

El Derecho del Consumidor y su influencia en el derecho contractual

Dra Lidia M R Garrido Cordobera

1- La existencia del Derecho del consumidor. Estado de situación en Argentina

Si bien, para abordar adecuadamente el tema, debe hacerse un recorrido histórico y ubicarnos en la evolución de los cambios sociales y económicos mundiales, para entender y sopesar la aparición de esta categoría de sujetos, que irrumpe en el sistema, sea como microsistema o llevándonos a la revisión de las normas contractuales (todos somos consumidores), ello excede al objeto de nuestro trabajo

Sin embargo, hay que tener presente que el derecho contractual ha evolucionado de los dogmas absolutos de los códigos decimonónicos al concepto de contrato con finalidad social y de un concepto estático normativo a un concepto social económico y valorativo, hablándose del contrato relacional.

Pasamos de presuponer la igualdad de los co-contratantes a distinguir sus desigualdades y a intentar corregirlas mediante una serie de instituciones, de vislumbrar el contrato desde que se celebra, a abarcarlo en las etapas de la negociación y acompañarlo después de la finalización y de sus consecuencias propias; de hablar solamente de contratos negociados a contratos predispuestos, formularios y a Condiciones generales; de que todo este en los códigos al imperio de las leyes especiales.

Es por ello que en los tiempos que corren el Derecho tiene ciertas características destacables según recuerda Alterini¹ :

- 1) La multiplicidad, se hablo del proceso de descodificación pues los códigos ya no contienen la totalidad del sistema, sin embargo se dice hoy de que se encuentra en ellos el sistema orgánico y formal de principios y de normas y cumplen una función insustituible, aportando la centralidad del sistema y proveen los conceptos básicos a los que remiten las leyes especiales. Actualmente cumplirían la función esencial de dar unicidad al sistema
- 2) La flexibilidad, con la proliferación de ramas y derechos especiales y estatutarios con tintes interdisciplinarios.
- 3) La rapidez de los cambios, que hacen al dinamismo de la realidad.

¹ ALTERINI, AA, Mas allá del Código, Revista Jurídica La Ley 4 de marzo 2010.

Recordemos que Duguit². decía que se podía hablar de las transformaciones del Derecho privado sin necesidad de entrar en el detalle de las leyes positivas, puesto que en la realidad de las cosas hay una transformación continua y perpetua de las ideas y de las instituciones, sosteniendo también muy acertadamente que las leyes positivas, los códigos pueden permanecer intactos en sus textos rígidos, pero que por la fuerza de las cosas, la presión de los hechos, de las necesidades prácticas puede ocurrir que el texto haya quedado sin fuerza y sin vida, o bien que mediante una sabia y sutil interpretación, se le de un sentido y un alcance no soñado por el legislador al redactarla³.

Hemos señalado con anterioridad que la protección a cierta categoría denominada “los consumidores”, se va a evidenciar en dos ámbitos dentro del Derecho Privado: el área contractual y el área de la responsabilidad⁴ y que los Derechos Constitucional, Administrativo, Internacional y Procesal también se ocupan de la protección de estos intereses, a punto tal que el tema se ha convertido en uno de los más populares del momento. En el ámbito internacional y de Derecho Comparado, el tema ha sido objeto de tratamiento legislativo, de Declaraciones y directrices que marcan las pautas más sobresalientes de esto que algunos han denominado “derecho del consumo” y que nosotros llamamos Derecho del Consumidor, resaltando al sujeto tutelado⁵.

En Argentina en el área patrimonial, es notable la irrupción de las relaciones de consumo, que cruzan transversalmente el sistema y cuyos principios son prevalentes (conforme al art 3 de la Ley 24240 to), puesto que es una legislación de orden público

Se tiende a proteger a los consumidores de los empresarios que elaboran y ponen en circulación bienes y servicios para el consumo, o realizan contratos con éstos, en los que se utilizan técnicas de pre-redacción, pero la noción misma de consumidores implica una toma de posición, ya que enlazar en ella únicamente a las personas físicas que contraten sobre bienes o servicios implicará excluir a las empresas de las técnicas de protección⁶.

² DUGUIT, L. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)* Ed. Heliasta 1975, 1ra ed, traducción Adolfo G. Posada y Ramón Jaén *Las transformaciones del Derecho Público* y Carlos G. Posada *Las transformaciones del Derecho Privado*

³ DUGUIT, L. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, págs 171 y 172, Ed. Heliasta 1975

⁴ GARRIDO CORDOBERA, L.- BUSTO LAGO, M *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed Reus 2010.

⁵ PARRA LUCAN, M A, *Daños por productos y protección al Consumidor*, Ed Bosch 1990

MARCO MOLINA, J, *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos*, Ed Atelier, 2007

SEUBA, X, *La protección de la salud ante la regulación internacional de productos farmacéuticos*, Ed Marcial Pons, 2010

⁶ MOSSET ITURRASPE, J - LORENZETTI, R, *Defensa del Consumidor* Ed Rubinzal Culzoni, 2003

FARINA, J, *Defensa del Consumidor y del usuario*, Ed Astrea, 1994

PICASSO S- VÁZQUEZ FERRYRA, R (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Ed La Ley, 2009

Hoy, la discusión se centra en dilucidar si todo contrato implica una relación de consumo, lo cual determinaría en ciertos extremos el carácter abusivo de una cláusula (conforme al art 37 LPC) y su consecuente nulidad, haría aplicable la prescripción mas favorable y habilitaría en su caso a las acciones colectivas (conforme al art 43 CN y LPC)

La defensa de los derechos del consumidor es hoy una de las temáticas principales del Derecho Privado y del Derecho Publico, pero ha tenido un derrotero zigzagueante en la Argentina. Este sistema normativo no existía de manera orgánica hasta la Ley de Protección al Consumidor, pero se infería de una serie de disposiciones entre las que encontrábamos las leyes de defensa de la competencia (22.262), de lealtad comercial (22.802), de medicamentos (16.643), de abastecimiento (20.680), entre otras.

La ley 24240 de Protección al Consumidor fue sancionada el 22 de septiembre de 1993, con un veto en materia de garantías legales y en responsabilidad por productos, un año después, en 1994, recién asistimos un hito fundamental, a la consagración a nivel Constitucional de los derechos del Consumidor en el art 42 de la CN, lo cual que impulso una profunda y vigorosa relectura de la ley⁷.

En 1998, la Ley 24999, le devolvió al texto normativo todo su vigor en materia de responsabilidad de la cadena de comercialización de bienes y servicios al reinstaurar el art 40 vetado, y finalmente la reforma en el 2008 introduce sustanciales modificaciones por la ley 26361, aunque ciertos institutos despiertan fuertes críticas, como el daño directo o el modo en que se receptan los daños punitivos., que modifica e incorpora un total de 36 artículos, pero de gran importancia cuyo tratamiento y critica exhaustiva en esta oportunidad nos excede⁸.

Los ataques a los que se puede estar sometido en materia de consumo son múltiples y hace necesario que se reconozca entidad a los grupos intermedios para garantizar, en definitiva, la calidad de vida y evitar la continuidad de lo que perjudica a la comunidad toda y además que el Estado como cabeza del Poder de Policía adopte ese rol efectivamente, y que la Justicia no sea una Justicia⁹.

⁷ GELLI, M A, *Constitución de la Nación Argentina*, Ed La Ley, 2003.

RINESSI, J A, *Relación de Consumo y derechos del Consumidor*, Ed Astrea 2006

MOSSET ITURRASPE, J, *Defensa del Consumidor*, Ed Rubinzal-Culzoni, 2003

LORENZETTI, R, *Consumidores*, Ed Rubinzal-Culzoni, 2003

⁸ ALTERINI A.A., *Las Reformas a la ley de defensa del consumidor- primera lectura 20 años después*, Rev LL abril 2008

PIZARRO, R.D.- STIGLITZ, R *Reformas a la ley de defensa del Consumidor*, Rev La Ley 16/3/09

PICASO S- VAZQUEZ FERRYRA, R (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Ed La Ley, 2009

⁹ RUSCONI, D *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed Abeledo Perrot, 2009

PAGES LLOVERAS, R, *Protección Judicial del Consumidor*, en Manual de Derecho del Consumidor, pag 451 y ss, Ed Abeledo Perrot, 2009

Encontramos entre el catálogo de derechos¹⁰ de los consumidores, sin que ello implique una nómina taxativa los siguientes: 1) de ser informado; 2) de ser escuchado; 3) de peticionar colectivamente ante las autoridades; 4) de ser resarcido de los daños; 5) de educación; 6) de protección.

Con respecto al “daño por productos de consumo” el problema es - como ya lo hemos dicho en varios trabajos- de gran interés y complejidad, ya que por su naturaleza además de configurar un daño particular puede ser un daño colectivo y afectar a comunidades de individuos, vulnerando el derecho garantizado a la “calidad de vida” y la tutela jurisdiccional¹¹.

2. Protección Constitucional

La reforma de 1994 reglo en el art 42 de un modo expreso la protección de los consumidores en el territorio nacional¹², estableciéndose que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato digno y equitativo”, y en su 2do párrafo se manifiesta enfáticamente que “las autoridades proveerán a la protección de estos derechos”.

Esta norma según manifiesta Gelli reconoce como fuente, aunque con variantes el art 51 de la Constitución Española de 1978¹³, Lorenzetti lo menciona como un derecho Fundamental¹⁴ y Farina al hablar del mandato constitucional dice que se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa, recordando como advierte Santos Briz que todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre¹⁵.

Por su importancia hay que recalcar y su actualidad, que el texto constitucional incorpora el termino “relación de consumo”, lo que hasta la reforma de la ley de protección al consumidor en el 2008 obligo a una cuestión de armonización interpretativa ya que la ley de 1993 tenia un concepto mas restringido y recién con la ultima modificación se consagra con esos términos en el texto de la ley¹⁶.

¹⁰ PEREZ BUSTAMANTE, L, *Derecho social de Consumo*, Ed La ley, 2004

¹¹ Deben intensificarse los controles de calidad de los productos y fiscalizar la propaganda y los prospectos que acompañan al producto

¹² Existían desde la vuelta a la democracia en 1985 una serie de Constituciones y Leyes Provinciales que ya los consagraban en su territorio.

RUSCONI, D *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed Abeledo Perrot, 2009

¹³ GELLI, M A, *Constitución de la Nación Argentina*, pag 371 Ed La Ley, 2003

¹⁴ LORENZETTI, R *Contratos*, pag 76, Rubinzal Culzoni, Rosario 2003

¹⁵ FARINA, J, *Defensa del Consumidor y del usuario*, pag 5, Ed Astrea, 199

¹⁶ El art 3 LPC establece “relación de consumo es el vínculo jurídico que entre el proveedor y consumidor o usuario”

Opinamos siempre - siguiendo a Bidart Campos- que lo prescripto por nuestra norma constitucional constituyen o son derechos plenamente operativos, invocables entre particulares y contra el Estado, en el caso de los consumidores, hay un expreso derecho a la información, a la salud, lo cual unido al derecho a no ser dañado que dimana del art 19 CN según lo ha dicho la Corte Suprema, da la base constitucional para considerar que frente al supuesto de daño causado debe mediar la correspondiente indemnización¹⁷.

Recordemos que en la Argentina nos encontramos en pleno auge de la interrelación del Derecho privado y la Constitución, en el proceso que se ha denominado constitucionalización del derecho privado

3. Ámbito de aplicación de la Ley 24.240 (TO) Consumidor y Relación de Consumo

En una apretada visión de la ley, a fin de tener una mirada de conjunto, vemos que con la sanción de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, nuestro país se incorporo al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, y fueron varias las leyes que modificaron sus alcances, las mas importantes serian la ley 24.499 en 1998 y la ley 26361 de abril del 2008, que modifica e incorpora un total de 36 artículos, pero de gran importancia¹⁸. Veamos entonces someramente algunas cuestiones

a) Sujetos comprendidos

La ley en su versión actual, expresa que es su objeto la defensa de los consumidores o usuarios, en el Derecho Argentino se entiende comprendidas a las personas físicas o jurídicas, que contraten a titulo oneroso o gratuito para su consumo final o de su grupo familiar o social. La protección también alcanza a quien sin ser parte en la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella se encuentre expuesto a una relación de consumo¹⁹.

¹⁷ Al formar la Constitución un todo armónico, debemos relacionar la parte pertinente del Preámbulo “Promover el bienestar General”, el art 41 de protección ambiental, el 43 de Amparo colectivo, el 75 de las atribuciones del Congreso, 86 del Defensor del Pueblo y el art 31 que referencia los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional .

¹⁸ ALTERINI A.A, *Las Reformas a la ley de defensa del consumidor- primera lectura 20 años después*, Rev LL abril 2008
PIZARRO, R.D.- STIGLITZ, R *Reformas a la ley de defensa del Consumidor*, Rev La Ley 16/3/09
PICASSO S- VAZQUEZ FERREYRA, R (Directores), *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, Ed La Ley, 2009

¹⁹ Comprende la adquisición de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados, y figuras afines
El art 2 establece que es PROVEEDOR la persona física o jurídica de naturaleza publica o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores y usuarios.

En la reforma, se incluye en el concepto de consumidor, al sujeto que utiliza los bienes o servicios, que no tiene en realidad una relación contractual con el proveedor, por ej el acompañante en el auto en una ruta concesionada (consumidor equiparado) y también a quien esta expuesto a una relación de consumo .

El concepto de consumidor abarca entonces: a) a los consumidores efectivos, o consumidores en sentido estricto, entendiendo por tal a los sujetos que cumplen con los requisitos establecidos por el primer párrafo del artículo 1 de la LPC; b) a los “sujetos equiparados al consumidor”, (2do párrafo del artículo 1 de la LPC), que si bien no se encuadren estrictamente en la definición de consumidor del 1º primer párrafo del artículo 1º de la LPC, utilizan bienes o servicios sin ser parte del contrato de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social y tendrán igual o equivalente tratamiento en el sistema de protección al consumidor y c) los consumidores expuestos.

Los consumidores equiparados son sujetos que no tienen un vínculo contractual o de derecho público con el proveedor, pero como consecuencia o en ocasión de ello adquieren o utilizan bienes o servicios que fueron adquiridos por un consumidor efectivo con el que los une un vínculo familiar o social.

Se encuadran en esta categoría, por ejemplo, quien recibe como regalo o presente de estilo un producto defectuoso o quien es invitado a una comida en la que se sirven productos contaminados o adulterados, el acompañante en un automovil que circula por una ruta con peaje.

Son sujetos que sin estar vinculados directamente con el proveedor, se encuentran legitimados a ejercer los derechos y a ampararse en las normas de defensa de los consumidores.

Finalmente, tenemos en el régimen protectorio de la LPC a los sujetos “expuestos a una relación de consumo”, incorporandose la figura del “*bystander*” del derecho estadounidense: perfilandose muchas veces de un modo negativo como aquellas personas diferentes del consumidor y del proveedor, no dependientes de este último, y diferentes del equiparado o usuario no contratante o usuario no consumidor.

La idea de “estar expuesto a una relación de consumo”, implica que una persona física o jurídica, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufre o esta en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una

acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios.

Los consumidores potenciales, serán aquellos sujetos que se encuentran en la etapa de tratativas previas a la celebración de un contrato o vínculo de derecho público y en esta línea se inscriben las disposiciones que protegen a los consumidores frente a prácticas comerciales que puedan afectarlos, por ejemplo incumplimiento de ofertas (art. 7 LPC) y publicidades (artículo 8 LPC), publicidades ilícitas²⁰, prácticas abusivas (artículo 8 bis LPC), cláusulas abusivas (artículo 37 LPC), tanto en sus derechos individuales como de incidencia colectiva.

Por último, el concepto de sujetos expuestos a una relación de consumo, comprende también a las potenciales o efectivas víctimas no consumidoras, Se trata de sujetos ajenos a la relación de consumo (esto es, distinto de las personas del consumidor o de los diferentes miembros de la cadena de proveedores) que sufra un daño como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, por causa de la acción de cualquiera de los proveedores, sus dependientes, las personas que se encontraren bajo su tutela o cuidados, o los consumidores en la relación del consumo o los bienes o servicios introducidos por ellos en el mercado, ya sea por incumplimiento del deber de seguridad (art. 5 y 6 LPC), o por vicios o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio (art. 40 LPC)²¹.

De esta manera se procura alcanzar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad, cualquiera fuere el camino o la vía para esa incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes²².

Se sostiene que el vínculo se concreta con la materialización de los efectos de una relación de consumo que refleja sus consecuencias en terceros o con el riesgo de que ello ocurra, comprendiendo a la gran masa de consumidores espectadores de las relaciones de consumo, por lo cual se trata de relaciones de consumo de vínculo indeterminado ex ante²³.

El art 2 LPC caracteriza al proveedor, en tanto ocupa un rol en el mercado y esa profesionalidad no se pierde por ser solo una actuación ocasional, pues este extremo está incluido y no se requiere el elemento de

²⁰BAROCELLI, S, *Novedades legislativas de protección al consumidor frente a la publicidad*, IJ Editores, 04-06-2010, Cita: IJ-XXXVIII-616...

²¹BAROCELLI, S, *Los sujetos expuestos a una relación de consumo*, DJ 11/05/2011, 1.

²²SANTARELLI, F, *Hacia el fin de un concepto único de consumidor*, L L 2009-E, 1055

²³RUSCONI, D., *La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumido*, JA 2008-II-1225 - SJA 28/5/2008.

habitualidad. Sin embargo la Ley Argentina establece una exclusión a favor de los profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por los Colegios Profesionales, pero si tutela la publicidad del ofrecimiento de sus servicios que se ven atrapados por la ley como también la conducta de los que actuando en nombre de proveedores incurran en prácticas abusivas tipificadas en el art 8.

b) Relación de consumo

La relación de consumo es uno de los ejes de la actual ley, pues surge del art 3 y se lo considera como el vínculo jurídico entre proveedor y consumidor o usuario, adecuándose a la mencionada garantía constitucional. Cuando tiene su fuente en un contrato, este podrá ser oneroso o gratuito y se dará entre un consumidor final (persona física o Jurídica) con otra que actúa profesional o ocasionalmente o empresa productora o prestadora de servicios y que tendrá por objeto la utilización en beneficio propio, familiar o social (art 1) pero también abarca a la situación del consumidor expuesto y del equiparado y reconoce la fuente extracontractual, por lo cual la relación de consumo es más que el contrato de consumo.

c) Integración normativa

Se establece en materia de consumo la integración normativa de la ley con las normas de Lealtad Comercial (Ley 22.208), de Defensa la Competencia (Ley 25.156) y con toda norma general o especial aplicable a las relaciones de consumo, dando preeminencia a la tutela del consumidor, que se manifiesta no solo en el principio pro consumidor, sino en aplicaciones concretas como las de los arts 25 referida a servicios públicos domiciliarios y el art 50 que establece que se estará al plazo de prescripción más favorable cuando por leyes especiales se establezca uno distinto al de 3 años establecido en la ley.

d) Interpretación Pro Consumidor

No hay discusiones en doctrina, en cuanto a que toda interpretación se orienta en sentido de la tutela del consumidor²⁴, pues es una normativa que tiene tal finalidad y por el art. 3 "...en caso de duda, sobre la interpretación de los principios que establece la ley prevalecerá la más favorable para el consumidor"²⁵.

²⁴ Dijimos que desde la sanción del primer texto normativo siempre la interpretación tendía a la que le brinde mayor protección, obteniendo desde entonces carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo principio general, el de la protección al Consumidor (*favor consumidor o in dubio pro consumidor*).

²⁵ PEREZ BUSTAMANTE, L, *La reforma de la Ley de defensa al consumidor*, en Reformas a Ley del Consumidor, La Ley 2008
PIZARRO; R.D. – STIGLITZ, R *Reformas a la ley de defensa del Consumidor*, Rev La Ley 16/3/09

e) Deber de informar

El deber de informar surge expresamente del art.4²⁶, que actualmente establece que el proveedor esta obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que provee y las condiciones de su comercialización. El suministro de la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y ser proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión²⁷.

La información es muy importante para la protección del consumidor no sólo en la etapa precontractual, sino sobre todo a través de informaciones especiales en: productos ó servicios peligrosos (art.6), productos deficientes ó reconstituidos (art. 9) y servicios de reparación (art. 21), seguridad de instalaciones en los servicios públicos (art 28) u operaciones de crédito (art 36) por ejemplo.

Con ella se persigue dar a conocer las características del bien o servicio a fin de permitir una adecuada evaluación por parte del consumidor y subsanar la asimetría, abarca la etapa de la formación del contrato de consumo como así también su desarrollo y se dice que es un proceso, no solo un instante.

En el ámbito contractual, frente a su incumplimiento el art 37 establece, que se podrá anular el contrato o alguna de sus cláusulas presumiendo que su carencia lleva al desequilibrio contractual, diremos que habrá que observarse si tal omisión tiene o no tal consecuencia, ya que no toda omisión afecta del mismo modo la evaluación realizada por el contratante, pues puede tratarse de una circunstancia irrelevante o menor, que no tenga peso por si para influir en la dinámica del contrato. Esto no significa que no debe sancionarse al

²⁶ En el texto original decía: "Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos",

²⁷ El no cumplimiento del deber de información ha tenido en la jurisprudencia un profuso desarrollo.

El fundamento del deber de informar esta dado por la desigualdad que presupone que una se halle informada y la otra desinformada sobre un hecho que gravite o ejerza influencia sobre el consentimiento de esta ultima, de tal manera qu el contrato nunca se hubiera llegado a perfeccionarse o lo habria sido de manera mas favorable.

(C Fed de Córdoba, sala A, 26/8/2003, Altamira Gijena, Raúl E c/ Hyundai Argentina, Lexis Nexis online 1/70020718-11)

La ley de Defensa al consumidor consagra el derecho subjetivo del consumidor o del usuario a ser debidamente informado sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere, constituyendo un derecho esencial para quienes carecen en su mayoría de los conocimientos necesarios para poder juzgar por adelantado sus características intrínsecas, sus cualidades o defectos, conocer los riesgos de uso o consumoy las medidas a adoptar para evitarlos.

(C. Cont Ad.y trib Ciudad de Bs As , sala 2da., 8/6/2004, Staff MedicoSA c/ Ciudad de Bs As LL Online

incumplidor del deber de informar, pero no necesariamente con la nulidad si esto no favorece al consumidor.

También el art 10 establece la ineficacia de las condiciones generales no entregadas al consumidor y el art 36 hace lo propio en materia de las operaciones de venta a crédito y de financiación.

f) El consentimiento

Los requisitos de la oferta surgen del art 7 y su no efectivización hace pasible al oferente de la aplicación de las sanciones del art 47 y es considerada negativa o restricción injustificada ²⁸

Se tiende al consentimiento en *ralenti* para las ventas a distancia y el art 35 varía sustancialmente el valor del silencio respecto al CC²⁹

Se establece los requisitos del documento de venta art 10 y cuando la contratación de un servicio,, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación. incluidos los servicios públicos domiciliarios (art 10 ter)

Estableciéndose que la empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las 72 horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión.

Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario.

g) La publicidad

²⁸ **ARTÍCULO 7º — Oferta.** La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

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

²⁹ **ARTÍCULO 35 — Prohibición.** Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice. 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.

La publicidad adquiere en las relaciones de consumo un papel preponderante, ya que se ha establecido por la ley argentina que ella integra el contrato, formando parte de la oferta atento la generación de confianza que impulsa en el consumidor a realizar el contrato y por ende conlleva responsabilidad (art 8)³⁰.

Debemos señalar que no existe en el país una normativa específica en materia de publicidad pues solo encontramos además de lo ya dicho del deber de veracidad, el art 9 de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial en cuanto a la publicidad engañosa, como aquella que incurre en exactitudes u ocultamientos que puedan inducir a error, engaño o confusión, respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, condiciones de comercialización, precio, uso etc.

h) Las Prácticas Abusivas

Las prácticas abusivas previstas en el art 8 bis dependerá del juzgamiento en cada caso, pues no se ha elaborado un catalogo de practicas consideradas de tal naturaleza, serian por ejemplo el condicionar la provisión de un producto o servicio a la adquisición de otro, negarse injustificadamente a atender los reclamos del consumidor, enviar sin solicitud un producto o servicio, aprovechar sus condiciones subjetivas para lograr el consumo, etc.

Este artículo incorporado es muy importante en cuanto establece el derecho al trato digno del consumidor y a que no se incurra en practicas discriminatorias, vejatorias, vergonzantes o intimidatorias pudiendo su violación acarrear la aplicación del daño punitivo además de otras sanciones (art 8 in fine).

i) Las Cláusulas Abusivas

La LPC establece en el art 37 hipótesis de nulidad de la cláusula y en caso de nulidades parciales el Juez podrá de ser necesario integrar el contrato con otros contenidos, a fin de que se cumpla con la finalidad perseguida al contratar.

Recordemos que el art 37 se refiere a las cláusulas que invierten la carga de la prueba, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor, amplíen los derechos de la otra parte, desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños³¹.

³⁰ SANTARELLI, F, *Comentario del art 8*, en Ley de Defensa del Consumido. PICASSO, S- VAZQUEZ - FERREYRA , pag 99 y ss, Ed La Ley 2009

³¹ MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R, *Defensa del Consumidor* Ed Rubinzal Culzoni, 2003 ob cit

Son situaciones en las que se entiende que se conlleva a una pérdida del equilibrio entre las prestaciones del contrato. Se trata de formulas abiertas que permiten al Juez también efectuar un análisis de conjunto para determinar si se justifica la descalificación de la cláusula.

Vemos que el Decreto Reglamentario de la ley de Defensa al Consumidor Argentino nos brinda un concepto y establece que se consideraran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre obligaciones y derechos entre las partes en concordancia con la Directiva 93/13.

La LPC establece en el art 38 la regulación aplicable a los contratos de adhesión y a los contratos formularios estableciendo que la autoridad de aplicación vigilara que los contratos no contengan cláusulas previstas con los alcances de lo establecido en el art 37.

j) Régimen de garantías

Según el art 11 cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento.

La garantía legal tendrá vigencia de 3 meses cuando se trate de bienes muebles usados y por 6 meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo

Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores

El certificado de garantía deberá constar por escrito en idioma nacional, con redacción de fácil comprensión en letra legible, y contendrá como mínimo: a) La identificación del vendedor, fabricante, importador o distribuidor; b) La identificación de la cosa con las especificaciones técnicas necesarias para su correcta individualización; c) Las condiciones de uso, instalación y mantenimiento necesarias para su funcionamiento; d) Las condiciones de validez de la garantía y su plazo de extensión; e) Las condiciones de reparación de la cosa con especificación del lugar donde se hará efectiva.

k) Acciones que genera el incumplimiento

El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, conforme a la art 10 bis faculta al consumidor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, a su libre elección a: a) exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente, o a; c) rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan

l) Sanciones

Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido serán pasibles de sanciones, que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según las circunstancias del caso: a) Apercibimiento. b) Multa de \$ 100 a \$ 5.000.000. c) Decomiso de las mercaderías y productos objeto de la infracción. d) Clausura del establecimiento o suspensión del servicio afectado por un plazo de hasta 30 días. e) Suspensión de hasta 5 años en los registros de proveedores que posibilitan contratar con el Estado. f) La pérdida de concesiones, privilegios, regímenes impositivos o crediticios especiales de que gozare (Art 47).

Según el art 49 en la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho.

m) La Responsabilidad en la ley

En materia de responsabilidad por productos o servicios, con la sanción de la Ley 24.499 se reinstaló, a nuestro modo de ver, una de las normas más importantes, aunque la solución idéntica era viable por la aplicación de los arts. 1119, 1198 y 1113 del C. C; el art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño o vicio en la cosa no se produjo en ocasión del transporte³².

³²El art. 40 de la Ley de Protección al Consumidor establece “si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el

Ello ha venido a poner fin a las discusiones en cuanto a quienes se encuentran legitimados pasivamente para ser demandados por los daños causados en materia de productos, imponiéndoles un tipo de responsabilidad “solidaria” entre los integrantes de la cadena de producción o comercialización³³.

Sobre esta base, el citado art. 40 de la LPC ha establecido que los miembros de la cadena se podrán liberar “probando que la causa le es ajena” creemos que esto, sólo puede entenderse como que se podrá probar que la causa le es ajena, demostrando la ruptura del nexo causal en alguna de las formas establecidas para el art. 1113 2º párrafo (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por quien no se debe responder o caso fortuito o fuerza mayor externo), ya que en caso contrario saldríamos de un régimen de imputación objetiva para caer en uno de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga probatoria, situación que realmente no creemos que haya sido perseguida por el legislador³⁴.

Una norma que ha traído discusiones que aun no se han acallado, es el art 40 bis que incorpora la figura del daño directo³⁵, como 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. Estableciendo también un sistema de pago de montos indemnizatorios en sede administrativa que serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto le pudieran corresponder en sede judicial³⁶.

Extremo que creemos es sumamente importante ha sido la inclusión del Daño punitivo³⁷ en el art 52 bis, pese a su redacción criticable y a que no

distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solid pero seguimos sosteniendo que ésta es en realidad una responsabilidad “*in solidum*”, pues reconocen distinto origen y se deja abierta la vía de reintegro dado que se dice la frase “sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” o sea en la proporción correspondiente.aria sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

³³ Seguimos sosteniendo que ésta es en realidad una responsabilidad “*in solidum*”, pues reconocen distinto origen y además se dice la frase “sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” o sea en la proporción correspondiente.

³⁴ GARRIDO CORDOBERA, L, *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad Civil Ed Rubinzal Culzoni, 2007

³⁵ PICASSO, S, *Nuevas categorías de daños en la Ley de defensa al consumidor*, Especial para La Ley, abril 2008

PICASSO, S, *Comentario del art 40 bis*, en Ley de Defensa del Consumidor. PICASSO, S –VAZQUEZ FERREYRA, R pag 527 y ss, Ed La Ley 2009

BUERES, A J, *Comentario del art 40 bis* en Ley de Defensa del Consumidor PICASSO, S –VAZQUEZ

FERREYRA, R ,pag 538 y ss Ed La Ley 2009

³⁶ PIZARRO; R.D. – STIGLITZ, R, *Reformas a la ley de defensa del Consumidor*, Rev La Ley 16/3/09

³⁷ PIZARRO, R.D, *Daños Punitivos*, en Derecho de Daños, 2da p, pag 291 y ss, La Rocca 1993

KEMELMAJER de CARLUCCI, A, *Conviene la introducción de los llamados daños punitivos?* Anales de Academia de Derecho y Cs Ss de Buenos Aires, 2da época, XXXVIII, 1983, n31, pag 89 y ss

LOPEZ HERRERA; E, *Los Daños punitivos*, Ed Abeledo Perrot 2008

compartimos la existencia del tope legal dispuesto en la norma. Se establece que el mismo es aplicable al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a pedido de parte y en su beneficio, pero no podrá superar el límite de 5 millones de pesos, y se graduara en función de la gravedad del hecho y de las demás circunstancias³⁸. Sostenemos que esta norma se completa con los criterios del art 49 (perjuicio, posición en el mercado, cuantía del beneficio obtenido, gravedad de los riesgos o perjuicios sociales y su generalización, reincidencia)³⁹.

Para cerrar este ligero pantallazo es importante recordar que la amplitud y proyección acordada al concepto de consumidor junto a la extensión de la materia y de las fuentes de la relación de consumo generan tensiones en cuanto a la determinación del régimen legal aplicable.

La Responsabilidad Objetiva en la ley de defensa al consumidor, no solamente se desprende del art. 40 receptado como riesgo, sino que se han establecido otros factores de imputación de responsabilidad objetivos los que si bien se encuentran consagrados doctrinal y jurisprudencialmente en el Derecho Civil, han sido positivados en las relaciones de consumo, y surgen de los arts. 4, 5 y 6 de la Ley 24.240⁴⁰.

Mencionamos anteriormente que la Obligación de Seguridad⁴¹, consagrada en estos artículos. 5 y 6 tienen como finalidad el garantizar que quien adquiere un producto ó servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida ó el servicio contratado⁴².

El art. 5 establece expresamente bajo el nombre “Protección al Consumidor” que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

En el art. 6 se reafirma la protección estableciéndose que las cosas ó servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad

³⁸ PICASSO, S, *Comentario del art 52 bis*, en Ley de Defensa del Consumido. PICASSO, S –VAZQUEZ FERREYRA, pag 593 y ss, Ed La Ley 2009.

³⁹ GARRIDO CORDOBERA, L., *Ponencia al Congreso Internacional de Consumidores en Homenaje a Roberto López Cabana*, 23 al 25 de septiembre de 2010

⁴⁰ GARRIDO CORDOBERA L., *La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo*, en Responsabilidad, Ed Rubinzal Culzoni, 2007

⁴¹ Lo que se entendía como un deber secundario de seguridad basado en una interpretación amplia del art.1198 del CC, se ha transformado por aplicación del art.5 de la ley 24.440 en un deber de seguridad inescindible de toda obligación que emane de un contrato que encuadre dentro del concepto de relación de consumo

(C.Nac.Civ, sala E, 17/9/2007, Lencinas, Verónica c/ Grupo Concesionario Oeste SA y otro , DJ Online)

⁴² HERNANDEZ, C. A, FRUstagli, S, *Comentario a los arts 5 y 6*, en en Ley de Defensa del Consumidor PICASSO, S –VAZQUEZ FERREYRA, R , pag 73 y ss Ed La Ley 2009

física de los consumidores, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

n) Servicios domiciliarios

Se regula el tema en un Capítulo específico, el VI, de toda la normativa podemos recalcar

El art 31 que establece que cuando una empresa de servicio público domiciliario con variaciones regulares estacionales facture en un período consumos que exceden en un 75 el promedio de los consumos correspondientes al mismo período de los 2 años anteriores se presume que existe error en la facturación.

Para el caso de servicios de consumos no estacionales se tomará en cuenta el consumo promedio de los últimos 12 meses anteriores a la facturación. En ambos casos, el usuario abonará únicamente el valor de dicho consumo promedio.

En los casos en que un prestador de servicios públicos facturase sumas o conceptos indebidos o reclamare el pago de facturas ya abonadas el usuario podrá presentar reclamo, abonando únicamente los conceptos no reclamados.

El prestador dispondrá de un plazo de 30 días a partir del reclamo del usuario para acreditar en forma fehaciente que el consumo facturado fue efectivamente realizado.

El art 26 también es muy relevante pues establece el principio de reciprocidad de trato, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora.

o) Operaciones Financieras

El art 36 establece que en las operaciones financieras para 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.
- 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.

ñ) Prescripción

Este es un tema polémico pese a la claridad del artículo 50 que prescribe que las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de 3 años. Aclarando que cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos se estará al más favorable al consumidor o usuario.

4 La predisposición en los contratos de consumo y el problema de las cláusulas abusivas

a) El tratamiento de las cláusulas abusivas

Las cláusulas especiales insertas en un contrato se basan en el principio de autorregulación y de la autonomía de la voluntad, y son de utilización usual en la dinámica contractual, sean ellas previstas para el caso concreto como así también, para la generalidad de la figura contractual, (como por ej las cláusulas de escape o las de rescisión unilateral en contratos de franquicia, concesión o suministro) pero no siempre serán consideradas válidas o serán respetadas en una revisión judicial del contrato, pues podemos encontrarnos con supuestos de nulidad o también de ejercicio abusivo de la misma .

Hemos sostenido en varios trabajos que el carácter de abusivo de una cláusula podría surgir de ella misma o de su combinación con otras y se considerara tal a la que limita indebidamente la responsabilidad por daños personales, importa renuncia de los derechos del adherente o ampliación de los derechos del pre-disponente, conforme lo prescripto en la Directiva 93/13 de la Unión Europea

En el derecho común se reputan como jurídicamente ineficaces o nulas diversas cláusulas, por ejemplo el art 507 del CC Arg que prohíbe la dispensa anticipada del dolo; y se ha sostenido que si bien la dispensa de culpa estaría siendo posible en la letra de la ley, cuando ella es total no puede ser admitida por que le quita seriedad al vínculo negocial, situándonos según parte de la doctrina en las obligaciones potestativas y se contrariaría la moral y las buenas costumbres, pero que si su alcance es parcial y alude a una culpa concreta o

fija un tope limitativo en principio serian validas⁴³. Vemos que tampoco se puede limitar la responsabilidad establecida por la ley en posadas u hoteles⁴⁴, ruina de obra, o acortar los plazos de prescripción⁴⁵. Se entiende que la nulidad es parcial y circunscripta a la cláusula limitativa a menos que estén afectados elementos esenciales del contrato.

Podemos hablar de tipos de cláusulas exonerativas o limitativas: las que se refieren a los factores de atribución, donde ubicaremos las dispensas de dolo y culpa propios y ajenos y los factores objetivos, y las limitativas o reductoras del quantum indemnizatorio y que abarcan desde la total eliminación de la indemnización a una suma irrisoria, la limitación a una suma a forfait, a un porcentaje de los daños sufridos. Vallet de Goytisolo las denomina cláusulas de carácter subjetivo, las cláusulas cuantitativas y las cláusulas que excluyen determinados bienes.

La incorporación de este tipo de cláusulas presentan ciertos inconvenientes según suele puntualizarse pues suelen ser impuesta por quien tiene una supremacía en la contratación, no siempre son informadas adecuadamente al co-contratante, generan una despreocupación en el cumplimiento adecuado de las prestaciones, alimenta el descuido, la decidía y la negligencia, o constituyen una ventaja sin una adecuada equivalencia en el programa prestacional del contrato.

Frente a la existencia de este tipo de cláusulas en la Argentina se ha aplicado en muchos casos el art. 1071 del Abuso de derecho y con anterioridad el art. 953 del CC o bien se ha aludido a vulneración de la causa fin, planteándose por consiguiente la nulidad o ineficacia parcial de la cláusula en cuestión⁴⁶.

También importante la noción de desnaturalización de las obligaciones de las partes frente a ciertas cláusulas ya que indica que se cambiaría lo que se considera la normalidad del “ser” del contrato. Constituye un standart de gran amplitud que permite abarcar un extenso universo de situaciones que conciernen al mantenimiento de la equivalencia en la relación conforme a todas las circunstancias del caso y se vincularía también con la noción de causa final.

⁴³ CORDOBERA G. DE GARRIDO, R. Y GARRIDO CORDOBERA, L. M. R.- *Cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad*, en *Las responsabilidades profesionales*, La plata 1992, Ed. Platense, 1ra ed.

⁴⁴ GARRIDO R. F.- *Hoteles y responsabilidad civil* LL 1981-C-959, LÓPEZ MESA M.- *Hotelerías y responsabilidad civil* en *El derecho argentino e Iberoamericano- Melanges en honneur de Philippe le Tourneau*, Ed Dalloz.

⁴⁵ CORDOBERA G. DE GARRIDO, R. Y GARRIDO CORDOBERA, L. M. R.- ob cit. .

⁴⁶ GARRIDO R. F.- ZAGO J. A.- ob cit.

El Proyecto de reforma de la legislación argentina de 1998 estableció como regla que los tribunales estarán impedidos de interferir en los contratos discrecionales, solo se permite su intervención en situaciones muy puntuales, a pedido de parte, si lo autoriza la ley y de oficio si es transgredido el orden público pues nunca la libertad de regulación pueden traspasar los límites que ya la 17711 reconoció.

En los contratos de contenido predispuesto suelen descalificarse a las cláusulas abusivas o condiciones generales irritas hablando de su contraposición al contenido ético, con la utilización de los argumentos de la buena fe, la moral, las buenas costumbres y la debilidad jurídica de uno de los co-contratantes⁴⁷ y suele contraatacarse tal argumentación diciendo que no se tiene por que presumir que el co-contratante tenido por débil es un ignorante.

Haciendo uso del análisis económico del derecho se puede sostener que las consecuencias desfavorables de las cláusulas lesivas deben recaer siempre sobre el pre-disponente⁴⁸.

Las técnicas de protección frente a estas cláusulas en el derecho comparado han seguido dos vías no excluyentes entre sí A) la intervención mediante las leyes de condiciones Generales y B) el sometimiento al control bajo la ley de protección al consumidor⁴⁹. También hay que decidir si es preferible un enunciado general o el puntual de la lista negra y si esta debe ser cerrada o abierta, vemos que en realidad la fórmula general es útil y necesaria y además las infinitas variantes en la negociación atípica hacen que la realidad las supere.

En las legislaciones vemos que se emplea a veces mecanismos de listas negras y listas grises, en las primeras las cláusulas son inválidas, en las segundas pueden ser invalidadas por el Tribunal. La ley Alemana de 1977 contenía ambas, la Directiva europea 13/93 trae una lista indicativa de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas, en España habría una lista negra sin perjuicio de merituar el carácter abusivo de otras cláusulas⁵⁰.

El art.3.1 de la directiva 13/93 sienta como principio que la cláusula predispuesta es abusiva cuando ofendiendo la exigencia de Buena Fe da origen a un desequilibrio significativo entre los derechos de las partes resultante del contrato en detrimento del consumidor.

⁴⁷ MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI R.- *Defensa del consumidor*, Ed Rubinzal- Culzoni 1993.

⁴⁸ SHAFER, H. B. Y OTT, C- ob“cit”.

⁴⁹ ALTERINI A. A.- *Contratos..* ob.cit”.

⁵⁰ ALTERINI A. A.- *Contratos* ob cit.

En el Proyecto Argentino del 98 se previó que si son celebrados por escrito deben redactarse de manera clara, completa y fácilmente legible y las Condiciones Generales deben ser asequibles al no pre-disponente. Se ha sostenido que la práctica de las cláusulas abusivas no constituye usos y costumbres y el Proyecto de Unificación lo dice expresamente al establecer los alcances de la actividad contractual

En lo que atañe a la interpretación, estas cláusulas deben ser interpretadas en sentido favorable a la parte no pre-disponente si esta no actúa profesionalmente en la actividad a la que corresponde el contrato; cuando es dudosa la existencia de una obligación se presume la liberación y cuando son dudosos los alcances de la obligación, se esta por la menos gravosa.

En el proyecto mentado se tienen por no convenidas las estipulaciones que por sí sola o combinadas con otra desnaturalizan las obligaciones de las partes, limitan las responsabilidades del pre-disponente por daños al proyecto de vida, limitan su responsabilidad por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica, importan renunciaciones o serias restricciones a los derechos del no pre-disponentes o una ampliación de los derechos del pre-disponente

La excepción de oponibilidad al no pre-disponente (salvo desnaturalización y daño al proyecto de vida) se da cuando se prueba que antes de concluir el contrato la parte las ha conocido o hubo de haberlas conocido y que las ha aprobado expresa y especialmente por escrito, siempre que esto resulte razonable sin embargo tal excepción no se aplicaría de ser un contrato celebrado por adhesión

Según Larroumet aunque los consumidores constituyen una categoría a la que se debe privilegiar mediante las técnicas de lucha contra las cláusulas abusivas, no deberían ser los únicos beneficiarios de esa protección⁵¹.

La Ley de Protección al Consumidor Argentina, Ley 24240⁵², establece en el art 37 hipótesis de nulidad de la cláusula y el juez podrá en estos supuestos si es necesario integrar el contrato con otros contenidos a fin de que se cumpla con la finalidad perseguida al contratar

Recordemos que el art 37 se refiere a las cláusulas que invierten la carga de la prueba, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor, amplíen los derechos de la otra parte, desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños⁵³. Son situaciones en las que se entiende que se

⁵¹ ALTERINI A. A.- *Contratos* ob. cit.

⁵² La Ley 26361 incorpora además las prácticas abusivas en el art 8 bis

⁵³ MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI R.- ob cit

conlleva a una pérdida del equilibrio entre las prestaciones del contrato. Se tratan de formulas abiertas que permiten al Juez también efectuar un análisis de conjunto para determinar si se justifica la descalificación de la cláusula.

Vemos que el Decreto Reglamentario de la ley de Defensa al Consumidor Argentino nos brinda un concepto y establece que se consideraran términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre obligaciones y derechos entre las partes en concordancia con la Directiva 93/13.

Una mención que no podemos evitar pues ha estado presente sobrevolando todo el desarrollo del tema por su vinculación necesaria al ser un principio general rector, es el de la *Buena fe* establecida en nuestro derecho positivo por la 17711/68 en nuestro art 1198 del CC siendo de plena e imperiosa aplicación las transformaciones contractuales⁵⁴.

Demolombe que se refería a la “buena fe” como el alma de las relaciones sociales, Clemente de Diego aludía a ella como al alma que ha de presidir la convivencia social y todos los actos⁵⁵, y nuestra Corte Suprema ha dicho que el principio de la “buena fe” informa todo el ordenamiento jurídico tanto publico como privado al enraizarlo en las mas sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura⁵⁶.

La “buena fe” obliga a los contratantes a tener en cuenta el fin y las razones que determinan la formación de las relaciones obligacionales; es cierto que el deudor debe cumplir, pero también lo es que el acreedor no puede pedir más que lo que armonice con la equidad y la “buena fe”, atendiendo a las circunstancias del caso, a las particularidades de persona, tiempo, lugar y al tipo de negocio jurídico.

En todos los ordenamientos afines a la tradición jurídica ibérica la “buena fe” se reconoce como un principio de derecho, lo que supone con su utilización la continua renovación de la comunicación entre los valores éticos y los formales e institucionales del Derecho⁵⁷.

b) El Proyecto del 2012

⁵⁴ GARRIDO CORDOBERA, L. M. R.- *La Buena fe* ob ci

⁵⁵ ALSINA ATIENZA, D.- *Efectos Jurídicos de la buena fe*- tesis.

Sostiene Alsina Atienza que el deber de conducirse con probidad se traduce en las reciprocas relaciones de las partes contratantes, en sus relaciones con el orden publico, en el ejercicio de los derechos y hasta en las reglas de la prueba.

⁵⁶ GARRIDO CORDOBERA, L. M. R.-. *La Buena fe* ob ci

⁵⁷ DE LOS MOZOS J. L.- *Buena fe*, e en Enciclopedia jurídica de Responsabilidad civil, Buenos Aires 1996, Ed. Abeledo-Perrot, 1ra ed.

Recordemos que el tema que venimos tratando debe articularse con la 1ra parte de la reforma propuesta que aborda los Principios generales que regirán la legislación y su aplicación en el Título preliminar sobre todo los capítulos 1 y 3 y por supuesto con las normas específicas en materia contractual a partir del Libro Tercero, Derechos Personales, Título II Contratos en General a partir del art 957. Veremos entonces que se plasma la constitucionalización del derecho privado, la importancia del principio de la buena fe, del abuso de la posición dominante y de la interpretación coherente de todo el ordenamiento repudiando el ejercicio abusivo de los derechos y reafirmando que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto leyes en las que este interesado el orden publico; que observaremos varias nociones de contratos: el paritario, art 957, el contrato por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el art 984 y el contrato de consumo previsto en el art 1093, por lo tanto se reconocen diferencias en el poder de negociación, lo que indefectiblemente lleva a plasmar diferentes normas de interpretación a fin de proteger la buena fe y corregir la debilidad contractual al igual que establecer normas respecto a las la practica y las cláusulas abusivas.

En materia de cláusulas abusivas ellas tienen un tratamiento específico tanto para los contratos por adhesión (arts 988 y 989)⁵⁸ como en los contratos de consumo 1117 a 1123⁵⁹, de igual modo creemos que la existencia de este

⁵⁸ **Art 985.- Requisitos.** Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible.

Se tienen por no convenidas aquellas que efectúen un reenvío a textos o documentos que no se faciliten a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.

La presente disposición es aplicable a la contratación telefónica o electrónica, o similares.

Art 986.- Cláusulas particulares. Las cláusulas particulares son aquellas que, negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general. En caso de incompatibilidad entre cláusulas generales y particulares, prevalecen estas últimas.

Art 987.- Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

Art 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos con cláusulas predispuestas o que sean concluidos por adhesión, se deben tener por no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente;
- b) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias;
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no sean razonablemente previsibles.

Art 989.- Control judicial de las cláusulas abusivas. Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial

⁵⁹ **Art 1117.- Normas aplicables.** Se aplican en este Capítulo lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988 existan o no condiciones generales predispuestas o adhesión de una de las partes.

Art1118.- Control de incorporación. Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.

Art 1119.- Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

Art 1120.- Situación jurídica abusiva. Se considera que existe una

tipo de cláusulas en los contratos paritarios⁶⁰ podrá tener un solución judicial cuando vulnere los principios generales⁶¹

5) La regulación de la materia de consumo en el Proyecto

La sección correspondiente comienza definiendo un ámbito mas amplio como lo es la "relación de consumo" para luego introducirse en la conceptualización específica del "contrato de consumo" expresando en el art. 1093 que son aquellos en donde el consumidor, adquiere bienes y servicios de personas físicas o jurídicas que actúan como profesionales en el mercado, de manera tal que la citada adquisición se hace para destino final y/o para su uso privado familiar y social.

Resulta claro que el criterio del "contrato de consumo" se encuentra inmerso en el concepto más amplio de la "relación de consumo", respetando así la jerarquía constitucional del derecho del consumidor, que emana del art. 42 de la CN, y dejando a salvo también la legislación especial pautada en la ley 24.240.

Señalan Junyet Bas y Garcino⁶² el contrato de consumo no es un tipo

situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.

Art1121.- Límites. 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 reflejen disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.

Art1122.- Control judicial. El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:

- a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;
- b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;
- c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;
- d) cuando se pruebe una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075.

⁶⁰ **Art 959 Efecto vinculante.** Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.

Art. 960 Facultades de los jueces. Los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos, excepto que sea a pedido de una de partes cuando lo autoriza la ley, o de oficio cuando se afecta, de modo manifiesto, el orden público.

Art 961 Buena fe. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

⁶¹ **Art 1067. Protección de la confianza.** En caso de duda, la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto.

⁶² Junyet Bas Francisco y Garcino Ma Contanza, La regulación de los Contratos en el Proyecto de Código Civil y Comercial A propósito de la tríada contractual y en especial el contrato de consumo

especial más, sino una fragmentación del tipo general de los contratos, que influye sobre los tipos especiales, es decir, compraventa de consumo, etc. y de allí, la necesidad de incorporar su regulación en la parte general; tal como explica Aída Kemelmajer de Carlucci⁶³

En esta línea, los autores del Proyecto, al fundamentar su inclusión en el Código de fondo sostienen que en el derecho comparado hay distintos modelos, al reglar los contratos civiles y los comerciales, y en especial al considerar el contrato de consumo.

Así, expresan que una alternativa es la de mantener las regulaciones separadas, y en esta línea, se puede citar el criterio del Código de Consumo italiana⁶⁴; el de la legislación complementaria española⁶⁵; y el anteproyecto de Reforma del Código Civil francés, que también mantiene la independencia del régimen de consumo. En Latinoamérica, los Estados parte del Mercosur, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, como los Estados Asociados Bolivia, Chile, Perú y Colombia, tienen leyes separadas del Código Civil.

Por el contrario, la reforma del año 2002 al Código Civil alemán incorporó algunas normas aplicables específicamente al derecho del consumidor, junto con otras propias de las condiciones generales de contratación. En igual sentido, el Código Civil de Québec de 1991 también incluyó disposiciones atinentes a los contratos de consumo, y a los celebrados por adhesión, y también puede citarse el Código Civil holandés dentro de esta corriente.

La reformulación que realiza el Proyecto argentino parte del reconocimiento de que los derechos del consumidor tienen rango constitucional, y consecuentemente, la unificación de los contratos civiles y comerciales requiere incorporar también a la relación de consumo, y a éste contrato, en el código de fondo asegurando los aspectos fundantes de la tutela del consumidor. La categoría de los contratos de consumo establece las directivas fundantes de los mínimos no disponibles de las partes y que debe articularse con la Constitución Nacional y la Ley 24.240.

Los arts. 1094 y 1095 instituyen el criterio de interpretación y de prelación normativa disponiendo que las normas deben ser aplicadas conforme al principio “in dubio pro consumidor”.-El primero de los artículos establece claramente que las relaciones de consumo no sólo deben tutelar al consumidor, sino que deben asegurar el acceso al consumo sustentable, y por

⁶³ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, Conferencia dictada en la Carrera de Negocios de la UNC, 28/7/12.

⁶⁴ Decreto legislativo N° 206, 6 de septiembre de 2005.

⁶⁵ Real Decreto legislativo 1/2007, del 16 de noviembre de 2007.

ello, en caso de duda, el contrato se interpreta en el sentido más favorable al consumidor, tal como lo dispone el art. 1095.

También se establecen, en los arts. 1100 a 1103, las obligaciones del proveedor de suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características de los bienes y servicios que provee, como así también, las condiciones de su comercialización. La norma destaca que la información debe ser gratuita y proporcionada con claridad.

La información tiene una doble vertiente, pues por un lado es un derecho esencial de los consumidores y usuarios, y por el otro, constituye una obligación para el proveedor u oferente de los bienes o servicios y se complementa con la regulación referida a la publicidad, el art. 1101 se prohíbe toda la que contenga indicaciones falsas o que induzcan al error o que impliquen comportarse en forma perjudicial tanto para la salud como para la seguridad del consumidor.

Además, el art. 1103 regula los efectos de la publicidad, al disponer que se tienen por incluidas en el contrato.

Se reglan también los contratos celebrados a distancia y se establece que las ofertas por medios electrónicos deben tener como lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación.

Al regular los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, y los contratos celebrados a distancia, el art. 1110 puntualiza que el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los 10 días computados a partir de la celebración del contrato y estipula que las cláusulas, pactos o cualquier modalidad aceptada por el consumidor durante este período que tengan por resultado la imposibilidad de ejercer el derecho de revocación, se tienen por no escritos⁶⁶.

Se estipula que la integración del sistema legal, en una escala de graduación queda compuesto por: 1) Los derechos fundamentales del consumidor reconocidos en la Constitución Nacional; 2) Los principios y reglas de protección mínima y lenguaje común del Código Civil y Comercial; y 3) La reglamentación detallada de los derechos del consumidor vertidos en la ley 24.240.

⁶⁶ El art. 1111 estipula que el proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones, o en el documento que instrumenta el contrato definitivo, ubicada como disposición inmediatamente antes de la firma.

Tal como se desprende de los fundamentos del proyecto del Código, los efectos de la incorporación de los principios generales en materia de consumo serían los siguientes:

- a) No habría obstáculo para que una regulación especial establezca condiciones superiores;
- b) Ninguna ley especial podría derogar estos mínimos que son un "núcleo duro" de tutela;
- c) Hace a la coherencia del sistema;
- d) Habrá un diálogo de fuentes, en cuanto a la integración en el que el Código recupera la centralidad para iluminar el resto de las fuentes.