

**Voces:** DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ CONSUMIDOR ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION

**Título:** Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial

**Autor:** Barocelli, Sergio Sebastián

**Publicado en:** DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 63

**Cita Online:** AR/DOC/412/2015

**Sumario:** I. Introducción. — II. El Derecho del Consumidor argentino y el nuevo Código Civil y Comercial: diálogo de fuentes a la luz de los principios.— III. Fortalecimiento de los principios del Derecho del Consumidor con el nuevo Código Civil y Comercial.— IV. Sobre el concepto del consumidor a la luz del nuevo Código y los principios del Derecho del Consumidor.— V. A modo de conclusión

**Abstract:** El Código es sólo un escalón más. Hay que continuar en el camino. Se requiere de consumidores conscientes y consustanciados con sus derechos y organizados en asociaciones de consumidores, proveedores que actúen de buena fe y con legalidad y transparencia en el mercado y, fundamentalmente, autoridades públicas activas en la garantía de los derechos de los consumidores. El Poder Ejecutivo debe diseñar e implementar políticas públicas, coordinadas y concertadas, de protección y promoción de derechos y de información y educación al consumidor; garantizar servicios de asistencia, asesoramiento y patrocinio gratuito de los consumidores y sistemas eficaces de prevención y resolución de conflictos y fiscalizar y controlar a los proveedores de bienes y servicios. Al Poder Judicial y el Ministerio Público, por su parte, le cabe la aplicación del derecho por magistrados y funcionarios especializados y consustanciados con las normas, principios y filosofía del Derecho del Consumidor. Y el Poder Legislativo debe estar orientado a ampliar la senda de los derechos de los consumidores.

### **I. Introducción**

Con la sanción de la Ley 26.994 se ha aprobado un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Dicho Código tiene su origen en el anteproyecto redactado por la comisión de juristas creada por dec. 191 del 23 de febrero de 2011, integrada por los doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Dicho anteproyecto fue elevado al Poder Ejecutivo Nacional, quien a su vez, previo a introducir algunas modificaciones, lo remitió al Congreso Nacional para su tratamiento. En el marco del Poder Legislativo, se constituyó para su estudio y discusión una comisión bicameral, en el seno de la cual se desarrollaron audiencias públicas por todo el país y se recibieron ponencias de los ciudadanos e instituciones interesadas. Finalizado este proceso de consultas, la comisión emitió su dictamen, donde volvió a introducir modificaciones y lo puso a consideración de ambas cámaras, que finalmente lo aprobaron, promulgándose el 7 de Octubre de 2014.

En virtud de la Ley 27.077, se dispuso que el nuevo Código Civil y Comercial entrará en vigencia el 1 de agosto de 2015.

El cuerpo normativo de referencia deroga los códigos civil y comercial actualmente vigentes y deroga y modifica también numerosas leyes especiales. Dicha "recodificación" produce una importante transformación en numerosas instituciones del derecho privado patrimonial y de familia, la que no ha estado exenta de polémicas, críticas y elogios de distintos sectores de la doctrina.

En presente trabajo analizaremos el impacto que ha producido en nuevo Código en el campo del Derecho del Consumidor [\(1\)](#), en particular sobre la materia de sus principios y ámbito de aplicación.

### **II. El Derecho del Consumidor argentino y el nuevo Código Civil y Comercial: diálogo de fuentes a la luz de los principios**

Como hemos sostenido en otras oportunidades, el Derecho del Consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atravesaron y atraviesan las sociedades en Occidente como consecuencia de la consolidación de la llamada "sociedad de consumo". En ese contexto de producción tecnificada y masificada, estandarización y despersonalización de las condiciones de comercialización de bienes y servicios, agresivas campañas de publicidad, moda y prácticas comerciales, masificación del crédito y situaciones de monopolio, oligopolio y poder de la "marca", las relaciones entre quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad los consumidores y usuarios. [\(2\)](#)

Por tanto, el Derecho del Consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable; esto es, de aquellas que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo. [\(3\)](#)

En el derecho comparado, diversas han sido las experiencias de desarrollo de este campo jurídico. Podemos

distinguir:

a) aquellos ordenamientos jurídicos que han receptado las normas protectorias de los consumidores dentro de los Códigos Civiles (v.gr., el BGB alemán, el Código Civil de Québec);

b) aquellos Estados que han dictado leyes independientes de defensa del consumidor, coexistiendo y conviviendo entonces el Código Civil y la ley protectoria (v.gr. España y la mayoría de los países latinoamericanos);

c) aquellos países que han consolidado sus leyes protectorias del consumidor en un "Código", coexistiendo y conviviendo entonces el Código Civil y el "Código de Defensa y/o Protección al Consumidor (por ejemplo, Brasil, Perú o Italia).

La experiencia argentina tuvo, si se me permite la analogía religiosa, su "bautismo" con la sanción de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) en 1993 y su "confirmación" con la elevación al rango iusfundamental con la reforma constitucional de 1994, que incorporó los arts. 41, 42 y 43 y los tratados internacionales con jerarquía constitucional del art. 75 inc. 22, entre otras normas directas e indirectas de protección al consumidor en nuestra ley fundamental federal. Y parecía inscribirse en la categorización del apart. b.

Dicho panorama se ha transformado con la sanción de la Ley 26.994, que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El nuevo Código ha incorporado diversas normas directas e indirectas de protección al consumidor, en especial el Libro III (Derechos personales), ha establecido un Título III denominado "Contrato de consumo". Pero no adscripto a un modelo como el alemán o el quebequés. Si bien el Código contiene diversos institutos tuitivos del consumidor, subsisten la Ley 24.240 y demás normas especiales como dos sistemas autónomos pero entre los que se establecen puentes y relaciones.

Como sostuvieron los autores del anteproyecto de Código en sus fundamentos, las provisiones en materia de Derecho del Consumidor en dicho corpus normativo constituyen una "protección mínima", un "núcleo duro de tutela" lo que tiene efectos importantes:

a.- En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.

b.- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema.

c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.

d.- En el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. (4)

Este escenario de "plurijuridismo" (5), de complejidad, fragmentación y pluralidad de fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las normas al interior del sistema jurídico. Para ello, el jurista Erik Jayme ha acuñado, desde lo metodológico, el llamado "diálogo de fuentes" al que aluden los autores del anteproyecto. Jayme bautizó como "diálogo" de las fuentes la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes. Sostiene dicho autor que "el descubrimiento de la finalidad de las normas se da por medio de la convivencia y del "diálogo" entre ellas. La labor del juez es coordinar estas fuentes, escuchando lo que dicen en su diálogo". (6)

Esto no es una cuestión exclusiva en materia de Derecho del Consumidor, sino que esas "relaciones dialógicas" entre Código Civil y Comercial y leyes especiales se observa también en otras materias, como niñez y adolescencia, salud mental, personas jurídicas, ambiente, entre otras.

Así, necesariamente para entender el dispositivo jurídico aplicable a un hecho social, requerirá necesariamente, no solo de un "diálogo horizontal" entre el Código Civil y Comercial y las leyes especiales —en este caso, las leyes de protección al consumidor— sino también, previa, y más importante, un "diálogo vertical" de estas normas con aquellas de fuente constitucional y convencional. En este último caso no hay, en rigor, un "diálogo", pero sí un "monólogo", porque las reglas superiores preponderan necesariamente sobre aquellas que se sitúan en un nivel inferior. (7)

Pero ese "diálogo", como comunicación lingüística, deberá necesariamente realizarse bajo un código compartido: en el caso del Derecho del Consumidor, el diálogo deberá hacerse a luz de sus principios. Desarrollaremos esta cuestión a continuación.

### **III. Fortalecimiento de los principios del Derecho del Consumidor con el nuevo Código Civil y Comercial**

Como venimos sostenido, los principios juegan un papel destacado a la hora de realizar el correcto diálogo de fuentes vertical y horizontal en materia de Derecho del Consumidor, toda vez que los mismos comprenden, contemplan, una serie indefinida de situaciones. Los principios constituyen líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para

promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos previstos. (8)

Etimológicamente el término latino principium está compuesto por la raíz derivada de pris, que significa "lo antiguo" y "lo valioso" y de la raíz cap que aparece en el verbo capere —tomar— y en el sustantivo caput —cabeza—. Tiene, entonces, un sentido histórico ("lo antiguo"), un sentido axiológico ("lo valioso") y un sentido ontológico ("cabeza"). (9) Los principios tienen tres funciones que tienen incidencia importante en las normas del ordenamiento, éstas son: la función creativa, la función interpretativa, y la función integradora:

a) La función creativa establece que antes de promulgar la norma jurídica, el legislador debe conocer los principios para inspirarse en ellos y poder positivizarlos.

b) La función interpretativa implica que al interpretar la norma, el operador debe inspirarse en los principios, para garantizar una cabal interpretación.

c) La función integradora significa que quien va a colmar un vacío legal, debe inspirarse en los principios para que el Derecho se convierta en un sistema hermético. (10)

Los principios, como directrices políticas que suponen una preferencia axiológica y poseen una dimensión valorativa acentuada, cumplen un rol fundamental para asegurar la autonomía de la disciplina y tienen, por tanto, carácter normativo y su imperatividad no depende de lo que establezcan las reglas de derecho positivo, sino que constituyen el armazón de la disciplina, y pueden ser utilizados por los jueces para desactivar aquellas reglas de derecho positivo que, en apariencia, contradigan la finalidad protectoria del Derecho del Consumidor.

En este sentido el nuevo Código Civil y Comercial ha consagrado expresamente como fuente interpretativa del Derecho los principios y los valores jurídicos; es decir, no sólo los principios generales del derecho, sino también los principios propios de cada "sección" del ordenamiento jurídico.

Respecto del Derecho del Consumo, haciendo una lectura sistémica de todo el Código podemos sostener que el mismo ha recepcionado y consolidado los siguientes principios.

#### a) Principio protectorio

El principio protectorio es uno de los principios fundamentales del Derecho del Consumidor. Tiene su razón de ser en la situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en la cual se encuentran situados los consumidores en la "sociedad de consumo". Encuentra su anclaje constitucional en el art. 42 de la Ley Fundamental que, entre otras importantes cuestiones, establece como deber de las autoridades, entendidas como los poderes legislativo, ejecutivo y judicial en los tres niveles de gobierno (federal, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal), proveer a la protección de los derechos de usuarios y consumidores. El principio protectorio, por tanto, trasciende por tanto, lo estrictamente jurídico, erigiéndose también como faro para el diseño e implementación de políticas públicas.

El nuevo Código Civil y Comercial lo ha recepcionado expresamente, en su art. 1094, al establecer, no solo como criterio de interpretación, sino también de aplicación del Derecho del Consumidor, por lo que de esta manera se ve fortalecido y consolidado.

Para su aplicación, el principio protectorio se suele expresar en tres formas: a) regla in dubio pro consumidor; b) regla de la norma más favorable; y c) regla de la condición más beneficiosa.

El in dubio pro consumidor como regla de interpretación del Derecho, ya encontraba reconocimiento en el art. 3° de la LDC, en tanto que como regla de interpretación convencional tenía ya su sustento en el art. 37 de la LDC. Dicha regla constituía asimismo un criterio interpretativo de otras vicisitudes de la relación de consumo, como la oferta o la publicidad (art. 7° del dec. regl. 1798/1994), y también propugnamos que resulta aplicable a la duda del juzgador en la valoración de las pruebas aportadas por las partes en el procedimiento o respecto a la subsunción de un hecho en la norma.

En su contenido, la regla in dubio pro consumidor determina que cuando una norma, general o particular, puede llevar a dos o más posibles interpretaciones, el intérprete debe privilegiar aquella fuese más favorable al consumidor en el caso concreto.

También el in dubio pro consumidor se ha visto fortalecido en el nuevo Código Civil y Comercial, al expresarse también en el art. 1094 como regla de interpretación del derecho y en el art. 1095 como regla hermenéutica de las relaciones de consumo.

La regla de la norma más favorable establece que en caso de haya más de una norma aplicable a una situación jurídica, se opte por aquella que sea más favorable para el consumidor, sin importar su jerarquía, generalidad o especialidad, orden temporal o clasificaciones de otro tipo. (11) Dicha regla también se ha visto con mayor arraigo en el nuevo Código.

Así, además del art. 3° de la LDC, encuentra también su sustento en el art. 1094, 2° parte del nuevo Código Civil y Comercial, en general, y esa regla se extenderá aun para la aplicación retroactiva de leyes supletorias, conforme prevé el 3° párrafo del art. 7° del nuevo Código.

Por último, el principio protectorio se ve reflejado también en la regla de la condición más beneficio. Dicha regla prescribe que la aplicación de una nueva norma nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un consumidor.

Esta regla supone la existencia de una situación más beneficiosa anterior, concreta y determinada, que debe ser respetada en la medida que sea más favorable. Por tanto, si una situación anterior es más beneficiosa para el consumidor se la debe respetar, esto es, toda modificación normativa, general o particular, debe ser para ampliar y no para disminuir derechos.

Dicha previsión encuentra su fundamento iusfundamental en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que consagra los principios de progresividad y no regresividad de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. El principio de progresividad de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, que resulta aplicable a los derechos de los consumidores como derechos humanos de tercera generación, contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual "está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales" y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad". (12)

Otras previsiones del Código que, entendemos, apuntalan el principio protectorio son:

a) La previsión del art. 14 in fine, que dispone que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general". Mediante tal previsión legal el legislador ha privilegiado a los derechos de incidencia colectiva, como son los derechos de los consumidores, por sobre los derechos individuales;

b) La regulación del "abuso de posición dominante" como supuesto especial de ejercicio abusivo del derecho (art. 11);

c) El reconocimiento expresa de la inviolabilidad de la persona humana y el respeto de su dignidad (arts. 51 y 52);

d) El derecho a no cumplir obligaciones que impliquen actos peligrosos (art. 54).

b) Principio de sustentabilidad

El art. 1094 también consagra como principio de aplicación e interpretación del derecho el principio del "acceso al consumo sustentable". Dicho principio, que llamábamos de sustentabilidad (13), para establecer necesarios puentes con el Derecho Ambiental (14) subsume dos contenidos: el derecho de acceso al consumo y el derecho al consumo sustentable.

El derecho de acceso al consumo, recordemos, es el primer derecho de "entrada" al sistema, el derecho de acceso al consumo (15) y constituye un derecho mínimo de inclusión de toda persona humana, y por tanto de acceso al consumo de determinados bienes y servicios básicos garantizados por el Estado (alimentación, vivienda, salud, educación, etc.) (16), que permitan un estándar de vida digno, de modo de cubrir sus necesidades indispensables. (17) De esta manera se garantiza a toda persona un estándar razonable de calidad de vida, para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, como elementos imprescindibles de la autonomía individual que permita alcanzar el desarrollo humano, entendido como el desarrollo de la plena potencialidad del ser". (18)

El consumo sustentable (19), en tanto, es el derecho "de cierre". Implica, conforme prescriben las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor, que las necesidades de bienes y servicios de las generaciones presentes y futuras se satisfacen de modo tal que puedan sustentarse desde el punto de vista económico, social y ambiental. Sabido es que el desarrollo sustentable requiere la eliminación de los dos polos de la sociedad de mercado —el consumismo y la pobreza—, por ser contrarios al equilibrio ecológico, económico y social, presupuesto base de la sustentabilidad. (20) En este primer punto, la eliminación de la pobreza encuentra su vinculación con el ya mencionado derecho de acceso al consumo como un piso mínimo de inclusión social de todos los habitantes. En cuanto al consumismo, la cuestión resulta más compleja. La satisfacción consumista, sostiene Bauman, es un programa de vida en la sociedad de consumo. (21) Requiere por tanto, de acciones de concientización social sobre el uso de bienes y servicios y su uso racional, la búsqueda de herramientas eficaces para el aprovechamiento equitativo y sostenible de los recursos naturales sin que afecte las necesidades de las generaciones futuras, en toda la cadena de cadena de producción, distribución, comercialización y consumo, como así también la regulación de las conductas de mercado que lo promueven, como publicidades ilícitas y técnicas de marketing inapropiada y otros medios indirectos como la industria cultural.

Resulta acertada la inclusión expresa de este principio en materia de Derecho del Consumidor, que erige nuevos puentes en las cuestiones vinculadas al ambiente y el consumo, y que reafirma el carácter de derecho de tercera generación de los derechos de los consumidores.

c) Principio de irrenunciabilidad de los derechos

De conformidad con el art. 65 de la LDC, las normas de defensa del consumidor son disposiciones de orden público. Por ser normas de orden público, los derechos de los consumidores son irrenunciables y las normas de protección a los consumidores deben ser aplicadas por las autoridades públicas administrativas y jurisdiccionales, aun de oficio. (22)

El principio de irrenunciabilidad de los derechos también se ha visto reforzado con las previsiones de los arts. 12 y 13 del nuevo Código Civil y Comercial, que consagra que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 12) y que está prohibida la renuncia general de las leyes y que los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba (art. 13), situación esta última de aplicación al Derecho del Consumidor por su carácter de orden público de protección.

Por lo tanto, los consumidores no podrán hacer renuncia expresa o tácita de sus derechos, tanto de manera previa como posterior.

La ha entendido que el Derecho del Consumidor debe ser aplicado por los jueces aún a falta de invocación específica de las partes, a cuya luz debe ser interpretada la normativa específica aplicable y los argumentos relevantes para la consideración del caso.

#### d) Principio de buena fe

La buena fe es un principio general de derecho, presente en todos los campos del Derecho y las relaciones jurídicas. De raíz constitucional (23), emerge en el nuevo Código del art. 9º, en general, y en el artículo 961 en materia contractual.

Sostiene Morello que la buena fe engendra una norma jurídica completa que se eleva a la categoría de principio general del derecho, de manera que cabe enunciarla en una comprensión amplia y abarcativa de suerte que todas las personas deben obrar de buena fe en sus recíprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal. (24)

En este sentido, suele distinguirse entre buena fe subjetiva, también conocida como concepción psicológica de la buena fe y buena fe objetiva, también denominada de concepción ética de la buena fe. (25)

Así, esta última funciona como regla de conducta o comportamiento, fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y en la consideración de los intereses de la otra parte, especialmente en el sentido de no ocultarle informaciones relevantes. (26) La buena fe, tanto en su concepción objetiva como subjetiva, baliza el ejercicio de los derechos y compone una verdadera válvula del sistema por donde surge el elemento moral, posibilitando no sólo la constante adecuación a la realidad socio-económica, sino también a la efectiva realización de la justicia contractual. (27)

En el campo del Derecho del Consumidor, el principio de buena fe, que ya era mencionado expresamente en el art. 37 de la LDC, juega como obligación en cabeza tanto del proveedor como del consumidor. Señala Álvarez Larrondo que la buena fe es cooperación y respeto, es conducta esperada y leal, tutelada en todas las relaciones sociales. (28)

Del mismo derivan dos "sub" principios de vital importancia en el Derecho del Consumidor: el principio de confianza y el principio de transparencia.

Respecto del principio de confianza debemos recordar que en la sociedad de consumo la publicidad, la difusión de la marca y la imagen corporativa, las promociones y otras configuraciones y prácticas de mercado generan en el consumidores diversas expectativas respecto de la solvencia, la calidad, la seriedad y eficiencia de las empresas de las que adquieren o utilizan bienes o servicios. Por tales configuraciones, los consumidores, de manera lógica y razonable, depositan su confianza en los proveedores de estos bienes y servicios. (29) El principio de confianza se perfila entonces como la expectativa que surge dentro de una comunidad de comportamiento normal, honesto y cooperativo, basadas en normas comunes compartidas por todos los miembros de esa comunidad. (30) Por lo tanto, en el valor confianza importa que el consumidor sustente la aceptación —como hito del consentimiento contractual— en la apariencia generada por el proveedor a partir de la profesionalidad presumida. (31)

El principio de confianza encuentra su especial arraigo en el nuevo Código en el art. 1067, como pauta de interpretación de los contratos y en el art. 1725, para la valoración de la conducta en supuestos de responsabilidad civil.

El principio de transparencia, en tanto, se vincula también con la actuación en el mercado de los proveedores en cuanto a generan una plena accesibilidad a la información a los consumidores acerca de los productos o servicios que ofrecen. (32)

Emparentado directamente con el derecho a la información, disciplinado en el art. 42 de la Constitución Nacional, el art. 4º de la LDC y numerosas normas especiales, encuentra también un nuevo refuerzo en el art. 1100 del nuevo Código.

#### e) Principio de Realidad



El principio de realidad, que tiene su origen en el Derecho del Trabajo, hace prevalecer, en caso discordancia, lo fáctico, es decir, lo que realmente ocurre, sobre lo establecido en documentos o que ha sido asentado de alguna manera. (33)

De esta manera hace aflorar la relación de consumo o relación fundamental que le subyace y fundamenta, sin perjuicio del dispositivo jurídico enmarcado por los proveedores.

Este principio ha venido también a encontrar mayor sustento en los art. 10, que regula el abuso del derecho y la situación jurídica abusiva (también regulada por el art. 1120); situación esta que comprende a la abusividad originada en la pluralidad de actos jurídicos conexos. Aquí también vienen en auxilio las previsiones en materia de conexidad contractual (arts. 1073 a 1075).

Estas previsiones contribuirán también en todo lo desarrollado por la doctrina y jurisprudencia en materia de negocios jurídicos conexos y especialmente en la cuestión vinculada a los pagarés en el marco de las relaciones de consumo. (34)

#### **IV. Sobre el concepto del consumidor a la luz del nuevo Código y los principios del Derecho del Consumidor**

El nuevo Código Civil ha reconstruido la noción unitaria de contrato para reglar diversos supuestos: contratos paritarios, contratos de adhesión y contratos de consumo. El nuevo Código, en general, ha pasado de las categorías uniformizantes —el contrato, la familia, la persona, el "hombre medio", "el buen padre de familia", el "buen hombre de negocios" etc.— a conceptos más bien, como decía Ortega y Gasset, del "ser y sus circunstancias": el niño, el adolescente, la persona con padecimientos mentales, el paciente, el consumidor, etc. Esto es, una mirada especialmente atenta a la vulnerabilidad.

El concepto de relación de consumo y contrato de consumo emerge de los arts. 1092 y 1093. También la Ley 26.994 ha modificado en igual línea el art. 1º de la LDC, conteniendo por tanto ambas regulaciones.

Haciendo una lectura a la luz de los principios del Derecho del Consumidor, fortalecidos y consolidados con el Código, podemos sostener que no se ha producido limitación alguna a los alcances de la relación de consumo hasta ahora existentes. Explicaremos por qué.

Si uno hiciera una lectura gramatical, podría sostenerse, en principio, que lo que denominamos "consumidor en sentido estricto" permanece sin cambios; esto es, quien adquiere o utiliza bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas o de su grupo familiar o de relación.

Más aun, entendemos que el nuevo Código ha contribuido más a desvanecer los argumentos de quienes propugnan la existencia de un supuesto "consumidor empresario" (35), al prescribir expresamente en el art. 1093 que el destino de los bienes y servicios, para ser calificado como consumidor, tiene que ser no solo final, sino también privado y al regular expresamente los contratos de adhesión, tanto entre dos empresas, como entre empresas y consumidores, en los art. 984 y subsiguientes, estableciendo prescripciones especiales en ametría de formalismo de protección, interpretación, cláusulas abusivas, entre otros. Por tanto, los argumentos de "pobreza" del ordenamiento jurídico para "estirar" la noción de consumidor, desnaturalizándola y comprendiendo estos supuestos carece ya, desde nuestro punto de vista, de fundamentos.

Respecto del llamado "usuario no contratante", también permanece indemne en el segundo párrafo del art. 1º de la LDC y el art. 1092 del nuevo Código. Nos referimos a quienes, sin ser parte del contrato o vínculo de origen, son los destinatarios finales de la prestación objeto del mismo o de sus efectos jurídicos.

Y parecería que el que ha desaparecido es el sujeto expuesto a la relación de consumo. (36) Recordemos que los sujetos expuestos a la relación de consumo los caracterizábamos como aquellos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufren o están 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 (37), comprendiendo tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado (oferta a persona indeterminada, publicidad, prácticas de marketing, condiciones generales de la contratación, etc.) como a víctimas no contratantes de daños por defectos de producto o incumplimiento del deber de seguridad.

Pero ello no es así, ya que los sujetos expuestos ha sido "reubicados" en el art. 1096 del nuevo Código. Dicho artículo prescribe: "Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1092".

Vale tener presente que dicho artículo está inserto en la Sección 1ª, titulada "Prácticas abusivas, que reglamenta las cuestiones referidas a los derechos al trato digno, al trato equitativo y no discriminatorio y a la libertad de contratar de los consumidores y que la Sección 2ª, titulada "Información y publicidad dirigida a los consumidores", regula el derecho/deber de información, las ilicitudes publicitarias y los efectos de la publicidad.

Resulta, por tanto, decisivo echar luz sobre el alcance del concepto de "prácticas comerciales", para determinar entonces el alcance del concepto de sujeto expuesto a la relación de consumo. Al respecto, señala

Rubén Stiglitz que las prácticas comerciales son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción y que se trata de un concepto extremadamente amplio que incluye el marketing, las garantías, los servicios posventa, la ejecución del contrato y la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos.

En el derecho comparado, la Directiva Comunitaria 29/2005 de la Unión Europea, ha caracterizado a las "prácticas comerciales" como "todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores".

Por tanto, entendemos que podemos circunscribir dentro de dicha noción, las siguientes cuestiones:

- a) ilicitudes publicitarias;
- b) restricciones a la libertad de elección;
- c) prácticas abusivas, desleales y agresivas;
- d) Incumplimiento del deber de seguridad; y
- e) Protección frente productos defectuosos.

Por tanto, la noción de expuesto a una relación de consumo continúa comprendiendo tanto a los consumidores potenciales; como las víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor, sea el daño originado por el incumplimiento del deber de seguridad o por un defecto del producto o servicio, especialmente fundamentado en el defecto de información sobre riesgos y daños.

Por consiguiente, el concepto de consumidor no ha sufrido morigeración alguna, sino que han sido pulidas ciertas indefiniciones que despertaban dudas y controversias.

#### **V. A modo de conclusión**

La "sociedad de consumo" en la que estamos inmersos desde hace algunas décadas coloca a los consumidores en una situación de debilidad y vulnerabilidad estructural en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Relaciones que, en muchos casos, se encaminan en un sendero de conculcación de derechos, incumplimientos, daños materiales e inmateriales, abusos y frustraciones, especialmente entre los consumidores de sectores menos favorecidos.

Hay que tener en cuenta esta dimensión sociológica a la hora de la interpretación del Derecho.

En ese sentido, creemos que, en balance, el nuevo Código Civil y Comercial constituye un aporte significativo en pos de la consolidación del Derecho del Consumidor en nuestro país, que expresa las inquietudes, demandas y propuestas de varias generaciones de juristas, que, como sostiene Gabriel Stiglitz, contribuyeron y contribuyen, con paciencia y optimismo (38), a la construcción y consolidación del Derecho del Consumidor en nuestro país.

Pero el Código es sólo un escalón más. Hay que continuar en el camino.

Para ello se requiere de consumidores conscientes y consustanciados con sus derechos y organizados en asociaciones de consumidores, proveedores que actúen de buena fe y con legalidad y transparencia en el mercado y, fundamentalmente, autoridades públicas activas en la garantía de los derechos de los consumidores.

Creemos que el camino marca que el Poder Ejecutivo, en todos sus niveles, debe diseñar e implementar políticas públicas, coordinadas y concertadas, de protección y promoción de derechos y de información y educación al consumidor; garantizar servicios de asistencia, asesoramiento y patrocinio gratuito de los consumidores y sistemas eficaces de prevención y resolución de conflictos y fiscalizar y controlar a los proveedores de bienes y servicios.

Al Poder Judicial y el Ministerio Público, por su parte, le cabe la aplicación del derecho por magistrados y funcionarios especializados y consustanciados con las normas, principios y filosofía del Derecho del Consumidor, ya que no puede concebirse un sistema de protección y defensa de consumidores y usuarios si no se garantiza el derecho de acceso a la justicia, que constituye el reaseguro para la efectiva vigencia de los demás derechos de los consumidores.

Y el Poder Legislativo debe estar orientado a ampliar la senda de los derechos de los consumidores. Porque como señalaba Raúl Scalabrini Ortiz "todo lo que no se legisle de manera explícita y categóricamente a favor de los más débiles, se legisla implícitamente a favor de los más aptos. Es el poderoso que necesita apoyo legal. El tiene su propia ley, que es su propia fuerza.

(1) Para ampliar sobre las modificaciones en general, ver: STIGLITZ, Gabriel A., "La defensa del consumidor en el Proyecto de Código", DCCyE 2012 (octubre), 61 - LA LEY 29/10/2012, 1 - LA LEY 2012-F, 793.

(2) ARIAS CÁU, Esteban Javier y BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos", LA LEY 05/09/2014, 4.

(3) BAROCELLI, Sergio S., "Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos", Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, La Ley, febrero 2014, págs. 80 y ss., 94.

(4) Conf. <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

(5) "El vocablo plurijuridismo se emplea para atribuir una cualidad al ordenamiento normativo cuando en él existe 'polisistemia simultánea', que es un encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o 'pluralismo jurídico', que consiste en la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también en la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos (NICOLAU, Noemí L., "Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual", en Libro Homenaje al Dr. Benjamín Pablo Piñón, Editorial Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, p. 208).

(6) JAYME, Erik, "Identité culturelle et intégratio: le droit international privé postmoderne", en Recueil des Tours, 1995, T. 251, pág. 136.

(7) Conf. DO AMARAL JÚNIOR, Alberto, "El "diálogo" de las fuentes: fragmentación y coherencia en el derecho internacional contemporáneo", Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 7, número 13, 2009, p. 71 y ss.

(8) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1978, Pág. 9

(9) Conf. SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. Los principios del derecho como objeto de investigación jurídica, 1993, p. 17.

(10) Conf. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1978, Pág. 11.

(11) Conf. RUSCONI, Dante, Manual de Derecho del Consumidor, Bs. As., Abeledo Perrot, p. 133.

(12) TOLEDO, Omar Toribio, "El principio de progresividad y no Regresividad en materia laboral", en Revista Derecho y Cambio Social, N° 23, en [http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad\\_y\\_regresividad\\_laboral.pdf](http://www.derechoycambiosocial.com/revista023/progresividad_y_regresividad_laboral.pdf).

(13) ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Juicio ejecutivo, títulos de crédito y derecho del consumidor. El Superior Tribunal de Jujuy ratifica doctrina plenaria, pero siembra alguna incertidumbre", Revista de Derecho Mercantil, Microjuris, 18/12/ 2012, MJ-DOC-5999-AR | MJD5999.

(14) Así lo denomina la Ley 25.675 General del Ambiente, en su art. 4°.

(15) Si bien no se encuentra enumerado expresamente en el texto constitucional argentino, el derecho de acceso al consumo se encuentra implícito en el mismo y surge de una interpretación sistémica de las diversas normas constitucionales (arts. 41, 42, 33, 75 inc. 19 y 125) y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, conforme el art. 75 inc. 22 CN (v. gr., el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los arts. 22 y 25.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros) y las Directrices de Naciones Unidas de Defensa del Consumidor. En el ámbito provincial, ha sido mencionado en el art. 4° del Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (Ley 13.133).

(16) Conf. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, Derechos del consumidor, Astrea, Bs. As., 2004.

(17) Conf. RUSCONI, Dante (coordinador), Manual de Derecho del Consumidor, Bs. As., Abeledo Perrot, 2009, p. 70.

(18) Conf. PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, en REGAZZONI, Carlos Javier (Editor), GARRIDO CORDOBERA, Lidia (Directora), Salud y Conciencia Pública, Fundación Sanatorio Güemes, Bs. As., 2011.

(19) Este derecho se encuentra reconocido de manera expresa en las Directrices de Naciones Unidas sobre protección al consumidor y en algunos textos constitucionales provinciales, como la Constitución de Entre Ríos, en sus arts. 30, 78 y 83 o en el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (Ley 13.133), en sus arts. 3° inc. f y 8° y 9°. Asimismo, se encuentra implícito en nuestra Constitución Nacional, a través de una interpretación sistémica del preámbulo y los arts. 33, 41, 42, 43, 75 inc. 2°, 18 y 19 y 125 y constituye una de las atribuciones de la autoridad de aplicación federal, conforme el art. 43 inc. a) de la LDC.



(20) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, en REGAZZONI, Carlos J., Salud Pública y conciencia pública, Buenos Aires, Fundación Sanatorio Güemes, 2009.

(21) BAUMAN, Zygmunt, Vida de consumo, Fondo de. Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

(22) Argumento sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Uriarte Martínez, Héctor V. otro c. Transportes Metropolitanos General Roca S.A. y otros" del 09/03/2010, Fallos 333:203.

(23) Conf. BIDART CAMPOS, Germán J., Una mirada constitucional al principio de la buena fe, en CÓRDOBA, Marcos M., (director) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. y KLUGER, Viviana, Tratado de la buena fe en el Derecho, Bs. As., La Ley, 2004, T. I, 45 y ss.

(24) MORELLO, Augusto Mario, El principio de la buena fe en la sociedad del riesgo, en CÓRDOBA, Marcos M., (director) GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. y KLUGER, ob. cit., p. 37.

(25) FARIA DE CARVALHO, Diógenes y GONZAGA E. CASTRO, Ingrid Paula, La buena fe objetiva y la responsabilidad civil contractual en el derecho brasileño, Revista Jurídica de Daños, N° 2, 14/03/2012, IJ-LI-485.

(26) FARIA DE CARVALHO, Diógenes y GONZAGA E. CASTRO, Ingrid Paula, La buena fe objetiva y la responsabilidad civil contractual en el derecho brasileño, Revista Jurídica de Daños, N° 2, 14/03/2012, IJ-LI-485.

(27) FARIA DE CARVALHO, Diógenes y GONZAGA E. CASTRO, Ingrid Paula, La buena fe objetiva y la responsabilidad civil contractual en el derecho brasileño, Revista Jurídica de Daños, N° 2, 14/03/2012, IJ-LI-485.

(28) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., La buena fe en la ley 24.240, LA LEY 09/06/2009, 1.

(29) Conf. ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Servicios públicos, trato digno y daños punitivos", Revista Jurídica de Daños IJ Editores, 14/03/2012, IJ-LI-177.

(30) FUKUYAMA, Francis, Confianza, Las virtudes sociales y la capacidad de generar prosperidad, Atlántida, Bs. As., 1996.

(31) Conf. FALCO, Guillermo E., Cuantificación del daño punitivo, LA LEY 23/11/2011, 1.

(32) Conf. Código de Protección y Defensa del Consumidor del Perú, art. 4°.

(33) Conf. FERREIRÓS, Estela Milagros, "Principio de primacía de la realidad", en Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral (SADL), en [http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio\\_De\\_Primacia\\_De\\_La\\_Re/principio\\_de\\_primacia\\_de\\_la\\_re.html](http://www.laboral.org.ar/Doctrina/Principio_De_Primacia_De_La_Re/principio_de_primacia_de_la_re.html).

(34) Para profundizar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián y RODRÍGUEZ, Gonzalo M., "Sobreendeudamiento y pagarés de consumo", JA 2013- IV; SJA 2013/10/23- 3 y ARIAS CÁU, Esteban J. - BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Juicio ejecutivo, títulos de crédito y derecho del consumidor. El Superior Tribunal de Jujuy ratifica doctrina plenaria, pero siembra alguna incertidumbre", Revista de Derecho Mercantil, Microjuris, 18/12/ 2012, MJ-DOC-5999-AR | MJD5999. Así lo denomina la Ley 25.675 General del Ambiente, en su art. 4°.

(35) Para profundizar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián y ARIAS CÁU, Esteban J., "Necesaria acreditación de una relación de consumo para los daños punitivos", LA LEY 05/09/2014, 4.

(36) Para profundizar sobre el punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Los sujetos expuestos a una relación de consumo", DJ 11/05/2011, 1, BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Protección de las víctimas expuestas a una relación de consumo por el sistema de defensa del consumidor", Revista "Trabajos del Centro", Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, N. 9/10 [2011] en <http://cideci.org/revista/index.php/trabajos/article/viewFile/114/157> y BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo", en <http://www.astrea.com.ar/resources.php?what=%2Ffiles%2Farticles%2Fdoctrina0352.pdf>.

(37) BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Las víctimas de daños como sujetos expuestos a una relación de consumo", Bs. As., Astrea, 2012.

(38) STIGLITZ, Gabriel A., "A veinte años de la sanción de la ley 24.240 de defensa del consumidor", LA LEY 2013-B, 1209.