

Un código nuevo con ataques viejos. La reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial versus la involución de la Ley 24.240

20 noviembre 2012 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#) [Dejar un comentario](#)

Autor: Tambussi, Carlos E.

Fecha: 20-nov-2012

Cita: MJ-DOC-6072-AR | MJD6072

Doctrina:

Por Carlos E. Tambussi (*)

El acto de consumo es aquel por el cual satisfacemos nuestras necesidades (desde las básicas a las otras). Es el acto jurídico más cotidiano de los estudiados por el derecho y el consumidor no puede dejar de hacerlo. Al adquirir los bienes y servicios que necesitamos en el mercado involucramos nuestra salud, nuestra seguridad y nuestros intereses económicos. En determinadas situaciones, consumir o no involucra la vida misma. Y en todos los casos, la defensa del acceso al consumo y la dignidad en el trato con el proveedor hacen que -atravesado por todos estos valores- el derecho al consumo pertenezca sin dudas a la categoría de los derechos humanos.

En nuestro país, su consagración legal a partir de la Ley 24.240 en 1993 y su inclusión como nuevo derecho en el art. 42 de la Constitución Nacional significaron la incorporación de un derecho protectorio, moderno y absolutamente necesario.

Si bien ese fue un gran paso fundacional, en materia de garantías la norma fue limitada desde un principio por el poder de veto del Poder Ejecutivo de entonces, que limitó las posibilidades concretas y tangibles de defensa efectiva de estos derechos, al eliminar la responsabilidad solidaria del art.40 y el beneficio de justicia gratuita, con el argumento de la posible avalancha de juicios en materia de consumo.

Y fue con las reformas de 1999 y la más reciente de 2008, esta última hecha bajo los auspicios del mismo gobierno que el actual, con las que se produjo un significativo avance con la recuperación de la responsabilidad solidaria (Ley 24.999) , a lo que se agregó la ampliación de los sujetos protegidos por el concepto de consumidor, y el establecimiento de herramientas reparatorias y preventivas de conductas reprochadas por la ley, y -por qué no- también incentivos para los reclamos, a la vez que mejoradores de la calidad de bienes y servicios en el mercado (Ley 26.361). La avalancha de juicios no se produjo, y los derechos de usuarios y consumidores recibieron un notable aporte en sus mecanismos de implementación y posibilidades de buen resarcimiento en sus reclamos.

A la hora de discutir este anteproyecto de Código Civil, este artículo debe expresar con nobleza y saludar en general la iniciativa de la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial, cuyos textos quedaron relegados en los tiempos y plagados de verdaderos parches legales, haciéndose necesaria una revisión y actualización.

No obstante, en materia de consumo, y sin perjuicio de las bondades de la incorporación al código de la realidad del fenómeno del consumo y sanos principios generales de la disciplina, que impregnan la norma de fondo con conceptos y principios propios del derecho del consumidor, que contempla la existencia de contratos de consumo y su regulación, e innova en materia de regulación de publicidad y cláusulas abusivas, vemos con asombro sus fundamentos que textualmente dicen «... ha sido imprescindible una reforma parcial de la Ley de Defensa del Consumidor, a fin de ajustar sus términos, en los puntos que la doctrina ha señalado como defectuosos e insuficientes». Sin duda y por lo que trataremos de demostrar, este golpe a la evolución de los derechos del consumidor y al principio de progresividad en las protecciones de los derechos sociales y de los derechos humanos importa un golpe aún más fuerte que el recibido al nacer la ley.

Con esa justificación, a la par de la reforma al Código, se prevé la modificación de los arts. 1, 8, 40 bis, 50 y 42 bis de la mismísima Ley de Defensa del Consumidor 24.240, texto ordenado año 2008, mientras que simultáneamente se encuentran con estado parlamentario varios proyectos de reforma sobre otros aspectos, cuyo tratamiento en conjunto se hace necesario, a los efectos de un estudio integral de los temas a modificar.

Sin perjuicio de esa mención de oportunidad, y en referencia a los cambios a tratar con la modificación del Código, quiero adelantar que para nosotros se produce una importante regresión en los niveles de protección que se habían alcanzado no hace mucho. Como dijimos, un golpe más fuerte, al ser la caída más pronunciada, desde un umbral de protección más elevado.

Tanto es así que privar de protección al «expuesto» a la relación de consumo o «by stander», que la Corte Suprema había consagrado en el precedente “Mosca” del año 2007, implica tanto disminuir la amplitud de aplicación del régimen tuitivo consumidor, como también generar asimetría legislativa en el ámbito del Mercosur, ya que tanto Brasil como Uruguay receptan legislativamente esta figura, avanzándose entonces también contrariamente al propósito de unificación legislativa del Acuerdo de Santa María de 1996. Quiso el constituyente que la legislación estableciera procedimientos eficaces para la resolución de conflictos en materia de consumo. Esa eficacia reside tanto en garantizar el acceso, como en que los procedimientos den respuesta oportuna y adecuada, y además que sea posible alcanzar una reparación que sea verdadera satisfacción de los daños sufridos.

En ese marco, la institución del llamado daño directo en el art.40 bis incorporado en 2008 irrumpió como un novedoso aspecto retributivo del reclamo en sede administrativa, ya que hasta su aparición, lo único que podía obtener el consumidor denunciante -de fracasar la etapa conciliatoria- era que el proveedor fuese sancionado, pero no obtener la solución a su problema, ni reparación alguna del daño causado.

El proyectado cambio de esta figura aclara algunas deficiencias de la técnica legislativa original, aclarando su limitación a las consecuencias patrimoniales y elimina el exiguo límite de cuantía actualmente vigente. Mas al pautar los requisitos que debe cumplir la autoridad de aplicación para imponerlos, la sobreexigencia es tal, que la figura queda reducida a posibilidades mínimas.

Tanto es así, que el requisito que la ley de creación de la autoridad de aplicación le confiera facultades para resolver conflictos entre particulares y que «la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarle esa facultad sea manifiesta» es introducir el análisis económico del derecho en aspectos donde están en juego otros valores superiores, y teñir además a la acción estatal de ese principio, lo cual entendemos inadmisibles como política pública. Pero cuando a más de eso se le exige a la autoridad INDEPENDENCIA, debemos decir que no entendemos bien de quién, cuando las autoridades de aplicación se encuentran en la órbita de la Administración centralizada. Preguntamos en qué se piensa cuando se les exige IMPARCIALIDAD cuando su función es la de asesorar y defender al consumidor que no tiene patrocinio letrado obligatorio, y también qué se pretende con el requisito de ESPECIALIDAD TÉCNICA, cuando ese aspecto está dado por sus competencias legales. Estas preguntas nos hacen caer en la conclusión de que el espíritu del anteproyecto es convertir a esta posibilidad de resarcimiento, hoy con control judicial suficiente, en una figura definitivamente inaplicable.

En cuanto a la reparación en sede judicial, la polémica institución del daño punitivo del art.52 bis, incorporado en 2008, viene siendo hasta ahora aplicada más que prudencialmente por los jueces en los pocos precedentes a su respecto, y paulatinamente van fijándose criterios para su cuantía y delineando en la casuística la poca claridad legislativa de sus presupuestos de aplicación.

El proyecto modifica este artículo, y para eso dice basarse en «la falta de experiencia y jurisprudencia sostenida a su respecto», aspecto duro de comprender si confrontamos a un instituto recién incorporado en 2008 con la duración promedio de un pleito en la República Argentina. Por el contrario, la experiencia se está haciendo, y la jurisprudencia está fijando sus contornos, aplicándolo en general en forma muy prudente, en materia de la cuantía de las indemnizaciones, y siendo restrictiva en sus condiciones de procedencia en algunas jurisdicciones. Sin embargo este es el punto de partida para atenuar su carácter sancionatorio en la propuesta de la reforma, haciendo hincapié solo en el propósito disuasivo, desplazando al consumidor como beneficiario de la multa civil, y dejando en manos de los jueces el destino de los fondos de las sanciones que prosperen, con el solo requisito de resolución fundada, como si todas las decisiones judiciales no debieran ostentar ese carácter.

De prosperar la reforma propiciada, el art. 52 bis deja literalmente de ser una indemnización, modificándose la norma en el sentido predicado por la doctrina restrictiva a la reparación plena que el consumidor merece, desnaturalizando un elemento importante para los supuestos de reparación de microdaños patrimoniales pero con grave repercusión social, y -a contrario sensu de la profecía- provocar un enriquecimiento sin causa del mal empresario, que continuara haciendo el cálculo de la mayor conveniencia económica de pagar las consecuencias de los esporádicos reclamos que se presenten, y continuar con la práctica violatoria de los derechos del consumidor, olvidando también la función preventiva de esta figura.

Por último, queremos señalar que no entendemos la eliminación del plazo trienal que ahora está expreso en el art.50 de la Ley de Defensa del Consumidor para las acciones judiciales y administrativas que surgen de la misma.

Eliminar esta claridad legislativa, también originada en 2008, abre la puerta al dispendio de actividad jurisdiccional que se generara para volver a discutir el plazo que resulte aplicable a los supuestos de relaciones de consumo, pudiendo además suceder, como resultado de la remisión al régimen general de prescripciones, que casos de consumidores puedan tener plazos prescriptivos menores a tres años.

De suceder, estaríamos retrotrayendo toda una evolución legislativa y jurisprudencial, que venía hasta ahora aplicando el plazo trienal a acciones que versan sobre servicios con regulación y prescripción específica (caso transporte terrestre), pero que al involucrar relaciones de consumo motivaban la vigencia de la norma más favorable, que es la del régimen especial consumeril, que además de especial, es reglamentario de un artículo de la Constitución Nacional.

De prosperar esta reducción de sujetos protegidos por la ley y esta restricción de las herramientas reparatorias, estaríamos delicadamente ante un grave retroceso, al que no le hemos encontrado justificación plausible, a la vez que en la práctica significaría un rotundo golpe al derecho del consumidor. QUE ASÍ NO SEA.

ANEXO

ARTÍCULOS DE LA LEY 24.240. TEXTO ACTUAL Y PROPUESTA

Art. 1 actual:

Objeto. Consumidor. Equiparación – La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

Propuesta al art. 1:

Objeto. Consumidor. Equiparación – La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Art. 40 bis actual: Daño directo – Es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

La autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a este a resarcirlo,

hasta un valor máximo de 5 (cinco) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina (INDEC).

El acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.

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

Propuesta al art. 40 bis:

Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad solo puede ser ejercida por organismos de la Administración que reúnan los siguientes requisitos:

- a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta;
- b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas;
- c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias;
- d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.

Art. 50 actual:

Prescripción – Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de 3 (tres) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.

Propuesta al art. 50:

Prescripción – Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de 3 (tres) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.

Art. 52 bis actual:

Daño punitivo – Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el

consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b de esta ley.

Propuesta al art. 52 bis:

Sanción pecuniaria disuasiva – El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho, provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida.

(*) Abogado con orientación en Derecho Administrativo, UBA. Egresado del programa de actualización Derechos del Usuario y del Consumidor, Departamento de Estudios de Posgrado, UBA. Profesor Adjunto Interino Derechos Humanos y Garantías, UBA. Profesor a cargo del curso Protección Constitucional de Consumidores y Usuarios, del Ciclo Profesional Orientado en la Facultad de Derecho, UBA. Exauditor legal de la Administración de Parques Nacionales. Exprocurador adjunto de Asuntos Patrimoniales y Fiscales del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Miembro del Instituto de Derecho de Usuarios y Consumidores, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Presidente de la Comisión de Derecho del Consumidor, Asociación de Abogados de Buenos Aires. Autor del libro El consumo como derecho humano, Universidad, 2009.