

La resistematización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012

por **GONZALO SOZZO**⁽¹⁾

El problema central que abordo en este trabajo es el diseño que el Proyecto de Código Civil de 2012 realiza de los contratos de consumo. El objetivo central es explicar este diseño a través de las opciones centrales que desarrolla el Proyecto.

Para ello, recorro las opciones que el Proyecto trata en general en tanto intento de recodificación, y luego abordo las opciones que en materia de regulación de la defensa del consumidor se realizan mostrando la interrelación existente entre el programa de este Proyecto y las decisiones que puntualmente se han seguido al regular la cuestión del consumo.

I | Las opciones de la codificación

I.1 | La constitucionalización del derecho privado

A partir de la reforma constitucional de 1994, la doctrina, jurisprudencia y la ley de derecho privado ha reconocido que la primacía de la Constitución

(1) Abogado (UNL). Especialista en Derecho de Daños (UNL) y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL). Secretario de Ciencia y Técnica (Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales, UNL). Se desempeña como Profesor en la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales (UNL) y en cursos de especialización, maestrías y seminarios de doctorado de la Universidad Federal de Rio grande do Sul (Porto Alegre, Brasil), Universidad de la República (Montevideo, Uruguay), Universidad Católica Argentina (sede Rosario), UBA y Univ. Nac. Rosario. Ha publicado numerosos artículos en revistas nacionales e internacionales, y escrito, coordinado y dirigido libros de la especialidad.

Nacional debe ser explotada prácticamente, dando a los derechos fundamentales una posición nuclear en el sistema de derecho privado, posición que otrora ocupara el Código Civil.

En general, se trata de una reacción al fenómeno de descodificación que a lo largo del siglo XX afectó la estructura decimonónica del sistema de derecho privado, basado en el Código Civil como piedra angular.

Este movimiento del derecho privado de aproximación hacia la Constitución conocido como “constitucionalización del derecho privado”,⁽²⁾ resulta relevante en tanto y en cuanto se extraigan consecuencias en el ámbito de las decisiones, que no podrían obtenerse sin la referida constitucionalización.⁽³⁾

Bajo esta perspectiva, lo que se destaca es cómo se produce la conexidad entre derechos fundamentales y derecho privado, es decir, cómo se transforma la técnica de resolución de los casos de derecho privado a partir de nuevas tecnologías propias del sector constitucional,⁽⁴⁾ como el juicio de ponderación, la regla de proporcionalidad o los procedimientos de cierre de cláusulas generales.

1.2 | La humanización del derecho privado

Desde hace tiempo la dogmática *ius* privatista señala la existencia de un proceso de humanización. En particular, se ha detenido en el proceso de humanización de las obligaciones.⁽⁵⁾

(2) Este proceso de constitucionalización o de acercamiento hacia la teoría de los derechos fundamentales y su sistema de decisión judicial debe ser claramente diferenciado del proceso de aproximación del derecho privado a la teoría de los derechos humanos.

(3) Suele recurrirse a la cita de normas constitucionales en las decisiones judiciales vinculadas al derecho del consumidor pero sin extraer argumentos *ius* fundamentales, que permitan explicar la decisión final. Esto es una mera constitucionalización aparente.

(4) Mucho más vinculadas con las normas con forma de principios, cláusulas generales o estándares que con las reglas.

(5) NICOLAU, NOEMÍ, “Visión humanista del derecho de las obligaciones, acerca del pago, el beneficio de competencia y el término de gracia”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n° 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, pp. 49/64.

Ese proceso ha sido fuertemente revitalizado en Argentina desde la Reforma Constitucional de 1994 en adelante. No sólo por las reformas introducidas, ampliando el catálogo de derechos e incorporando al bloque de constitucionalidad el núcleo de las declaraciones y convenciones de derechos humanos, sino por:

- a. la labor de las organizaciones internacionales y nacionales encargadas de difundir y defender esos derechos con un "circuitito" de financiamiento internacional;
- b. la publicación de obras especializadas que se ocupaban centralmente de la constitucionalización del derecho privado;⁽⁶⁾
- c. muy destacadamente, por la aparición de una jurisprudencia que aunque puede ser calificada como heterogénea —por diversos motivos— fue marcando un camino de preponderancia argumental de los derechos humanos como guión de transformación de las líneas jurisprudenciales existentes;⁽⁷⁾
- d. el rol que en la construcción de esta jurisprudencia constitucional del derecho privado desempeñó y desempeña la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En otras palabras, puede sostenerse que existe un proceso de "humanización del derecho privado", que consiste en el acercamiento del derecho privado a la teoría de los derechos humanos —entendida como una de las principales formas del derecho global—, su bagaje conceptual y argumental, su capital social e institucional y prácticas de funcionamiento.

1.3 | La recodificación como resistematización

Hace más de 10 años escribí un artículo que provocativamente titulé "¿Es tan importante recodificar?"⁽⁸⁾ Era provocativo pues intentaba deconstruir

(6) Lo que marca una conexión entre los procesos de humanización y constitucionalización. LORENZETTI, RICARDO, "Las normas fundamentales de derecho privado", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1994.

(7) La lista no es exhaustiva: CSJN, "Ferreyra contra Vicovsa"; Mosca; CSJN "Smith"; CSJN, 20/06/2006, Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros, J.A. 2006—III—294; CSJN, 24 de febrero de 2009, "Halabi, Ernesto v. Estado Nacional —Poder Ejecutivo. SC Mendoza en pleno, 6 de dic. de 1991, "Ongaro de Minni y otros en Minni, Miguel A. y otro en Gómez H. c/ Grozona p/ ord., p/ tercería, s/ casación", publicado en J.A. 1992—I—pág. 461 y sgtes.

(8) SOZZO, GONZALO, "¿Es tan importante recodificar?", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 1, UNL, Nueva época, 2001.

la oposición entre quienes opinaban a favor del por entonces Proyecto de Código Civil y quienes se expresaban en contra. La tesis central de ese texto era que lo realmente relevante era asumir la necesidad de resignificar el Código en el funcionamiento del sistema abierto, y que ese objetivo no puede desarrollarse sin que el Proyecto de reformas asuma dicha tarea. De otra manera, las transformaciones operativas que un nuevo Código pudiera introducir, serían limitadas.

Un nuevo Código puede ser:

- a. un intento de modernización, como ocurrió con la codificación del siglo XIX;
- b. un intento de modernización tardía, como ocurrió con aquellos países que tuvieron un ingreso tardío a la modernidad occidental producto de la descolonización en el siglo XX o como resultado de los acuerdos derivados de las posguerras mundiales;
- c. un intento de actualización, como sucedió con los países socialistas en el siglo XX o en América Latina también en el mismo siglo;
- d. intento de resignificación del Código Civil por oposición al intento de recentralización de éste.

Entre estos diferentes programas de gobierno, el Proyecto de 2012 se inscribe decididamente en el último.

La resignificación del Código pasa por aceptar que el mismo ya no es sinónimo de sistema, en este caso, de sistema de derecho privado. Dicho de otra forma, que la ley privada como fuente se compone de una pluralidad de documentos que exceden al Código Civil y que, incluso, pueden provenir del campo del derecho público.⁽⁹⁾

Por ello, la mejor manera de definirlo es como un intento de resistemización, es decir, de reconstrucción de sistema, esta vez partiendo de la aceptación de las experiencias de descodificación, constitucionalización

(9) Aquí sólo me limito a señalar que la resignificación del Código Civil implica aceptar explícitamente que es necesario profundizar la tarea de deconstrucción de la dicotomía público-privado como tal y reconstruirla como una asociación, lo que implica desarrollar más profundamente puentes para efectuar pasajes, y reescribir la historia de algunas instituciones ya conocidas en el derecho privado como instituciones que albergan "lo público" en el derecho privado, *vgr.*, el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos; en general, obligaciones de fuente legal o el principio de buena fe.

y humanización del derecho privado. Se trata, en este sentido, de asumir una actitud reflexiva.⁽¹⁰⁾

El desafío pasa a ser en este programa crear un estilo de funcionamiento nuevo.

1.4 | El diálogo de fuentes

El Proyecto de Código hace referencia explícita al “diálogo de fuentes” en la presentación.

Esta mención se extiende luego en:

- a. una referencia a la Constitución Nacional y “los tratados en los que la república sea parte” (art. 1) como fuente de interpretación de la ley;
- b. la referencia a los “tratados de derechos humanos” como fuente de interpretación de la ley (art. 2);
- c. la remisión a “los tratados de derechos humanos”, al abordar la dignidad del consumidor; y
- d. tres normas de “prelación normativa” (arts. 963, 1094 y 1709).

Considero que se concreta en estas reglas pues, aunque no se menciona expresamente en ningún momento el diálogo de las fuentes en los textos de los artículos, las normas que refiero reconocen otras fuentes legales diferentes del Código actuando en los casos de derecho privado junto con él; se organiza un sistema para que el operador del campo legal resuelva los casos de conflictos normativos que se compone, por un lado, de órdenes de prelación normativa y, por el otro, principios de organización del diálogo (vgr. la norma más favorable al consumidor o al consumo sustentable).

El “diálogo de fuentes”⁽¹¹⁾ es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del derecho moderno basado en

.....

(10) En el sentido de un derecho que acepta la existencia de un volumen basal de derecho material —en sentido weberiano— pero desarrollando luego una posición crítica —reflexividad como autocrítica—. Ambas actitudes me parecen centrales, aunque no suficientes, a la hora de construir una opción progresista en el campo del derecho privado.

(11) Un importante grado de avance, impulso y aplicaciones concretas a esta tesis dio Claudia Lima Marques, quien ha escrito diversos y muy profundos textos al respecto. Ver LIMA

la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad, o de jerarquía.

Según la postura del diálogo de fuentes, el sistema es complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello, unas reglas de resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer una por sobre otra cada vez, equivaldría a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad.

Por esta razón, el objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas es poner en práctica una labor de integración de las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto.

Para el derecho privado, que por décadas logró sus mayores avances en el campo de las leyes micro sistémicas, el diálogo de las fuentes —es decir, de los documentos legales que integran la fuente ley, en el derecho privado— es vital.

2 | Las opciones en la regulación del consumo

2.1 | La constitucionalización del derecho del consumidor

El Proyecto asume que el máximo nivel normativo en materia de regulación de las relaciones de consumo se encuentra en la Constitución Nacional, lo cual surge a todas luces de la referencia expresa a este “nivel normativo” en los fundamentos, que se traduce normativamente en el art. 1.

MARQUES, CLAUDIA, “Superacao das antinomias pelo diálogo das fontes o modelo brasileiro de coexistencia entre o Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002”, en *Revista Direito do Consumidor*, julio 2004, vol. 51, p. 34. LIMA MARQUES, CLAUDIA, “Diálogo entre o código de defesa do consumidor e o novo Código Civil, do ‘diálogo das fontes’ no combate às cláusulas abusivas”, en *Revista Direito do Consumidor*, Janeiro, 2003, vol. 45, p. 71; LIMA MARQUES, CLAUDIA (coord.), *Diálogo das Fontes, do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, São Paulo, Rev. Dos Tribunais, 2012.

El Proyecto de Código Civil se proponer revisar y poner en cuestión la división entre derecho público y derecho privado al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado. Se propone, en tal sentido, la reconstrucción de la coherencia del sistema de derecho privado a partir de los derechos fundamentales.

Un aspecto escasamente advertido y que debiera ser destacado en la discusión en torno al Proyecto de Código Civil de 2012, es cómo asume que el eje del sistema del derecho privado lo constituyen las normas que conforman el “bloque de constitucionalidad”, es decir, la Constitución y los tratados de Derecho Humanos que la integran (art. 75, inc. 22).

En efecto, en primer lugar, el art. 1 del Proyecto de Código Civil de 2012 sostiene que la “interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte”; en segundo lugar, en el art. 2 se decide que “...la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta (...) las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos...”.

2.2 | La humanización del derecho del consumidor⁽¹²⁾

Lo que interesa mostrar es cómo se produce un acercamiento del derecho privado hacia los derechos humanos, su teoría y sobre todo su peso retórico, en el campo de los conflictos de consumo, y las transformaciones que para el derecho del consumidor importa este fenómeno.

Las transformaciones son dos: en un plano —que podríamos llamar interno—, el derecho del consumidor y la teoría del contrato se “apropia” de la construcción de los derechos humanos lo que impacta, a nivel retórico, es decir, acerca del modo de argumentar los casos, y luego al hacerlo, inscribe estos casos en la agenda de numerosas organizaciones que se ocupan de observar el respeto de los derechos humanos. En un segundo plano

.....

(12) Amplio en SOZZO, GONZALO, “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del derecho del consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2012-3, pp. 139/166.

—que podríamos denominar externo—, esta aproximación tiene efectos para la propia construcción de la teoría de los derechos humanos.

Este proceso de acercamiento del derecho del consumidor hacia los derechos humanos reconoce diferentes canales, algunos de los cuales son propulsados por el Proyecto de Código Civil de 2012. El primer canal es la difusión en la ley y la jurisprudencia de la idea de dignidad del consumidor ya que, como se sabe, la idea de dignidad humana constituye el núcleo duro de los derechos humanos de segunda generación. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen un grupo de derechos “existenciales” en cuanto pretenden asegurar la existencia vital de un hombre ya constituido —por los derechos de primera generación—, procurando garantizar el logro progresivo del mayor grado de desarrollo humano. La consagración de una serie de normas legales de diferente rango que se fundan en la idea de dignidad del consumidor y la proliferación de sentencias judiciales que se apoyan en el derecho fundamental a la dignidad del consumidor, aproximan el derecho del consumidor a la racionalidad, tecnologías y prácticas de funcionamiento de los derechos humanos de segunda generación.

Este proceso es no sólo reconocido sino explícitamente potenciado en el Proyecto de Código Civil de 2012 al señalar en su art. 1097, luego de reiterar la regla general del art. 8 *bis* de la ley 24.240 (“los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios”), que “la dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derecho humanos”. La referencia explícita a los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en esta norma y en el art. 2 permite dotar de contenidos concretos a la idea de dignidad, y refuerza la vinculación entre el derecho del consumidor y los derechos humanos de segunda generación que son los derechos que se apoyan en la idea de dignidad. El segundo canal es el reconocimiento de la Constitución Nacional como piedra angular del derecho del consumidor;⁽¹³⁾ finalmente el tercer canal consiste en el ajuste del objeto del contrato al derecho fundamental a la dignidad del consumidor, ya que el objeto del contrato tiene como límite en el Proyecto de Código Civil de 2012 (art. 1004 del Proyecto de Código Civil de 2012) la

(13) *Ver supra*.

“dignidad de la persona humana”.⁽¹⁴⁾ Estas manifestaciones de la idea de dignidad muestra que se trata de un principio del derecho del consumidor en el cual se fundan otros derechos.⁽¹⁵⁾

2.3 | La “medioambientalización” del derecho del consumidor⁽¹⁶⁾

Otra dirección en la cual evoluciona el derecho del consumidor es hacia su vinculación con el derecho ambiental. Por muchas razones, el derecho ambiental plantea un diálogo desafiante al derecho del consumidor ya que el primero constituye un modelo regulatorio vanguardista que se asienta sobre premisas que, en muchos casos, significan una ruptura con el derecho moderno.

Esta tendencia tiene, a mi modo de ver, dos facetas. La primera es el reconocimiento en el derecho positivo del consumo sustentable como el principio del derecho del consumidor. En efecto, la reforma de la ley 26.361 realizó sólo un agregado en el art. 43 de la ley 24.240 en el inciso a), al referirse a la facultad de la autoridad de aplicación de elaborar y proponer aspectos de una política de defensa del consumidor —que era la regla vigente en la ley 24.240—, establece que una de las direcciones en las que deberá confeccionarse dicha política es “...a favor del consumo sustentable con protección del medio ambiente”. La regla es de una gran trascendencia pues se trata de una directiva de la política del consumidor que coordina el derecho del Consumidor con los postulados ambientales. La norma introducida va en la misma dirección que la del inciso final del art. 61 y en relación a ella debe analizarse. En este contexto, la regla del art. 43 tiene muchísimo valor pues deja en claro que la cuestión del consumo sustentable no es sólo una directriz que debe ser inculcada a los consumidores, sino que es responsabilidad del Estado ejecutarla y hacerla efectiva.

(14) Amplió en SOZZO, GONZALO, “Problemas en torno al objeto del contrato”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Comentarios a fallos, Sección de Jurisprudencia sobre contratos, n° 2007-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

(15) Amplió en SOZZO, GONZALO, “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del Derecho del Consumidor...”, *op. cit.*, pp. 139/166.

(16) Amplió en SOZZO, GONZALO, “Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del Derecho del Consumidor...”, *ibid.*, pp. 139/166.

En otras palabras, un principio de la política de protección del consumidor es promover el consumo sustentable.⁽¹⁷⁾ En efecto, la reforma de la ley de defensa del consumidor producida por la ley 26.361 de 2008 introdujo un inciso final en el art. 60 dedicado a la educación para el consumo que reza: "e) Protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales".

Esta faceta ha sido profundizada por el Proyecto de Código Civil de 2012 que avanza en la línea de reconocer el principio del consumo sustentable como un principio del derecho del consumidor.⁽¹⁸⁾ Así, el Proyecto 2012 recoge expresamente este principio en el ámbito de la interpretación de las normas de relativas a la regulación de las relaciones de consumo: "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el del acceso al consumo sustentable" (art. 1094, párr. 1). Son dos reglas diferentes; por un lado, una regulación de las interpretaciones de las normas existentes en el interior del campo del derecho del consumidor. Esta regla debe ser analizada a la luz de art. 3 de la ley 24.240,⁽¹⁹⁾ y, por otro lado, una regla de aplicación, es decir, de "diálogo de fuentes".

La segunda faceta consiste en la visibilización del principio de protección ambiental desde la perspectiva del derecho del consumidor. Mas allá de la directriz del consumo sustentable,⁽²⁰⁾ el ajuste del derecho del consumidor al paradigma ambiental implica una serie de transformaciones internas de

(17) El agregado jerarquiza la cuestión de la elaboración de la política de defensa del consumidor. Sin embargo, no lo hace de manera suficiente. Es central establecer en una ubicación destacada, con claridad y la extensión necesaria cuáles son las directrices de la política de protección del consumidor. Pueden verse, en este sentido, los arts. 4 y 5 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil.

(18) El Preproyecto de Código Civil avanzaba más definidamente en la profundización del campo de interfase, vgr. al consagrar el derecho humano al agua en el art. 241.

(19) Es decir, que, en caso de existir dos interpretaciones posibles de una norma relativa a las relaciones de consumo, debe optarse por la interpretación que se ajuste y desarrolle, en la mayor medida de lo posible, la directriz del consumo sustentable.

(20) En efecto, no deben ser confundidas las cuestiones: un problema es cómo el estado y los consumidores deben orientar su "política" de consumo atendiendo a la transferencia de un volumen de bienes que permita que las generaciones futuras tengan igual o mayor nivel de opciones que la generación actual. Otra muy diferente es cómo la existencia de un acuerdo fundamental en las sociedades contemporáneas acerca de la protección del medio ambiente, pone límites "externos" a las publicidades, las prácticas comerciales, los contratos de consumo, etc.

ese derecho. Por un lado, en el ámbito de la protección contractual del consumidor la interpretación pro consumidor debe incluir el análisis de las diferentes interpretaciones posibles a la luz del efecto que cada una de ellas le genera a los bienes ambientales: la interpretación a favor del consumidor (art. 37 de la ley 24.240) debe incluir la interpretación pro bien ambiental.⁽²¹⁾ Además, en la misma línea que plantea el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, (art. 51 XIV) son cláusulas abusivas y, por tanto, se considerarán no escritas, las cláusulas contractuales que infrinjan o posibiliten la violación de normas ambientales; el deber de información al consumidor (art. 4, ley 24.240) debe incluir la información ambiental que le permita una elección racional. Finalmente, las publicidades no pueden perforar el derecho fundamental al medio ambiente sano; al mismo tiempo que debe considerarse un ejercicio abusivo de derecho la ejecución de un contrato que pueda perjudicar el medio ambiente.⁽²²⁾

Por otro lado, en el campo de los daños al consumidor, la interface que plantea la norma fundamental del art. 41 entre salud humana y ambiente (a través de la expresión “ambiente sano”) permite exportar el “principio precautorio” (sólo consagrado en el microsistema ambiental) al campo del derecho del consumidor cuando el daño ambiental directo e indirecto tengan origen en un producto.

2.4 | Hacia el programa global de la “constitución infinita”

El proceso de globalización del derecho es reconocidamente muy heterogéneo y los numerosos ejemplos de globalización del campo legal así lo muestran. No hay una globalización del derecho en particular como así tampoco hay una globalización en general. ¿Qué tienen en común

(21) Sobre la idea de que los contratos deben ser interpretados a favor del bien común – el ambiente, la cultura, etc. amplió en Sozzo, GONZALO, “Riesgos ambientales (contratos creadores de riesgos y principio de precaución”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Sección Contratos, n° 2008-2, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2008; Sozzo, GONZALO, “Contratos sobre bienes colectivos”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Sección Contratos, n° 2008-3, Santa Fe, Rubinzal–Culzoni, 2008.

(22) La regla se encuentra reconocida en el artículo 14 del Proyecto de 2012 *in fine*: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar el ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general” y en el artículo 240.

los sistemas la regulación del cambio climático con las campañas de solidaridad internacional promovidas por la UNESCO sobre la base de la Convención de París de 1972 con el derecho de la OMC? En razón de este dato es que el planteo acerca de la existencia de racionalidades opuestas en las cuales pueden ser inscriptos los diferentes casos de derecho global constituye una matriz analítica muy útil.⁽²³⁾

Desde mi perspectiva, el derecho del consumidor en tanto dispositivo que procura resolver centralmente la relación del consumidor con la "opresión" que significan los tratos indignos, los riesgos y daños a la salud que pueden ocasionar los productos y los servicios y los perjuicios económicos. Es posible que constituya un núcleo de problemas que pueden ser regulados en dirección de la globalización de los mercados o en dirección alternativa hacia la globalización del derecho más humanista y cosmopolita.⁽²⁴⁾

La disyuntiva está clara, si una de las dimensiones de la globalización es la económica, que significa la globalización de la producción para permitir su "oferta" global de la mano de la acción de las empresas transnacionales, se requiere una correlativa globalización de la demanda que se obtiene a partir de la acción de los medios masivos de comunicación, las empresas de *marketing* y otros actores, mediante la globalización de la "demanda" de consumo vía la globalización de la "cultura - ideología del consumo".⁽²⁵⁾

La otra posibilidad es que la cultura del consumo incorpore un elemento reflexivo que le permita autocriticarse; en este sentido, ambos principios, el de dignidad del consumidor y el de consumo sustentable, contienen en buena medida este tipo de potencial crítico.⁽²⁶⁾

(23) SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *A Glozalizacao e as ciencias sociais*, São Paulo, Cortez editora, 2002; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *La globalización del derecho*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, ILSA, 2002.

(24) SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *A Glozalizacao e as ciencias sociais*, op. cit.; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, *La globalización del derecho*; op. cit..

(25) SKLAIR, LESLIE, *Sociología del sistema global*, Barcelona, Gedisa, 1995.

(26) "Las políticas verdes están muy conectadas con el surgimiento de un movimiento de consumo crítico", SKLAIR, LESLIE, *ibid.*, p. 108. Sin embargo, desde mi perspectiva el potencial crítico de la idea de progreso que contiene la directriz del consumo sustentable no excede la del desarrollo sustentable. Para mas radicalidad, se requieren otros conceptos guía. Ver al respecto, SOZZO, GONZALO, "El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica:

Como he afirmado, la tendencia a humanizar las relaciones de consumo y los contratos de consumo acerca la regulación en general del derecho del consumidor al campo de atracción de los derechos humanos. Luego, se constituye una aproximación a un determinado tipo de proceso de globalización del campo legal, la escritura de una “constitución infinita”⁽²⁷⁾ como contracara de la globalización que es guiada por los objetivos regulatorios del mercado.

2.5 | La resistematización

El Proyecto desarrolló un programa que tiene por objetivo resistematizar la regulación de la cuestión del consumo.

2.5.1. Producir una resistematización por círculos concéntricos

Para conseguir ese resultado final de resistematización, la primera tarea necesaria —que el Proyecto asume— es reorganizarlo y eso implica: una redistribución de materias entre el Código y las leyes especiales que integran el microsistema de defensa del consumidor, reservando un núcleo de reglas para el Código;⁽²⁸⁾ ciertas reformas para mejorar la ley especial; y establecer un mecanismo de acople entre ambas fuentes.

En la fundamentación del Proyecto se dice:

“...se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del

.....
el progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras”, en Michel Prieur y Gonzalo Sozzo (dirs.), *La no regression en droit de l'environnement*; Bélgica, Bruylant, 2012.

(27) FERRARECE, ROSARIA, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, Italia, Editori Laterza, 2006.

(28) Este núcleo de reglas no se conforma sólo “transportando” reglas que ya estaban contenidas en el microsistema, en particular en la ley 24.240 y su decreto reglamentario 1798/1994 al cuerpo del Código de manera *aggiornada* (por ejemplo, la regulación del ámbito de aplicación (arts. 1092 y 1093); las cláusulas abusivas (arts. 1117 a 1122); la regulación de las ventas a distancia y fuera de los locales comerciales (arts. 1104, 1105, 1110 a 1116)), sino además introduciendo novedades (nuevos principios como el del consumo sustentable (art. 1094); una regulación de las publicidades engañosas y abusivas (art. 1101); un régimen acerca de la contratación por medios electrónicos (arts. 1106, 1107, 1108 y 1109); reglas sobre la conexidad contractual (arts. 1120 y 1122); un régimen de los contratos bancarios con consumidores (arts. 1384 a 1389); y un régimen para el tiempo compartido.

código; y c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas...”.

Este párrafo sintetiza el “programa” de la resistematización del derecho del consumidor de manera prístina.

Esta resistematización asume que la Constitución es el centro del sistema (art. 1 del Proyecto). Se trata de un primer anillo de normas principales que enuncian los derechos fundamentales del consumidor en la relación de consumo (art. 42 CN).

2.5.2. La codificación del derecho del consumidor

El Proyecto codifica una parte del derecho del consumidor hasta ahora existente en la legislación especial (ley 24.240), procurando dotar de la estabilidad de que gozan los Códigos, a un núcleo duro de ideas e instituciones con las que se suelen regular las relaciones de consumo.

Este núcleo de derecho del consumidor codificado constituye el segundo anillo de la regulación. Contiene innovaciones respecto de instituciones contenidas y reguladas por la ley 24.240 creando un “doble régimen” que obliga al “diálogo de fuentes” intraregulación consumerista.

Las opciones existentes en el derecho comparado en relación a la conexión Código Civil y Comercial y derecho del consumidor fueron consideradas por la Comisión de reformas.⁽²⁹⁾

El Proyecto no incorpora la totalidad de las reglas de protección del consumidor, es decir, que sólo codifica parcialmente el derecho del consumidor existente hasta ahora. En los fundamentos se explica que esta opción “no ha sido seguida en la legislación comparada” y que hay dos razones que llevan a adoptar una actitud contraria que postula sólo introducir en el Código un conjunto limitado de reglas y principios referidos al consumidor. Éstas razones son, por un lado, “la dinámica constante de las relaciones de consumo”; y, por el otro, la sectorialización de la legislación consumerista en materias específicas.

(29) *Vid.*, “Fundamentos del Anteroyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Título II.1.1.en Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal-Culzoni, pp. 602 y 603.

En efecto, en el Derecho Comparado, la relación entre la legislación especial de protección del consumidor y el Código Civil no ha sido jamás de absorción por parte de este último. Aun en Europa, donde la proliferación de Directivas comunitarias referidas al consumo y su consecuente incorporación al derecho interno de los países miembros trae aparejada una situación de cierto desorden de los derecho nacionales en lo que respecta al consumidor, lo que ha dado impulso al trasvasamiento del derecho del consumidor a los Códigos Civiles —vgr., en Italia y Alemania— se conserva una legislación propia del consumidor que no ha sido traspolada al derecho interno. Lo realmente relevante de estos casos es la introducción en el Código Civil del consumidor como sujeto de derechos.

Hay dos modelos regulatorios. En primer lugar, el modelo de la separación entre el derecho privado y el derecho del consumidor, cada uno con su Código o ley especial —en el caso del consumidor— aunque con canales de conexión entre ambos; en segundo lugar, el modelo de incorporación parcial del derecho del consumidor al Código de derecho privado, manteniéndose los aspectos más específicos de la regulación consumerista en la legislación especial.⁽³⁰⁾ Sin embargo, cabe destacar que en cada uno de estos dos modelos existe una gran heterogeneidad⁽³¹⁾ que viene dada por dos órdenes de razones.

El primero, es el contexto normativo que rodea la relación derecho privado/derecho del consumidor, vgr., en la UE la necesidad antes referida de incorporar al derecho interno las directivas comunitarias y luego, de ordenar el derecho interno o en Argentina o Brasil la raíz constitucional del Código de defensa del consumidor (Brasil) o de la legislación especial de protección del consumidor (Argentina).

Y el segundo orden de razones es la historia de cada país respecto de la codificación y la formación del derecho del consumidor. El Proyecto de Código Civil de 2012 opta por el segundo modelo.

(30) Ver los modelos descriptos en "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, agosto de 2012, p. 521.

(31) LIMA MARQUES, CLAUDIA, "A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?", en Claudia Lima Marques (coord.), *A nova crise do contrato*, São Paulo, Brasil, Rev. Dos Tribunais, 2007, p. 17 y ss.

2.5.3. Las reformas a la ley 24.240

Como se señaló, el Proyecto 2012 —además de regular un núcleo de problemas vinculados a la relación y los contratos de consumo— no plantea derogar la ley 24.240.

Dicha normativa y las demás leyes especiales que integran el derecho del consumidor, constituyen el tercer círculo concéntrico de la regulación de defensa del consumidor.

Luego, algunas reformas de la ley 24.240 fueron consideradas necesarias.⁽³²⁾ Para ello, en el Anexo II se plantea reescribir algunas reglas de esa ley; concretamente:

- a. el art. 1 referido al ámbito de aplicación y que contiene la definición de “consumidor” y “consumidor equiparado”;
- b. el art. 8 sobre los efectos de la publicidad en relación al contrato;
- c. el art. 40 *bis* que regula el problema del “daño directo”;
- d. el art. 50 relativo a la prescripción liberatoria;
- e. el art. 52 *bis* sobre las “sanciones pecuniarias disuasivas”.

Éstas son la reorganización, la redistribución y las reformas que realiza el Proyecto, pero los interrogantes que quedan por desarrollar son cómo es el nuevo sistema y cómo se reconstruye el anterior. Para responderlos, es necesario abordar el “diálogo de fuentes”.

2.6 | Los diálogos de fuentes en el campo de la regulación del consumo

Esta idea de colocar a la Constitución Nacional como el nuevo centro del sistema de derecho privado a partir del cual generar el “diálogo de

(32) La necesidad deriva de la intención de “...dar cabida a críticas que ha hecho la doctrina a la legislación especial de consumidores y, en los aspectos generales, solucionar algunos problemas”, en “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, Título III, pto. 1, p. 554. Sobre estos aspectos, ver las explicaciones del muy claro trabajo de STIGLITZ, GABRIEL, “La defensa del consumidor en el Proyecto de Código”, en *Revista jurídica La Ley*, 2012-F-793.

fuentes”⁽³³⁾ del mismo —esencial para la reconstrucción del microsistema del derecho del consumidor— es, a mi modo de ver, la principal innovación que el Proyecto introduce en el modo de funcionamiento del derecho privado y, seguramente, va a impulsar la transformación de la labor cotidiana de los operadores del campo legal (arts. 1, 2, 3 y 1097, entre otros, del Proyecto de Código Civil de 2012).

Para explicar cómo funciona el diálogo de fuentes es necesario entender cuáles son las fuentes que dialogan; cuáles son las reglas de juego del diálogo; y cuáles son los tipos de diálogo.

2.6.1. Las fuentes normativas del diálogo

2.6.1.1 Los derechos fundamentales de los consumidores

El Proyecto asume la primacía constitucional en general y, en particular, en materia de relaciones de consumo.

Por su parte, aunque la regla legal del art. 3 de la ley 24.240 no lo dice, la norma fundamental del art. 42 de la Constitución Nacional integra el microsistema de tutela del consumidor.

Esta norma fundamental constituye el punto arquimédico sobre el cual se apoya el microsistema ya que contiene los principios que lo orientan, lo cohesionan y le proporcionan una racionalidad.

Este hecho ahora es solucionado por el Proyecto, ya que en el art. 1 se establece con claridad el carácter central de la Constitución Nacional en el sistema de derecho privado al sujetar la interpretación de la ley privada a las normas constitucionales.

2.6.1.2. Un zócalo mínimo y núcleo duro de tutela

Los autores del Anteproyecto se plantearon muy especialmente la cuestión de cómo regular los contratos de consumo en el contexto de la unificación de los contratos civiles y comerciales (Título II, pto. 1).

(33) Ver la referencia explícita al “diálogo de fuentes en la nota de presentación del Preproyecto en la doctrina, LORENZETTI, RICARDO, *La decisión judicial*, Santa fe, Rubinzal-Culzoni, 2006. LIMA MARQUES, CLAUDIA, *Contratos no código de defesa do consumidor*, 6ta. ed., São Paulo, Brasil, Rev. Dos Tribunais, 2011.

Luego de valorar las dos metodologías que en el derecho comparado se han seguido para regular los contratos de consumo,⁽³⁴⁾ el rango constitucional que en nuestro país poseen los derechos del consumidor, la “amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina”, se tomó la decisión de avanzar en la incorporación de los contratos de consumo al régimen general de los contratos (ver Título III).

El Anteproyecto ubica la regulación de los contratos de consumo en la parte general de los contratos y antes de la regulación de los contratos en especial, en la idea de que el derecho de los consumidores impacta sobre el tipo contrato en general y luego en algunos tipos especiales en particular. Es decir, la idea es que se trata de una especie de parte especial de la parte general de los contratos (ver Título III, pto. 1).

El Proyecto de reformas del Código Civil de 2012 optó por regular nuevamente algunos aspectos generales del derecho del consumidor —tales como la idea de relación de consumo, consumidor, interpretación de las normas de tutela del consumidor— y algunos aspectos centrales de la protección del consumidor en relación a los contratos (arts. 1092 a 1122).⁽³⁵⁾

Se trata de un zócalo de protección mínimo (ver Título III, pto.1.), una serie de “principios generales de protección del consumidor” que cumplen esta función. Es decir, que actúan como “núcleo duro de tutela”.

2.6.1.3. El microsistema

El segundo párrafo del art. 3 de la ley 24.240, primera parte, establece lo que puede ser calificado como regla fundacional del microsistema de tutela del consumidor en tanto señala que “las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo...”.

Se trata de una regla de gran importancia pues proporciona el espacio necesario para confirmar el carácter microsistémico de la tutela del consumidor.

(34) La primera, incorporando al Código normas referidas a la tutela del consumidor y la segunda, manteniendo separados el régimen de los contratos civiles y comerciales por un lado, y de los contratos de consumo por otro.

(35) Lo que deja afuera, por ejemplo, es la regulación de los daños al consumidor, los aspectos institucionales de la tutela del consumidor, las cuestiones procesales, entre otras.

El señalar que la ley se integra con otras leyes dirigidas a proteger al consumidor significa que la ley 24.240 constituye el cuerpo normativo que contiene la regulación central y general del microsistema pero que, al mismo tiempo, este último no se agota con la regulación que hace aquella ley, sino que se integra con otras leyes especiales que también persiguen como finalidad política la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

En este contexto, debe interpretarse que la referencia expresa a los regímenes de Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia, no es limitativa; la intención de la regla no es limitar la integración del microsistema a estos dos cuerpos normativos solamente, sino que se trata de dos casos de particular relevancia, ya que concurren indirectamente coadyuvando a la tutela de los consumidores y usuarios, lo que evidentemente ha querido ser particularmente destacado haciendo una referencia expresa.⁽³⁶⁾

En fin, este es el primer tópico sobre el cual corresponde tomar nota: en la disposición legal bajo comentario subyace la idea de que el derecho del consumidor tiene fisonomía microsistémica y es absolutamente compatible con la idea del primer párrafo del art. 1094 proyectado que también hace referencia —genéricamente— a “las normas que regulan las relaciones de consumo”, sean generales o especiales.

2.6.2. Las reglas del diálogo

2.6.2.1. Diferenciar las reglas de prelación normativa y las reglas del diálogo de fuentes

La regla de prelación normativa que corresponde a la cuestión del consumo en el Proyecto de Código Civil es el art. 1094.

Pero cabe preguntarse, ¿el art. 963 se aplica a las relaciones causadas en los contratos de consumo? Sabiendo que dogmáticamente éstos son una categoría especial en la parte general del contrato, como lo hemos

.....

(36) La regla que comento constituye, por tanto, una descripción parcial del microsistema que debe ser debidamente completada para su cabal comprensión si se pretende un funcionamiento adecuado. Entre las demás leyes especiales que integran el microsistema se cuentan: las que regulan servicios públicos domiciliarios; las que establecen controles administrativos previos para tipos contractuales o sujetos comprendidos en esta ley; y las que regulan la publicidad que hacen determinados sujetos o que publicitan ciertos productos o servicios..

sostenido más arriba en este mismo estudio, podría pensarse que sí; sin embargo, la respuesta depende de la metodología seguida por el Proyecto.

Éste organizó la regulación del contrato dividiendo un Título II, dedicado a la parte general de los contratos, del Título III en el que se regulan los “contratos de consumo”, y en ambos Títulos estableció reglas de prelación normativa, de modo que no puede sostenerse la aplicabilidad de la regla del art. 963 —Título I— al Título II.⁽³⁷⁾

El punto es relevante pues, de otra manera, el orden de prelación normativa establecido por el art. 963 podría generar problemas de interpretación en relación al art. 3 de la ley 24.240 —que mantiene vigencia— y al art. 1094 —que son las reglas de prelación normativa propias de los contratos de consumo—⁽³⁸⁾ pero fundamentalmente, a su vez, reglas que organizan el diálogo de fuentes.

Las reglas de prelación normativa como los arts. 963 y 1709 del Proyecto de Código Civil no son determinantes a la hora de organizar el diálogo de fuente. Pueden ser empleadas como un complemento argumental pero las categorías utilizadas en las mismas no tienen la capacidad explicativa necesaria para fundar una determinada organización de las reglas que deben regir el caso. Esto es particularmente así en el “bloque” de reglas legales derivadas de los diferentes tipos de orden público, todos los cuales forman parte del “orden público constitucional”.

El “tono” de las normas que regulan el orden de prelación normativa (arts. 963, 1709 y 1094) es absolutamente diferente, lo cual obedece a la presencia de diferentes racionalidades en ambos campos —el de la teoría del contrato “clásica” y la presente en los contratos de consumo—. La norma del art. 963 establece un orden jerárquico basado en el distingo entre Código y ley especial; y normas indisponibles, normas particulares y normas

(37) Existen otras razones, en el campo de las relaciones de consumo las reglas son en general de orden público (art. 65 de la ley 24.240), con lo cual en general siempre prevalecerán por sobre el resto de las reglas.

(38) En realidad en la práctica de los casos, dado que la generalidad de las normas de la ley 24.240 e incluso las del Código Civil proyectado relativas a los contratos de consumo son de orden público dado que desarrollan derechos fundamentales (art. 42 CN.) diferentes a la libertad, los problemas que la norma del art. 963 o el art. 10.709 pueden generar son menores. No obstante sí es muy distorsivo desde la perspectiva intelectual..

supletorias. Es decir, entre un criterio de generalidad y otro basado en la idea de interés general/interés particular. Estos criterios fijados por el legislador son distorsivos del diálogo de fuentes y condicionan al intérprete (vgr. excluyendo el “diálogo de coherencia”).

En otras palabras, el diálogo de fuentes para establecer en un caso la regla aplicable debe generarse por medio de las normas que regulan el procedimiento del diálogo de fuentes en general y propio de los contratos de consumo, lo que ratifica la preocupación por mantener un alto nivel de respeto a la relativa autonomía de los microsistemas.⁽³⁹⁾

2.6.2.2. Reglas del diálogo de fuentes

Existe una tipología de diálogo de fuentes. Un “diálogo de coherencia” que lleva a la aplicación simultánea, en un mismo caso, de reglas provenientes de diferentes fuentes, por ejemplo, para regular diferentes aspectos del caso.⁽⁴⁰⁾ Es “un diálogo de aplicación simultánea”⁽⁴¹⁾ del Código Civil, la ley microsistémica y, tal vez, incluso las leyes especiales.

Es un diálogo que valoriza la reconstrucción sistémica; “diálogo de subsidiariedad” que hace prevalecer una norma por sobre otra; “diálogo de complementación” en el cual una regla o principio actúa “completando la otra” y el “diálogo de influencias recíprocas sistémicas”, es decir, de interinfluencia de la ley general hacia la especial y viceversa.⁽⁴²⁾

El diálogo de fuentes como método requiere sustituir el “orden” que prefiguran los criterios de resolución de antinomias por un orden basado en los derechos humanos fundamentales.⁽⁴³⁾

(39) Ver en “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *op. cit.*

(40) LIMA MARQUES, CLAUDIA, “O diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”, en Claudia Lima Marques (coord.), *Diálogo das Fontes, do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 36.

(41) LIMA MARQUES, CLAUDIA, *ibid.*, p. 38.

(42) Acerca de estos subtipos, ver LIMA MARQUES, CLAUDIA, *ibid.*, p. 32.

(43) “La luz que ilumina el diálogo de fuentes en derecho privado (y debe ser) siempre la constitucional, valores dados y no escogidos por el aplicador de la ley, de ahí que el resultado del diálogo de fuentes sólo puede ser a favor del valor constitucional de protección e los consumidores” (la traducción es mía). LIMA MARQUES, CLAUDIA, *ibid.*, p. 61. Y, si se considera que los principios fundamentales encierran valores, es claro que es el “principio de protección de

Por ello las ideas de artículo 963, entendidas como reglas de organización diálogo de fuentes” son insuficientes —incluso en el ámbito de los contratos paritarios—. ⁽⁴⁴⁾

Al mismo tiempo, el único vestigio de los criterios modernos de resolución de antonomias que se conserva en el diálogo de fuentes es el que indica a la Constitución Nacional como núcleo duro de derechos. Este criterio es esencial para el diálogo con otras leyes especiales que regulan otros derechos con una racionalidad diferente, *vgr.*, las leyes que regulan los derechos de las personas con capacidades diferentes.

En este contexto, donde se presentan casos en los que concurren diferentes fuentes a regular la situación problemática, el principio pro consumidor actúa como una directiva para organizar el diálogo al interior del microsistema. ⁽⁴⁵⁾

En definitiva, el art. 1094 debe ser leído de la siguiente manera:

- a. Las normas de este Código y de leyes especiales que regulan las relaciones de consumo se aplican componiendo la respuesta más favorable a la protección del consumidor;
- b. Las normas de este Código y leyes especiales que protegen al consumidor cuando concurren con leyes especiales que protegen otros derechos de los cuales es titular el mismo consumidor (*vgr.*, los derechos de los niños y niñas, de un locatario de inmueble urbano con destino a vivienda o de una persona celíaca) o de los cuales son titulares los proveedores (*vgr.*, libertad de contratación, libertad de ejercicio del comercio y la industria lícita; libertad de expresión; etc) deben ser puestas en diálogo de modo de alcanzar la solución del caso que respete y desarrolle los derechos fundamentales en juego en la mayor medida posible.

Y algo similar debería ocurrir con los contratos paritarios y con el sistema de responsabilidad civil.

.....
los consumidores” el que debe guiar el diálogo de fuentes, al menos, lo que en este artículo se denomina “diálogo intraregulación del consumidor”.

(44) Esto último, en tanto se le asigne a la regla la misión e organizar el dialogo de fuentes. Sin dudas el artículo 1094 es una regla que responde en mucho mayor medida que la regla del artículo 963 a la racionalidad del diálogo de fuentes.

(45) “Diálogo de fuentes es siempre aplicación armónica y sistemática de las leyes especiales y generales a favor de los derechos fundamentales de los valores más elevados, sociales y públicos”, en LIMA MARQUES, CLAUDIA, *ibid.*

Lo dicho no significa que una regla que establezca un orden entre normas imperativas y disponibles no deba existir; lo que sostengo es que no es una regla de organización del diálogo de fuentes. Quizá convenga diferenciar reglas de orden de prelación y reglas de organización del diálogo de fuentes.

Diferente de todo lo anterior es el problema de la interpretación de una norma del Código Civil o de las leyes especiales que protegen al consumidor; aquí no hay una concurrencia normativa para regular un caso sino una norma con diferentes interpretaciones posibles; aquí rige el principio de interpretación pro consumidor (art. 1094, párr. 2) para seleccionar, entre las interpretaciones posibles, la que corresponde aplicar en definitiva.

El *background* de estas operaciones de diálogo es doble. Por un lado, el diálogo intraregulación de las relaciones de consumo que está guiado por la directiva de progresividad maximalista: lograr componer respuestas normativas a los casos que se presenten que asegure el mayor nivel de la protección del consumidor posible. Por el otro lado, el diálogo extramicrosistema de protección del consumidor, que está guiado por la directiva desarrollista: todos los derechos fundamentales en juego deben potenciarse.

2.6.3 Los diálogos

2.6.3.1. La búsqueda del núcleo duro de tutela

Podría pensarse que el Proyecto establece expresamente este núcleo duro de protección; sin embargo, la técnica ha sido regular nuevamente algunos aspectos generales y especiales, y luego establecer el “diálogo de fuentes” y el principio de interpretación más favorable al consumidor como método para que el intérprete determine el núcleo duro.

La norma que lo establece es el art. 1094 que señala que “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme el principio de protección del consumidor...”. La regla de “diálogo” es clara: en caso de existir una doble regulación de un problema o tema, hay que “componer” la regla procurando la respuesta normativa que más proteja al consumidor.

Varios de los aspectos generales y que hacen a la tutela del consumidor en las relaciones contractuales ya se encontraban regulados en la ley 24.240.⁽⁴⁶⁾

Al mismo tiempo, la técnica del Proyecto de 2012 ha sido no derogar estos aspectos de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240), con lo cual, de aprobarse el Proyecto de Código Civil, coexistirían en algunos temas generales de la protección del consumidor y vinculados a la protección contractual del consumidor, reglas que regulan los mismos problemas tanto en el Código Civil como en la ley 24.240.

Esta coexistencia aumenta considerablemente las posibilidades de antinomias. Sin embargo, la mirada del Proyecto al respecto no se basa en la posibilidad de conflicto. La preocupación es superadora: lograr el “diálogo” de estas fuentes.

El “piso mínimo de tutela” se determina conforme el principio de interpretación más favorable al consumidor, lo cual significa que es a través del diálogo de fuentes que el operador del campo legal debe extraer la existencia del “núcleo duro” de la regulación (ver Título II, pto. 1).

2.6.3.2. De las reglas codificadas de protección del consumidor con las reglas de tutela del consumidor ubicadas en la ley 24.240

En el campo del derecho del consumidor existen ahora tres niveles:

1. Normas fundamentales;
2. Normas codificadas;
3. Normas establecidas en las leyes especiales.

Como se explica en el Proyecto, el núcleo duro de protección ha sido trasladado al Código haciendo al mismo tiempo cambios tanto en las reglas trasladadas como en las reglas que se mantienen en el microsistema.

(46) Así pueden establecerse correlaciones temáticas: arts. 1092, 1093 PCC y arts. 1, 2 y 3 Ley de Defensa del Consumidor (LDC); arts. 1094 PCC y art. 3, ley 24.240; art. 1095 PCC y art. 37, ley 24.240; arts. 1096, 1097, 1098, 1099 PCC y art. 8 bis, ley 24.240; art. 1110 PCC y art. 4, ley 24.240; art. 1103 PCC y art. 8, ley 24.240; arts. 1104, 1105, 1108, 1109, 1110, 1111, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116 PCC y arts. 35 y 36, ley 24.240; arts. 1117 a 1122 PCC y art. 37, ley 24.240.

El objetivo ha sido jerarquizar un núcleo duro de reglas protectorias, estabilizarlo. ⁽⁴⁷⁾ Al mismo tiempo, existirán “dobles regulaciones” si el Proyecto se sanciona. Por ejemplo, en materia de publicidad, habrá disposiciones legales en el Código Civil y en la ley 24.240 y, en consecuencia, potenciales conflictos normativos.

Se trata entonces de un tipo particular de diálogo de fuentes: uno intraderecho del consumidor y otro, respectivo a Código - leyes especiales.

El operador del campo legal debe aquí nuevamente partir de las normas fundamentales, en particular del principio de protección del consumidor, procurando lograr la composición de normas que mas favorezca la protección del consumidor.

Es decir, que se trata de un diálogo de fuentes, un diálogo de complementación que requiere determinar más que el núcleo duro de la regulación (contenido en ambas reglas en conflicto); con lo cual, nunca la respuesta legal puede perforar el núcleo duro y luego “sumar” lo que en las normas se adiciona para mayor tutela del consumidor.

2.6.3.3. Integración del microsistema de protección del consumidor con el sistema del Código

Otra zona de conflicto y diálogo se da entre las reglas de la teoría general del contrato o la responsabilidad civil y el microsistema de defensa del consumidor.

Esta hipótesis es la que la dogmática *ius privatista* tuvo siempre en miras al referirse a la relación “sistema” de derecho privado y microsistema —de defensa del consumidor—.

El problema fue tratado a partir de la regla del art. 3 de la ley 24.240. Ese artículo establece una regla que manda a integrar el microsistema de protección del consumidor con el sistema general del derecho privado; esto es, con el Código Civil y el Código de Comercio.

(47) STIGLITZ, GABRIEL, *op. cit.*

Esta regla marca, en primer lugar, una apertura del microsistema hacia el sistema general y, en segundo término, un problema: la aparición de potenciales conflictos entre el sistema y el microsistema.

El Proyecto de Código Civil en su explicación asume explícitamente esta posibilidad. ⁽⁴⁸⁾ Tanto éste como la ley 24.240 asumen que las reglas de solución de antinomias propias de la modernidad no son suficientes para resolver este problema del conflicto entre reglas ubicadas en el sistema y en los microsistemas. ⁽⁴⁹⁾

La clave es asumir una perspectiva constitucional (art. 1 del Proyecto de Código Civil) para enfrentar estos conflictos. El Proyecto contiene ahora las reglas del sistema general del derecho privado y el núcleo duro de las reglas del microsistema.

Los derechos fundamentales en juego tienen diferente valencia en cada campo —el del sistema general y el del microsistema—, lo que condiciona el orden interno. Dicho de otra manera, los derechos se combinan de diferente manera.

Así, en los contratos de consumo se aplica un primer bloque normativo en el cual no debería existir jerarquía interna:

- las normas inspiradas en el principio de protección (orden público de protección) referidas a la teoría general del contrato;
- las normas inspiradas en el principio de igualdad sustancial referidas a la teoría general del contrato;
- las normas de orden público de coordinación del Código Civil del tipo contrato en general;
- las normas inspiradas en el principio de buena fe contractual.
- las normas indisponibles.

(48) Ver en "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *op. cit.*, p. 617.

(49) Este problema ha sido tratado por una gran cantidad de autores. Son muy conocidos los desarrollos sobre la cuestión de IRTI, NATALINO, *La edad de la descodificación*, Barcelona, España, Bosch, 1992; IRTI, NATALINO, *La cultura del diritto civile*, Torino, Italia, UTET, 1990 e IRTI, NATALINO, *L'età Della decodificazione*, 4ta. ed., Milano, Italia, Giuffrè, 1999.

Luego, un segundo bloque de normas derivadas del ejercicio el principio de libertad en la contratación.

Se afirma que después rigen:

- las normas supletorias de la ley especial de la teoría general del contrato. Cabe aclarar que, en este tipo de regulaciones, en las cuales el principio de protección juega un rol preponderante, en orden a inspirar soluciones particulares, la gran mayoría de las normas son imperativas, por lo que resulta excepcional el descubrimiento de alguna disposición de carácter dispositivo.
- las normas supletorias del Código Civil referidas a la teoría general del contrato. Son la mayoría en estas regulaciones. Aquí en general, ya el mismo legislador del microsistema prevé de antemano correcciones necesarias, *vgr.* el art. 18 de la ley 24.240, que modifica el tema de los vicios redhibitorios del Código Civil, dotando en consecuencia a un efecto del contrato de carácter imperativo.

Luego, en el primer bloque, como el orden no puede establecerse por el carácter de orden público, dado el anclaje constitucional de todo el conjunto, el orden se establece determinando el peso constitucional de cada derecho en el caso concreto.

Un segundo subproducto del “diálogo de fuentes” es el establecimiento de un fondo conceptual común (Título III, pto. 1), entendido en el sentido de que existen instituciones reguladas en el Código Civil, tales como la prescripción liberatoria, la relación causal o el consentimiento que no están reguladas en las leyes especiales que integran el microsistema de defensa del consumidor. Se trata de un segundo tipo de “diálogo de fuentes”.

2.6.3.4. El diálogo de la regulación de las relaciones de consumo con las leyes especiales

Un tercer tipo de conflicto y zona de diálogo es entre los tres niveles de la tutela del consumidor (art. 42 CN), el Código Civil referido a las relaciones de consumo y ley especial general (24.240); las leyes especiales que forman parte del microsistema de tutela del consumidor; y leyes especiales con las cuales el microsistema de vincula.

Existen diferentes tipos de leyes especiales que integran el microsistema de defensa del consumidor:

- a. ley de defensa de la competencia y lealtad comercial. Como la regla de integración del art. 3, también manda a producir una apertura del microsistema de tutela del consumidor hacia algunas leyes especiales como la ley de defensa de la competencia y la ley de lealtad comercial
- b. leyes que regulan contratos especiales (*vgr.*, ley de *leasing*, tiempo compartido, transporte aéreo, contratos bancarios) o sistemas contractuales especiales (tarjeta de crédito).
- c. leyes especiales que regulan los servicios públicos domiciliarios.

La diferencia entre el microsistema y las simples leyes especiales radica en que el microsistema regula al hombre en cuanto desarrolla algún rol diferenciable. Es un fenómeno propio de la alta modernidad, caracterizada por la fragmentación de la idea de sujeto. La ley especial, en cambio, en materia contractual sirve para recoger en términos generales el fenómeno de especificación en relación con el objeto del contrato. El microsistema se comporta en relación con el sistema central, es decir, el Código, de modo diferente a la ley especial.

En otras palabras, es necesario identificar las leyes especiales que integran el microsistema y las leyes especiales que no lo integran y con las cuales éste —y sus leyes— se relacionan, *vgr.*, las leyes especiales antes mencionadas, que provienen del campo del derecho comercial.

En los tres incisos antes mencionados existen ejemplos de ambos casos. De modo que, cuando existe un conflicto y por tanto es necesario establecer un diálogo entre el microsistema. Se debe actuar desde éste —sus valores, principios y derechos fundamentales— hacia la ley especial, procurando progresar en la mayor medida posible en la protección del consumidor, de manera similar a como se hace en los conflictos entre los niveles “duros” de la tutela del consumidor (CN y CC) y la ley 24.240.

Mientras que cuando se trate de un diálogo con una ley externa al microsistema pero con la cual este entra en contacto, la reglas procedimentales son las de la ponderación de derechos fundamentales.

El tercer párrafo del art. 3 de la ley 24.240 fue introducido por la ley 26.361. Esta previsión legal constituye una regla ordenatoria que procura explicar de manera más clara la organización interna del microsistema —con leyes

especiales que lo integran— y su vinculación con otras leyes especiales que no lo integran.

La regla es necesaria pues el problema que se plantea en el funcionamiento del sistema es que, permitido por la construcción caótica —no siempre libre casualmente— de los sistemas normativos en la era actual —a lo cual no escapa a el microsistema de tutela del consumidor— y por la existencia de reglas en la misma ley 24.240 que establecían aplicaciones subsidiarias, se producía el efecto final de la desprotección del consumidor al quedar postergada la vigencia de las reglas normativas que desarrollaban sus derechos fundamentales al agotamiento previo del funcionamiento de sistemas normativos específicos —de servicios públicos domiciliarios, del sistema financiero, de las agencias encargadas de controlar administrativamente ciertos tipos contractuales o sujetos—.

En este contexto, la aclaración acerca de que la regla es —como ya lo había establecido en diversos sectores la jurisprudencia— la vigencia concurrente y diferenciada del microsistema de defensa del consumidor con las leyes que específicamente regulen problemas, contratos y sujetos comprendidos por la primer normativa, es positiva.
