepto general, en el cual se reproduce el texto de la primera parte del art. 8° de la ley especial, tras señalar el art. 1103 que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

II.F. Contratos bancarios

El art. 1384 señala que las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo que prevé el art. 1093. Por ende, siempre que una persona humana o jurídica contrate en forma gratuita u onerosa con una entidad financiera, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y también cuando se dé el supuesto de quien, sin ser parte de ese contrato de consumo, como consecuencia o en ocasión de la relación de consumo habida entre un consumidor y una entidad financiera, adquiera o utilice bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, brindados por dicha entidad financiera, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar social quedarán alcanzados por las normas protectorias de los consumidores.

El art. 1385 incorpora una norma que establece que los anuncios de los bancos deben contener en forma clara, concisa y con un ejemplo representativo, información sobre las operaciones que se proponen y, en particular, deben especificar: a) los montos mínimos

y máximos de las operaciones individualmente consideradas; b) la tasa de interés y si ésta es fija o variable; c) las tarifas por gastos y comisiones, con indicación de los supuestos y la periodicidad de su aplicación; d) el costo financiero total en las operaciones de crédito; e) la existencia de eventuales servicios accesorios para el otorgamiento del crédito o la aceptación de la inversión y los costos relativos a tales servicios; f) la duración propuesta del contrato.

El artículo siguiente, esto es, el art. 1386 prevé que el contrato celebrado entre una entidad financiera y un consumidor debe ser redactado por escrito en instrumentos que permita a dicho consumidor: a) obtener una copia; b) conservar la información que le sea entregada por el banco; c) acceder a la información por un período de tiempo adecuado a la naturaleza del contrato; d) reproducir la información archivada. En síntesis, los contratos bancarios de consumo tienen carácter formal, es decir, deben celebrarse por escrito y deben cumplir determinados requisitos en cuanto a su contenido.

Una norma sumamente interesante es el art. 1387 en cuanto establece que, antes de vincular contractualmente al consumidor, el banco debe proveer información suficiente para que el cliente pueda confrontar las distintas ofertas de crédito existentes en el sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina.

En el párrafo 2° del art. 1387 también se establece una regulación especial en relación con la información que pudiera poseer la entidad financiera respecto del consumidor a efectos de evaluar la celebración —o no— del contrato. Así, se dispone que, si el banco rechaza una solicitud de crédito por la información negativa registrada en una base de datos, debe informar al consumidor en forma inmediata y gratuita el resultado de la consulta y la fuente de donde obtuvo la información. Se nos presenta la duda acerca de si esta obligación pueda encontrarse exceptuada en los casos en que el banco rechaza la operación de crédito ante la observación de una fuente que no puede revelar, tales como la Unidad de Información Financiera, la PROCELAC (Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos) o alguna autoridad que investigue operaciones de lavado de dinero.

En materia de gastos y cargos, el nuevo Código establece en su art. 1388 que, sin perjuicio de las condiciones establecidas para los contratos bancarios en general; a) ninguna suma puede ser exigida al consumidor si no se encuentra expresamente prevista en el contrato; b) en ningún caso pueden cargarse comisiones o costos por servicios no prestados efectivamente; y finalmente, c) las cláusulas relativas a costos a cargo del consumidor que no estén incluidas o que están incluidas incorrectamente en el costo financiero total publicitado o incorporado al documento contractual, se tienen por no escritas.

Por último, el art. 1389 dispone que, en materia del deber de información, son nulos los contratos de crédito que no contienen información relativa al tipo y partes del contrato, el importe total del financiamiento, el costo financiero total y las condiciones de desembolso y reembolso.

II.G. Prescripción

En esta materia la modificación ha sido sustancial, pues, volviendo a la redacción anterior a la ley 26.361, la ley 26.994 modificó el art. 50 de la ley 24.240, el que ha quedado redactado de la siguiente manera: *“Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”*. Es decir, en la ley especial está regulado el plazo de prescripción de las sanciones que pudieran derivarse de la infracción a los deberes allí impuestos. Las acciones judiciales que pueda promover el consumidor, en cambio, quedan regidas por el Código Civil y Comercial y, en ese sentido, cabe mencionar que el plazo para demandar por daños y perjuicios, ya sea por responsabilidad contractual o extracontractual, exista o no una resolución de consumo, es ahora de tres años (art. 2561). En cambio, si lo que se pretende es el cumplimiento de un contrato, sea o no de consumo, el plazo que rige es el genérico de cinco años al que alude el art. 2560.

Es un sistema mucho más consistente, que evita que una misma acción judicial, pueda quedar regulada doblemente por el plazo de prescripción fijado en el código de fondo y en una ley especial.

II.H. Disposiciones de Derecho Internacional Privado

En el nuevo Código no se admiten en relación a los contratos de consumo: a) los acuerdos de elección de foro, y b) tampoco se acepta el ejercicio de autonomía de la voluntad en cuanto al derecho aplicable. Sin embargo, se ha previsto un abanico de foros disponibles, todos ellos razonablemente previsibles, a favor del consumidor demandante. Contrariamente, la demanda contra el consumidor sólo puede ser llevada ante los jueces de su domicilio (VÍTOLO, 2015).

En efecto, según el art. 2564, las acciones que versen sobre relaciones de consumo podrán ser entabladas por el consumidor, a su elección, ante los jueces: 1) del lugar de celebración del contrato; 2) del cumplimiento de la prestación del servicio, de la entrega de bienes, del cumplimiento de la obligación de garantía; 3) del domicilio del demandado; 4) del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato; 5) del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de

representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato; o cuando el proveedor las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual. Por otra parte, las acciones que versen sobre relaciones de consumo entabladas contra el consumidor sólo pueden interponerse ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor. En esta materia, no se admite el acuerdo de elección de foro.

En cuanto al derecho aplicable, los contratos de consumo se rigen por las normas del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; o tratándose de un contrato de viaje, que por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Coincidimos en este aspecto con el Dr. VÍTOLO en el sentido de que la iniciativa legislativa consagrada en la ley 26.994 debe considerarse razonable y necesaria a los efectos de poder dar soluciones concretas a los conflictos que hoy en día se presentan.

III. Conclusiones

Como podrá haber advertido el lector con estas líneas, el impacto del Código Civil y Comercial de la Nación sobre el Derecho del Consumidor es relevante. Para empezar, la incorporación de esta materia en un código de fondo denota que ya no se trata de un tema menor, como fue considerado por algunos autores en la década de 1980, sino de una rama específica del Derecho que ha venido para quedarse y que irá creciendo y sistematizándose hasta proyectar su influencia sobre otros aspectos del Derecho Privado y también del Derecho Público. El propio Código lo revela al señalar que los “contratos de tiempo compartido” y los “cementeros privados”, figuras propias de los Derechos Reales, quedan alcanzados por el Derecho del Consumo. El hecho de que esta rama de la ciencia jurídica proyecte sus efectos sobre otras materias no es sino consecuencia de las asimetrías que posee la sociedad actual.

En segundo lugar, si nos atenemos a lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto, los integrantes de la Comisión redactora quisieron fijar un piso mínimo de protección al consumidor para que las leyes especiales sólo puedan establecer regulaciones más beneficiosas. Sin embargo, como hemos visto, en distintos aspectos (eliminación del “tercer puesto”, contratos por medios electrónicos que permiten trasladar riesgos al

consumidor, cómputo del plazo para ejercer el derecho de revocación, menores exigencias en cuanto al deber de información, etc.), la regulación del Código ha sido regresiva respecto de la que establecía la ley especial N° 24.240, de modo que en ese punto se advierte una involución.

Nos parece que, más allá de la acertada regulación en materia de contratos bancarios, del control de las situaciones y cláusulas abusivas, y de la coherente sistematización del instituto de la prescripción liberatoria, las reformas en materia de Derecho del Consumidor se han quedado a medio camino y que se desaprovechó una excelente oportunidad para resolver situaciones de injusticia que aún se muestran carentes de regulación legal, v. gr., el sobreendeudamiento de los consumidores, las acciones de clase, la reincidente insatisfacción de reclamos a usuarios de telefonía celular, de internet, de servicios de electricidad, de tarjetas de crédito, entre otros.

Lamentamos mucho concluir, entonces, en que el balance en esta materia ha sido negativo.

Bibliografía

HERNÁNDEZ, C. y FRUSTAGLI, S. (1992) “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el derecho argentino”, *La Ley*, 2011-E-992.

LORENZETTI, R. (2012) *Código Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

MARIÑO LÓPEZ, A. (2011) “El control de las cláusulas abusivas del contrato de adhesión con consumidores. Estudio de las legislaciones del Mercosur a partir del derecho uruguayo”, en PICASSO, S. y VÁZQUEZ FERREYRA, R. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, t. II, pp. 341-379.

NICOLAU, N. y HERNÁNDEZ, C. (2012) “Breve análisis acerca de la relación de consumo y sus fuentes y de lagunas normas que incorpora en esta materia el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en RIVERA, J. (dir.) y MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 627-648.

PRIETO MOLINERO, R. (2011) “El abuso de derecho y las relaciones de consumo” en PICASSO, S. y VÁZQUEZ FERREYRA, R. (dirs.), *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, t. III, pp. 165-212.

SOBRINO, W. (2012) *Consumidores de Seguros*, Buenos Aires, La Ley.

STIGLITZ, R. y PIZARRO, R. (2009) “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, *La Ley*, 2009-B-954.

VÍTOLO, D. (2015) *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Buenos Aires, Ad hoc.