

LA PROTECCIÓN DEL DÉBIL “SISTÉMICO” O “ESTRUCTURAL” EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

THE PROTECTION OF THE WEAK “SYSTEMIC” OR “STRUC- TURAL” IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE ARGENTINE REPUBLIC

Jorge Oscar Rossi*

RESUMEN: El Código Civil y Comercial avanzó en la protección genérica de la parte estructuralmente débil y retrocedió en la protección del específico sujeto denominado “consumidor”. Se observa un retroceso normativo en la protección del específico sujeto denominado “consumidor”, debido a una innecesaria duplicación en la regulación de ciertas figuras del Derecho de Consumo, deficiente definición de los conceptos de “Proveedor” y “Contrato de Consumo” en el nuevo Código, existencia de antinomias normativas y lagunas axiológicas que generan problemas interpretativos al confrontar las normas del Derecho del Consumo con la de otros microsistemas normativos.

PALABRAS CLAVE: Consumidor; contratos; débil estructural; contratos por adhesión; Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Abstract: The Civil and Commercial Code advanced in the generic protection of the structurally weak part and regressed in the protection of the specific subject called “consumer”. There is a normative regression in the protection of the specific subject called “consumer”, due to an unnecessary duplication in the regulation of certain Consumer Rights, deficient definition of the concepts of “Provider” and “Consumer Agreement” In the new Code, existence of normative antinomies and axiological gaps that generate interpretative problems when confronting he norms of Consumer Law with that of other normative microsystems.

KEYWORDS: Consumer; contracts; structural weak; adhesion contracts; Civil and Commercial Code of the Argentine Republic

* Profesor Titular de “Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios”, Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales y Adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Contacto: <jorgeoscar.rossi@gmail.com>. Fecha de recepción: 18 de julio de 2017. Fecha de aprobación: 1 de agosto de 2017.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial de la República Argentina (CCC) entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, fue sancionado por la ley 26.994,¹ está dividido en un Título Preliminar y seis Libros y consta de 2671 artículos.

En lo relativo al Derecho de los Contratos y del Consumidor, el CCC adopta el siguiente criterio:

Regula a los “contratos de consumo”, entre los arts. 1092 a 1122, *pero no deroga* la ley 24240, de Defensa del Consumidor, (en adelante LDC), sino que modifica sus artículos 1°, 8°, 40bis y 50, según surge del “Anexo de la ley de derogaciones”². Es decir que el tema tendrá una doble regulación.

El CCC busca establecer un *piso mínimo de derechos* para el consumidor, mientras que la ley 24.240 quedaría como una ley especial que amplía dichos derechos.

Así se lo propone en los Fundamentos del Anteproyecto, redactado por la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.³

Ahora bien, una de las características distintivas del Derecho del Consumidor es que se trata de una disciplina que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de desequilibrio sistémico.

Dicho de otra manera, esta disciplina se ocupa de la regulación de conductas en un sistema de producción y distribución de bienes y servicios en el cual los individuos intervinientes no están en igualdad de condiciones.

¹ Cfr. Boletín Oficial 8/10/14.

² Cfr. Art. 2° ley 26.994, que aprueba el Anexo II, que dispone esta y otras modificaciones normativas, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

³ Fundamentos, pág. 162. Disponible en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>>

Esta desigualdad no se da como un fenómeno ocasional, raro o extraordinario, sino que es lo normal y esperable. Por eso decimos que se trata de un “desequilibrio sistémico” (es decir, propio del sistema).

Ahora bien, el consumidor o usuario es solo un ejemplo de persona en situación de desigualdad negocial o estructural.

En realidad, más que hablar de proteger al consumidor, tendríamos que ocuparnos de proteger al *débil sistémico* o *débil estructural*, categoría que incluye a todo aquel que se encuentra en situación de desigualdad a la hora de negociar y celebrar un contrato o realizar una actividad, desigualdad que se manifiesta por falta de conocimientos y/o de tiempo y/o de libertad de elección y/o necesidad de adquirir determinado bien o servicio, entre otros factores.⁴

Pensamos que *la existencia de desigualdad negocial* es lo que amerita protección para una de las partes, y no el uso que le va a dar al bien o servicio.

Recíprocamente, *la inexistencia de desigualdad negocial* es lo que debe generar que ninguna parte requiera especial protección, más allá del uso que una de ellas le va a dar al bien o servicio.

En ese sentido el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina (CCC) muestra un saludable avance en el camino de evolución legislativa, al reafirmar al “equilibrio prestacional” como un requisito para la validez de los actos jurídicos, en especial en aquellos en los que haya existido una desigualdad negocial en la etapa de las tratativas y de la celebración del acto, como es el caso de los *contratos celebrados por adhesión*, donde la parte adherente tuvo nula intervención en la redacción de las cláusulas que regirán el acuerdo.

⁴ Tratamos estos temas en nuestros artículos “El consumidor/empresario frente al prestador de servicios públicos”, en “Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor”, Agosto, 2016. Editorial Erreius y en La “sociedad de consumo individual”, la “sociedad de consumo masificado” y la “sociedad de prosumo”, en Revista Cuadernos de Cijuso, núm. 8, Agosto 2016. Disponible en: <<http://www.blogcijuso.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/rcc8.pdf>>.

Sin embargo, veremos que el propósito de tutelar al débil jurídico negocial no ha sido plenamente logrado y junto con avances nos encontraremos con algunos retrocesos.

Paradójicamente, el CCC avanzó en la *protección genérica* de la parte estructuralmente débil y *retrocedió en la protección del específico sujeto denominado “consumidor”*. Dicho de otra manera, fuera de los específicos artículos referidos al contrato de consumo, encontramos disposiciones que constituyen un avance en la defensa del débil estructural.

En efecto, el avance de la protección del estructuralmente débil se ve reflejado a través de:

- La incorporación de la figura del adherente contractual.
- La incorporación de la función preventiva de la responsabilidad.
- La incorporación de la responsabilidad objetiva por daños causados por actividades peligrosas y una ampliación de la legitimación pasiva en ese caso y en el de daños causados por riesgo de las cosas.
- La incorporación de las figuras de los contratos conexos, el abuso de posición dominante y la situación jurídica abusiva, tres mecanismos de protección a la víctima de incumplimientos contractuales y/o de prácticas abusivas.
- Un tratamiento compensatorio de las dificultades probatorias que tienen ciertas víctimas de daños en supuestos de imputación subjetiva de responsabilidad.

En cambio, observamos un retroceso normativo *en la protección del específico sujeto denominado “consumidor”* producido, entre otros temas, por:

- Duplicación de figuras de consumo
- Deficiente definición de los conceptos de “Proveedor”

y “Contrato de Consumo” en el CCC

- Existencia de antinomias normativas y lagunas axiológicas que generan problemas interpretativos al confrontar las normas del Derecho del Consumo con otras como, por ejemplo, las referidas a la tutela del crédito.
- Dificultades interpretativas en torno a los plazos de prescripción de las acciones a favor del consumidor

Comenzaremos analizando los, a nuestro juicio, aspectos positivos de la reforma y luego seguiremos con aquellos que estimamos como negativos.

II. LA INCORPORACIÓN DEL ADHERENTE

Mediante la regulación de los “contratos por adhesión”, el nuevo Código busca a proteger a *los otros débiles*, los que no entran en la categoría de “consumidores”.

En efecto, en el CCC pueden observarse tres grandes categorías de contratos: Los contratos *discrecionales o paritarios*, (donde rige en plenitud la autonomía de la voluntad), los *celebrados por adhesión* y los de *consumo*.

Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, regulados en los arts. 984 a 989, son aquellos “*mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción*”.⁵

En esta categoría de contratos, la autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del predisponente.⁶

⁵ Cfr. art. 984, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

⁶ Por ejemplo: Artículo 987.- Interpretación. Las cláusulas ambiguas predispuestas por una de las partes se interpretan en sentido contrario a la parte predisponente.

En los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas *se protege al adherente, sea o no sea consumidor*. Lo que importa es la forma de contratación. Es la forma o modalidad de contratación la que pone al adherente (que, por ejemplo, puede ser un pequeño empresario) en situación de debilidad.

En cambio, *los contratos de consumo pueden ser o no celebrados por adhesión*.⁷ La autonomía de la voluntad está limitada por normas de orden público, que tienen la finalidad de evitar abusos por parte del proveedor.

Es decir que en los contratos de consumo se protege al consumidor, sea o no adherente. *No importa la modalidad de contratación* (si hubo o no hubo negociación previa, conforme surge, por ejemplo, de la lectura de los arts. 1117 y 1118). Lo que importa es que uno de los contratantes, el proveedor, es un profesional y el otro, el consumidor, no lo es. Esa diferencia es la que pone al consumidor en situación de debilidad.

La incorporación del adherente, categoría conocida desde hace décadas por la doctrina y jurisprudencia nacional, es trascendente pues, como dijimos, permite fortalecer la protección de aquella parte cuya debilidad radica en la modalidad de contratación, modalidad que le impide intervenir en el contenido del contrato, evitando la discusión “finalista”, acerca del destino que le da al bien o servicio, aplicándose sin problemas, por ejemplo, a pequeños y medianos empresarios, sean personas físicas o jurídicas.

Artículo 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

⁷ Cfr. arts. 1092 a 1122, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

III. ACCIÓN Y MEDIDA PREVENTIVA

Una de las más interesantes innovaciones del CCC es la incorporación de una serie de preceptos destinados a regular la llamada función preventiva de la responsabilidad civil.

Dispone el art. 9 del CCC, como *principio general aplicable al ejercicio de los derechos*, que “*Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.*”

Sin embargo, el CCC no nos brinda una definición de “buena fe”.

Por nuestra parte, consideramos que la buena fe como principio general aplicable al ejercicio de los derechos, consiste en ejercer diligentemente esos derechos, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar.

Cuando hablamos de ejercicio “diligente”, nos referimos a un comportamiento atento, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, persona y lugar. Por ejemplo, es el comportamiento “cuidadoso y previsor” que exige, en materia contractual, el art. 961 CCC.

Construimos esta noción, por oposición a la de culpa, contenida ahora en el art. 1724 CCC: “*La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.*”

Es decir, *el mero obrar culposo es un obrar de mala fe*, porque implica un ejercicio negligente, imprudente o “desatento” de los derechos.

A su turno, el art. 1710 CCC prescribe que “*Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:*

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Obviamente, el obrar doloso también es carente de buena fe. Al respecto, aprovechamos para señalar que en el CCC el dolo no consiste solamente en la “*producción de un daño de manera intencional*”, sino que alcanza para su configuración la “*manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*” (art. 1724 CCC).⁸

A) LA ACCIÓN PREVENTIVA

En el CCC, la acción preventiva quedó regulada de la siguiente manera:

Artículo 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

En otras palabras, como lo que se busca es evitar un posible daño, en lugar de condenar a alguien a repararlo, lo que se busca es obligar a alguien a tomar medidas para prevenirlo. Por ello, no es relevante acreditar la existencia de un factor de atribución, ni subjetivo (dolo, culpa), ni objetivo (asunción de riesgo, garantía, solidaridad, etc.) imputable al sujeto cuya conducta o cuyas cosas son potencialmente dañosas.

Destacamos lo anterior, no es relevante acreditar la existencia de un factor de atribución, lo que no significa que el demandado no haya obrado con culpa o dolo.

La aparente contradicción se explica porque, estrictamente, no existiendo todavía daño, no puede haber factor de atribución, pues, *de acuerdo a la terminología* adoptada por el CCC, los factores de atribución, son factores de atribución *de un daño* (conf. art. 1721).

Es que, en la terminología adoptada por el CCC, el factor de atribución es un *factor de imputación del deber de reparar* un daño.

⁸ Art. 1724 CCC, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Por eso, en la acción preventiva no se exige la existencia de este requisito.

La culpa y el dolo son factores de atribución del deber de reparar, pero, además, la conducta culposa o dolosa puede infringir el deber de prevención y el principio de buena fe.

Dicho de otra manera, dolo y culpa (y la asunción de riesgo por garantía, o por haber creado la cosa o realizar la actividad riesgosa) *no son sólo factores de atribución*. Cuando una norma, como el art. 1711 CCC, prescribe que no se exige factor de atribución eso no implica que no se tenga en cuenta el eventual dolo o culpa del legitimado pasivo o, para decirlo de otra manera, eso no implica que no se evalúe la conducta o la existencia de riesgo asumible por el legitimado pasivo.⁹

De hecho, una conducta negligente es una omisión antijurídica y una conducta imprudente es una acción antijurídica que habilita el ejercicio de la acción preventiva, siempre que se demuestre que dicha conducta probablemente cause un daño.

Siguiendo la letra del art. 1711 CCC, para la procedencia de la acción o de la medida preventiva se requiere:

- 1) “una acción u omisión antijurídica”, esto es, una acción u omisión que previsiblemente cause un “daño no justificado”.¹⁰ Más allá de la redacción legal, que juzgamos confusa,¹¹ entendemos que se trata de una acción u omisión que no constituya el ejercicio de buena fe de un

⁹ En nuestra opinión, la expresión “No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” del art. 1711 está de más, porque el artículo no se ocupa de un tema resarcitorio.

¹⁰ Cfr. *conf. art. 1710 inc. a)*, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹¹ En nuestra opinión, o hay daño o no lo hay. El daño “justificado” no es resarcible, en rigor, no es daño. Si lo hay, debe repararse. El agresor que resulta herido o muerto en virtud de la legítima defensa del agredido no tiene derecho a ninguna reparación, pues su conducta agresiva exime de responsabilidad al agredido (*conf. art. 1719, primer párrafo y 1729 CCC*) o, dicho de otra forma, el agredido se limitó a ejercer su derecho a defenderse (*conf. art. 1718 inc. b)*). El tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre perjuicios puede reclamar indemnización, porque él si sufre una afectación en un derecho.

derecho.¹² Por lo tanto, podría tratarse del ejercicio abusivo de un derecho,¹³ o de una situación jurídica abusiva,¹⁴ o del abuso de una posición dominante en el mercado,¹⁵ o de una concreta infracción a una norma jurídica.¹⁶

2) que dicha acción u omisión haga previsible la futura producción, agravamiento o reiteración de un daño, es decir, que exista una relación causal, dada por la probabilidad de que la acción u omisión produzca tal resultado.¹⁷

3) Por último, que el resultado previsible sea un daño, es decir la lesión a un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva,¹⁸ o su reiteración o agravamiento.

Siguiendo con el tema, en materia de acción preventiva, de lo que se trata es de evitar el daño y por eso, la sentencia puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, según los casos.

Así lo dispone el art. 1713:

Artículo 1713.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones dedar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

¹² Arg. a contrario art. 9, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹³ Art. 10 CCC, y una de sus especies, las cláusulas abusivas, vgr. arts. 988 y 1119, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹⁴ Cfr. arts. 10 y 1120, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹⁵ Cfr. art. 11, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹⁶ Vgr. incumplimiento del deber de información consagrado en los arts. 42 de la Constitución Nacional, 1100 CCC y 4 de la ley 24.240

¹⁷ Cfr. arg. conf. art. 1726, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

¹⁸ Cfr. art. 1737, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

En cuanto a la legitimación activa, el art. 1712 prescribe que *“Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño”*.

Por otro lado, el legitimado pasivo sería aquella persona que, en el caso concreto, tiene el deber de evitar causar un daño injustificado.¹⁹ En un ejemplo sencillo, si una pared amenaza derrumbarse, el legitimado pasivo sería el dueño y, eventualmente, el guardián de la misma, *pues la pared se encuentra dentro de su “esfera de control”*, usando las palabras de los Fundamentos del Proyecto.

El juez, *aún de oficio*,²⁰ puede disponer que ellos reparen o apuntalen la pared,²¹ a fin de evitar posibles daños.

Obviamente, el campo de aplicación de esta acción es más amplio que la protección de derechos patrimoniales. Puede utilizarse también, a fin de prevenir daños contra derechos personalísimos (vgr. salud, honor, etc.) o derechos de incidencia colectiva (vgr. protección del ambiente).

La acción preventiva podrá ejercerse mediante un proceso autónomo cuya finalidad es únicamente la prevención,²² o como parte de un proceso de daños y perjuicios, por ejemplo, a fin de evitar el agravamiento de un daño.

B) LA MEDIDA PREVENTIVA

Como expresáramos, el art. 1713 faculta al juez para que, aún de oficio, ordene la realización de “obligaciones de dar, hacer o no hacer destinadas a prevenir la producción de un daño, su continuación o agravamiento”. Además, el art. 1710 prescribe que “toda persona” *tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño*.

¹⁹ Cfr. art. 1710, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

²⁰ Cfr. art. 1713, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

²¹ Obligación de hacer, cfr. art. 1713, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

²² Ver Fundamentos, p.177.

C) LA ACCIÓN PREVENTIVA PARA OBTENER EL CESE
DE “PUBLICIDAD ILÍCITA”

Además de la acción preventiva que mencionamos anteriormente, el CCC incorpora, en la parte referida al contrato de consumo, una herramienta de tutela preventiva en materia de publicidad:

ARTÍCULO 1102.- Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

En nuestra opinión, a efectos de despejar dudas en cuanto a la legitimación y cumplir cabalmente con la mencionada finalidad de tutela preventiva, hubiera sido mejor utilizar la expresión “Los consumidores cuyos intereses resulten *afectados o amenazados*”, similar a la del art. 52 de la LDC, en lugar de “*Los consumidores afectados*”, porque en este último caso puede interpretarse que para acreditar legitimación el consumidor debe demostrar una concreta afectación de su derecho.

Además, entendemos que la legitimación no puede ser menor que la que surge del art. 1713 CCC, pues esta acción regulada en el artículo 1102 no es más que un supuesto específico de *la acción preventiva establecida en el art. 1711*. Es impensable que el legislador haya pretendido restringir la legitimación en materia de Derecho del Consumo.

Tenemos entonces que la acción prevista en el art. 1102 tiene por objeto:

- a) La cesación de la publicidad ilícita.
- b) La publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios.
- c) En su caso, la publicación de la sentencia condenatoria, si el juez lo considera conveniente.

A riesgo de sonar exagerados, pensamos que la introducción de la función preventiva de la responsabilidad en el CCC puede provocar un cambio cultural, a mediano o largo plazo, si los jueces aplican con decisión y creatividad los preceptos que examinamos en estas líneas.

En el caso del Derecho del Consumidor, la función preventiva puede contribuir a avanzar hacia una “relación de consumo sustentable”, con proveedores que se abstengan de crear o inducir falsas expectativas con la única finalidad de lograr una demanda irreflexiva de sus bienes y servicios y consumidores conscientes de sus limitaciones y reales posibilidades a la hora de adquirir dichos bienes y servicios.

IV. RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR ACTIVIDADES PELIGROSAS

El art. 1113 del Código Civil derogado, en la segunda parte de su segundo párrafo, regulaba el tema de la responsabilidad del dueño o guardián por los daños causados por el riesgo o vicio de las cosas y lo trata como un supuesto de responsabilidad objetiva.

En la misma línea transita el CCC aunque, como veremos, con algunos agregados interesantes:

Artículo 1757.- Hecho de las cosas y actividades riesgosas. Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización.

La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

Artículo 1758.- Sujetos responsables. El dueño y el guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas. Se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la direc-

ción y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta.

En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial. (las redondas son nuestras)

Destacamos las siguientes diferencias con el art. 1113 del Código Civil:

1) Una precisa definición de “guardián” de la cosa, que comprende tanto a quien

Ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa (incluye tanto a quien ejerce la “guarda material”, como al que tiene la guarda “jurídica” y al que por su poder de dirección sobre la cosa, ostenta la llamada “guarda intelectual”), como a quien obtiene un provecho de ella (“guarda provecho o guarda económica)

2) Por otro lado, aplicando un criterio sustentado por la doctrina e incorporado normativamente en el artículo 40 de la LDC, incluye el concepto de *daño causado por el riesgo o peligro de la actividad* (el citado art. 40 de la LDC utiliza otra terminología: *daño que resulta del vicio o riesgo de la prestación del servicio*). En este caso, el responsable será quien realiza la actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros.

3) No olvidemos que en el CCC el principio es la *unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual*, por lo que estos artículos del CCC son aplicables para casos contractuales o extracontractuales.

4) En la misma línea del punto anterior, el artículo 1757, al expresar que *“La responsabilidad es objetiva”*, *se remite implícitamente a los artículos 1722 y 1723, que definen el factor objetivo de atribución de responsabilidad*, aplicables para casos contractuales o extracontractuales.

A) LOS ARTS. 1757 Y 1758 DEL CCC Y EL ART. 40 DE LA LDC

Es muy interesante apreciar las similitudes que tienen los arts. 1757 y 1758 del CCC, con el 40 de la ley 24.240:

* En el CCC y en la ley 24.240 se habla de daños causados por *actividades que sean riesgosas o peligrosas y vicio o riesgo de la prestación del servicio*, respectivamente.

* En el CCC y en la ley 24.240 se regula estos casos como responsabilidad objetiva (el art. 40 establece que “*Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.*”).

* Finalmente, en el CCC y en la ley 24.240 responden, entre otros, *quien se sirve u obtiene provecho de la actividad y el proveedor*, respectivamente.

¿Y por qué responde el proveedor, en la ley 24.240?: No es porque sea culpable, dado que la culpa es irrelevante, porque el art. 40 de esa ley establece un factor de atribución objetivo.

¿Entonces?: Responde porque se presume que el proveedor *se sirve u obtiene provecho de la actividad o servicio prestado*.

En definitiva, con el régimen de los artículos 1757 y 1758 del CCC otros sujetos, además de los consumidores, podrán accionar por el daño sufrido por el riesgo de las cosas o por actividades peligrosas contra el dueño de la cosa y contra quien *ejerce*, por sí o por terceros, *el uso, la dirección y el control* de la cosa, y/o como a quien *obtiene un provecho de ella y/o contra* quien realiza la actividad peligrosa, *se sirve u obtiene provecho de ella*, por sí o por terceros, siendo en todos los casos la imputación objetiva y la responsabilidad concurrente.

V. CONTRATOS Y ACTOS JURÍDICOS CONEXOS

A la hora de imputar responsabilidades por incumplimientos, más que analizar contratos aislados o preocuparse por ver que personas estaban en relación de dependencia formal con el empresario, la

doctrina y jurisprudencia moderna se inclina por analizar cuál es el negocio o la unidad económica global implicada en cada caso, quienes tomaron las decisiones para que el negocio se realice de determinada manera y quienes se benefician económicamente de ese negocio, tal como se observa con el tema de la responsabilidad por actividades peligrosas.

Como enseña Lorenzetti,²³ “(e)n la conexidad hay un interés asociativo que se satisface a través de un negocio que requiere varios contratos unidos en sistema; la causa en estos supuestos vincula a sujetos que son parte de distintos contratos situándose fuera del contrato, pero dentro del sistema o red contractual; es una causa sistemática. Ello significa que *hay una finalidad económico social que trasciende la individualidad de cada contrato* y que constituye la razón de ser de su unión; *si se desequilibra la misma se desequilibra todo el sistema y no un solo contrato*”. (la cursiva me pertenece) .

El CCC incorpora normativamente y con carácter general²⁴, la *conexidad contractual* en los arts. 1073 a 1075²⁵. La regla que surge de estos artículos puede expresarse así: probada la conexidad, los contratos conexos se tratan como si fueran *un solo con-*

²³ LORENZETTI, Ricardo L. “Contratos modernos ¿conceptos modernos?” *La Ley*, 1996-E-851.

²⁴ Es decir, tanto para contratos paritarios, por adhesión o de consumo.

²⁵ Artículo 1073.- Definición. Hay conexidad cuando dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Esta finalidad puede ser establecida por la ley, expresamente pactada, o derivada de la interpretación, conforme con lo que se dispone en el artículo 1074. Artículo 1074.- Interpretación. Los contratos conexos deben ser interpretados los unos por medio de los otros, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, su función económica y el resultado perseguido. Artículo 1075.- Efectos. Según las circunstancias, probada la conexidad, un contratante puede oponer las excepciones de incumplimiento total, parcial o defectuoso, aún frente a la inejecución de obligaciones ajenas a su contrato. Atendiendo al principio de la conservación, la misma regla se aplica cuando la extinción de uno de los contratos produce la frustración de la finalidad económica común.

trato y las partes y las obligaciones de esos distintos contratos pasan a tratarse como partes y obligaciones de *ese solo contrato*. La combinación “contratos por adhesión + contratos conexos”, muy común en la vida moderna, deja muchas veces indefenso y “perplejo” al adherente, quien no solo no intervino en la redacción del contenido del contrato, sino que muchas veces no sabe a quien o quienes demandar ante un incumplimiento.

VI. INCORPORACIÓN, CON CARÁCTER GENERAL, DE LAS FIGURAS DE “ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE” Y “SITUACIÓN JURÍDICA ABUSIVA”

El abuso de posición dominante, aparece regulado en el art. 11 del CCC:

Abuso de posición dominante. Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.

El abuso de posición dominante puede darse de diversas maneras, sea por un ejercicio abusivo de los derechos que surgen de la posición dominante en el mercado²⁶, sea directamente por una actuación de mala fe.

Se trata de *un específico ejercicio abusivo*: abusar de la posición dominante (vgr. monopólica, oligopólica) que se tiene en un mercado determinado.

En cuanto a la situación jurídica abusiva, con carácter general, el art. 10 CCC prescribe que El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o *de la situación jurídica abusiva* y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

²⁶ Ver Fundamentos, p. 20.

Respecto de la situación jurídica abusiva, la misma no es definida en la Parte General del CCC²⁷, sino en la referida a los contratos de consumo:

Artículo 1120.- Situación jurídica abusiva. Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.”(la negrita y el subrayado es nuestro)

Este artículo debe leerse debe leerse teniendo en mente el 1119, referido a la definición de cláusula abusiva, pues, en realidad, su texto es una continuación de dicho artículo.

Dicho con un ejemplo, la situación jurídica abusiva puede darse cuando el “desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”, se alcanza por la combinación de las disposiciones de dos o más contratos conexos, como ser un contrato de compraventa y un mutuo destinado a financiarla o de dos o más actos jurídicos conexos, como ser un mutuo y un pagaré que documenta la misma deuda.

VII. INCORPORACIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS Y DE UN CONCEPTO AMPLIO DE DOLO

Los arts. 1734 y 1735 del CCC consagran, respectivamente, el principio tradicional en materia de cargas probatorias y, como excepción, la llamada “teoría de las cargas probatorias dinámicas”, que tanta utilización tiene hoy en día por parte de la jurisprudencia²⁸.

²⁷ En cambio, en los Fundamentos, p. 19, si se intenta una definición, al señalarse que “(...) en este supuesto, el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales. Se crean entonces situaciones jurídicas abusivas”.

²⁸ Por ejemplo, en casos de mala praxis médica, donde la responsabilidad del galeno sigue considerándose de fuente subjetivas, es decir, atribuida por culpa o dolo.

Esta teoría, partiendo de la base de la existencia de un deber de buena fe y colaboración procesal en cabeza de las partes, concluye que la carga de la prueba debe recaer en aquella de las partes que se encuentre en mejor situación de aportarla.

Uno de los peligros de esta postura es la posible afectación del derecho de defensa en juicio, porque no existe, a priori, una regla o pauta para saber quién está en mejor situación de aportar la prueba en cada caso concreto.

El CCC propone una solución interesante para este problema, al facultar al juez para distribuir la carga de la prueba y comunicar la distribución de dichas cargas probatorias, de manera que las partes puedan conocer de antemano las “reglas del juego”, en lugar de lo que sucede en la actualidad, cuando en la práctica se enteran con la sentencia.

Veamos como quedaron redactados los artículos pertinentes: Artículo 1734.- Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.

Artículo 1735.- Facultades judiciales No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa. (la negrita y el subrayado es nuestro).

Nos detenemos en un punto: El artículo 1735 incorpora este principio de las cargas probatorias dinámicas o de la distribución de las cargas probatorias, para el caso de *la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida*. Dicho de otra manera, no se refiere a las cargas probatorias en general sino solo a *la carga de la prueba de la culpa o “no culpa”*.

Además, como se expresó supra, se facilita la prueba del dolo, puesen el CCC el dolo no consiste solamente en la “producción de

un daño de manera intencional”, sino que alcanza para su configuración la “*manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*” (art. 1724 CCC).

VIII. DUPLICACIÓN DE FIGURAS DE CONSUMO

Luego de analizar algunos temas donde estimamos que el CCC avanzó en la *protección genérica* de la parte estructuralmente débil,²⁹ nos centraremos en algunas cuestiones donde advertimos un retroceso en la *protección del específico sujeto denominado “consumidor”*.

Al respecto, como se dijo el CCC busca establecer, junto con la Constitución Nacional, un *piso mínimo de derechos* para el consumidor en el texto del nuevo Código. Así, la LDC quedaría como una ley especial que amplía dicho derechos.

Sostiene Lorenzetti³⁰ que “(un)n Código del siglo XXI se inserta en un sistema complejo, caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre un Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema.”

Así, agregamos, junto al “Sistema General” del Derecho del Consumo (ese “*piso mínimo reconocido en la Constitución Nacional y en el CCC*”), aparece el “*Microsistema especial*” del Dere-

²⁹ Es decir, aquel que, califique o no como consumidor, se encuentra en situación de desigualdad a la hora de negociar y celebrar un contrato o realizar una actividad, desigualdad que se manifiesta por falta de conocimientos y/o de tiempo y/o de libertad de elección y/o necesidad de adquirir determinado bien o servicio, entre otros factores.

³⁰ LORENZETTI, Ricardo L., “Presentación del Proyecto”, p. 3. Consultado en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/1-Presentacion-del-Dr.-Ricardo-Lorenzetti.pdf>>.

cho del Consumidor (la legislación especial: LDC, leyes de Tarjeta de crédito, medicina prepaga, lealtad comercial, defensa de la competencia, decretos, resoluciones, normativa provincial, etc.)

Ahora bien, en la práctica, la forma en que se reguló la cuestión hace que nos encontremos *con una doble regulación* de variados institutos del Derecho del Consumidor, en la LDC y el CCC.

A manera de ejemplo, pueden compararse los siguientes temas (primero ponemos los arts. del CCC y luego los de la LDC que los tratan)

- Relación de consumo. (1092 y 3)
- Consumidor. (1092 y 1)
- Equiparado. (1092 y 1)
- Proveedor. (1093 y 2)
- Interpretación y prelación normativa. (1094 y 3)
- Interpretación del contrato de consumo. (1095 y 37)
- Trato digno. (1097 y 8 bis)
- Trato equitativo y no discriminatorio. (1098 y 8 bis)
- Información. (1100 y 4)
- Publicidad. (1101/1103 y 8)
- Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales (1104 y 32)
- Contratos celebrados a distancia (1104 y 33)
- Revocación. (1110/1116 y 34)
- Cláusulas abusivas. (1117/1122 y 37)
- Contratos bancarios con consumidores y usuarios (1384/1389 y 36)

En algunos casos (vgr. concepto de relación de consumo, arts. 1092 CCC y 3 LDC), *la regulación es idéntica*. En otros, *no es así* (vgr. revocación, arts 1110/1116 CCC y 34 LDC). En caso de que suceda esto último, la regla es:

- 1) El CCC, junto con la Constitución Nacional, es el “ piso mínimo de derechos para el consumidor”.
- 2) La LDC es ley especial y puede ampliar esos derechos.

A) UN EJEMPLO DE LOS PELIGROS DE LA DUPLICACIÓN NORMATIVA: LOS “CURIOSOS” CONCEPTOS DE “PROVEEDOR” Y “CONTRATO DE CONSUMO” EN EL CCC

Artículo 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. (el subrayado y la negrita es nuestro)

Decimos que son conceptos “curiosos” por lo siguiente:

En lugar de expresar que “*Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente...*” (actual art. 2º LDC, que no fue modificado), dispone que la contrafigura del consumidor será “*una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o...una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada...*”.

Obviamente, “*profesional, aun ocasionalmente*” no es lo mismo que “*profesional u ocasionalmente*”. Si alguien puede ser proveedor, sea que actúe en forma profesional o en forma ocasional, podríamos preguntarnos ¿Quién *no sería* proveedor?

Por otra parte, como el actual art. 2 de la LDC *no se deroga*, por lo que expresáramos más arriba, entendemos que se plantearía un problema de interpretación entre ambas normas.

Por otra parte, el proveedor también puede ser una “*empresa productora de bienes o prestadora de servicios*”.

El nuevo Código *no incluye ninguna definición de empresa*, pero algunos artículos hacen presumir que no se aparta del con-

cepto tradicional, que ve en la empresa una forma de organización de bienes y servicios.

Por ejemplo, el art. 320 establece que “*Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial o de servicios... quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa (...)*”.

De lo trascrito surge que se sigue el criterio tradicional: La empresa es un objeto de derecho, cuyo titular puede ser una persona jurídica o humana.

Por ende, como la empresa no es sujeto sino objeto de derecho, va de suyo que no puede ser parte en un contrato ni tampoco proveedor. Parte y proveedor será, en todo caso, el titular de la empresa. En resumen, nos parece un error conceptual expresar que la empresa puede ser proveedor. En todo caso, lo serán los empresarios que produzcan bienes o presten servicios.

Por otro lado, si comparamos los textos de los artículos 1092 y 1093, observamos una posible fuente de conflictos interpretativos en la definición de consumidor.

En efecto, según el 1092, el consumidor “*adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*”

Por su parte, al definir el “contrato de consumo”, el art. 1093 prescribe que el consumidor adquiere los bienes o servicios “*para su uso privado, familiar o social*”.

Nos preguntamos: Adquirir o utilizar bienes o servicios *como destinatario final, en beneficio propio*,³¹ ¿es lo mismo que hacerlo *para su uso privado*?³²

³¹ Cfr. art. 1092, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

³² Cfr. art. 1093, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

Suponemos que sí, porque no cabe pensar que el legislador establezca dos definiciones distintas de consumidor en dos artículos sucesivos. En ese caso, ¿Qué significa “uso privado”?

Cabe pensar que con esta expresión, el CCC busca afirmar *el concepto restrictivo de consumidor*, limitándolo a los casos donde se adquiera el bien o servicio sin finalidad de posterior explotación comercial, o como también se dice, sin “*reingresarla al mercado*”. “Uso privado” sería entonces equivalente a “uso no comercial”.

Nos parece una interpretación razonable, dentro del sistema del nuevo Código, porque quienes quedarían excluidos de la definición de consumidor (vgr: pequeños y medianos empresarios que adquieren bienes y servicios para utilizarlos con finalidad comercial y que muchas veces no pueden negociar las cláusulas por hallarse en inferioridad de condiciones) *igual quedarían protegidos por las reglas que rigen para los contratos de adhesión*.

Sin embargo, esta deficiente redacción de los conceptos basales de la relación de consumo, esto es, consumidor y proveedor, no harán más que generar discusiones doctrinarias³³ y jurisprudenciales.

IX. EL CONCEPTO DE “EQUIPARADO” A CONSUMIDOR

El art. 1092 CCC establece que

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.

³³ Al respecto, ver Lowenrosen, Flavio, “Algunas cuestiones contradictorias y otras modificadas, aparentemente, de modo “insuficiente” en el Código Civil y Comercial: ¿Son proveedores los profesionales liberales y los vendedores ocasionales?; y algo más (...)”. Publicado el 04/09/2015 en <https://www.eldial.com>. Consultado en: el Dial DC1FBA

Compárese *con el anterior* art. 1º de la LDC, que ahora también fue modificado en los mismos términos:

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.

Como puede observarse, el artículo 1092 y el “nuevo” art. 1º de la ley 24.240, tienen un concepto más restringido del “equiparado” porque eliminan la expresión “*a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*”.

Al respecto, en los Fundamentos³⁴ del Anteproyecto se destaca que la regulación del tema, a través de la figura del “consumidor expuesto”,

ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador.

¿Qué debía entenderse por “estar expuesto”? Pensamos que se refiere a aquella persona que, sin ser parte de una relación de

³⁴ *Fundamentos*, p. 163.

consumo, se encuentra colocada³⁵ o ubicada en una situación en *puede* ser parte de una relación de consumo. Es el caso del *consumidor potencial*, aquel que es sujeto pasivo y destinatario (recibe los efectos) de las acciones de marketing y/o comercialización que realizan los proveedores.³⁶

En nuestra opinión, el consumidor potencial estaría protegido igualmente, sin necesidad del texto que estamos comentando, por las disposiciones de los arts. 4, 7, 8 y 19 de la LDC, inclusive con el texto original de la LDC. Todos esos artículos protegen al consumidor aún cuando este no haya adquirido ningún bien o servicio y ni siquiera haya aceptado oferta alguna.

En cuanto al CCC, de la lectura del art. 1096 y sgtes, surge que las disposiciones de dicho cuerpo normativo, referidas a los derechos de trato digno, trato equitativo y no discriminatorio, libertad de contratar, información e incorporación al futuro contrato de las precisiones efectuadas a través de la publicidad, son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no. Es decir, que no se busca proteger solamente al consumidor que ya realizó un contrato o recibió una oferta sino también a los consumidores potenciales o indeterminados.

Sin embargo, es probable que la importancia práctica del debate referido al concepto de “equiparado” decaiga, al protegerse en el CCC otra categoría de débiles estructurales, como son los adherentes, quienes pueden ser o no consumidores; y al establecerse en el CCC un amplio régimen de responsabilidad objetiva que comprende no solo los daños causados por riesgo o vicio de las cosas sino por actividades riesgosas o peligrosas, tal como se vio supra.

³⁵ Una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia Española, en su Vigésima segunda edición, para la palabra “exponer” es “Colocar algo para que reciba la acción de un agente.” Consultado en: <<http://www.rae.es>>.

³⁶ En nuestra opinión, el consumidor potencial estaría protegido igualmente, sin necesidad del texto que estamos comentando, por las disposiciones de los arts. 4, 7, 8 y 19 de la LDC, inclusive con el viejo texto. Todos esos artículos protegen al consumidor aún cuando este no haya adquirido ningún bien o servicio y ni siquiera haya aceptado oferta alguna.

X. ANTINOMIAS NORMATIVAS Y LAGUNAS AXIOLÓGICAS

La intención del legislador es que las normas de Derecho del Consumidor se integren al resto del ordenamiento jurídico (art. 3 ley LDC y 1094 CCC).

Sin embargo, también es sabido que las meras intenciones no alcanzan.

En la práctica, las normas consumeriles suelen entrar en conflicto con otras, como aquellas destinadas a tutelar el crédito.³⁷ En materia de Derecho del Consumo, se señala en los Fundamentos del Anteproyecto³⁸ que “(e)n el campo de la interpretación, se establece un “*dialogo de fuentes*” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes.

El intérprete de una ley especial *recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial* y, además, *para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.*” (la cursiva es nuestra)

³⁷ Tratamos este tema en nuestro artículo “El proveedor/acreedor, el consumidor/deudor y el «choque» de principios constitucionales”, publicado en Microjuris.com, el 14 de junio de 2017. Cita: MJ-DOC- 11003-AR | MJD11003. En el mismo, analizamos dos fallos donde se patentiza este conflicto. En un caso, el mismo se plantea entre la ley de prenda con registro, que impide la oposición de defensas por parte del deudor en la ejecución prendaria; y la tutela del consumidor contra posibles prácticas abusivas que intenta la ley de defensa del consumidor. En otro, la incompatibilidad se da entre los principios que rigen al juicio ejecutivo, en especial la imposibilidad de discutir en dicho proceso ejecutivo la causa por la que se emitió el título, por un lado; y, de nuevo, la tutela del consumidor contra posibles prácticas abusivas que intenta la ley 24.240, más concretamente su art. 36, por el otro. En ambos supuestos, se plantea que la protección del derecho de propiedad del acreedor se hace a costa de una fuerte limitación del derecho de defensa en juicio del deudor. Básicamente, este solo podrá ejercer tal derecho con amplitud después de cumplir la condena impuesta en el proceso ejecutivo.

³⁸ Página 131. Disponible en Internet en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>>.

Entonces, en materia consumeril, el “dialogo de fuentes” se pretende regular vía art. 1094 del CCC:

Artículo 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Sin perjuicio de esto, como expresa Cavalli, “nuestro ordenamiento jurídico no es un amontonamiento igualitario de normas sino que existe una jerarquía explícita imperativamente regulada por la norma fundamental ordenadora que es la Constitución Nacional. Por lo que, siguiendo con el juego de la prosopopeya, la Constitución Nacional no dialoga: manda, ordena, impone (...) El *diálogo* es entre iguales, mientras que la Constitución tiene jerarquía superior, no igual, al Código, por lo cual este debe subordinarse a sus mandatos, que le son imperativos. Nuestro ordenamiento jurídico tiene expresamente delimitadas sus jerarquías, en el artículo 31 de la Constitución Nacional”.³⁹

Así, el mentado “dialogo de fuentes” debe respetar los principios de jerarquía, cronología y especialidad. O, dicho en otros términos, si para interpretar se termina aplicando el principio de jerarquía (vgr. un artículo de la Constitución Nacional por sobre las disposiciones de una ley), no podemos hablar, en propiedad, de “dialogo”, sino de imposición de los preceptos de una norma superior por sobre otra inferior.

³⁹ CAVALLI, Luis, “De la metáfora a la prosopopeya-El artículo 1 del Código Civil y Comercial de la Nación (O de los peligros de la desjerarquización del ordenamiento jurídico)”, en *Rubinzal Culzoni Online*. Cita: RC D 1307/2015. A propósito de la tan mentada “constitucionalización”, en la nota 8 de su trabajo el Dr. Cavalli expresa, en opinión que compartimos, que “[l]o que el nuevo Código hace, en lo que le corresponde, es cumplir con los nuevos mandatos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994”. Y no nos vamos a ocupar en esta ocasión de “hasta donde” cumple con los nuevos mandatos incorporados en la Reforma Constitucional de 1994, para no irnos complementando del objeto de este artículo.

Al respecto, como expresa Baquerizo Minuche,⁴⁰ tradicionalmente los conflictos normativos se han resuelto mediante la aplicación de los clásicos criterios de solución de antinomias: jerarquía, cronología y especialidad. El problema surge cuando la antinomia se da entre normas de igual jerarquía.

En especial, nos referimos a las llamadas “antinomias en concreto, también llamadas externas, o propias del discurso de aplicación”, las cuales “no reflejan abstractamente ninguna incompatibilidad, ni permiten conocer por adelantado los presupuestos de aplicación, imposibilitando en consecuencia la detección de una regla segura para la solución de la antinomia”, por lo que, “sólo cuando en una causa particular concurren dichas normas, es que recién se podrá advertir la contradicción a la luz de las circunstancias y, en consecuencia, la necesidad de aplicar una de aquellas mediante una justificación razonable y proporcional, que no siempre será igual en un caso distinto”⁴¹.

Estas antinomias en concreto “(...) resultan propias de las normas jurídicas que pertenecen a la categoría de *principios*, en razón de la ausencia de condición de aplicación (presupuesto de hecho) o de la configuración abierta o fragmentaria del mismo; y muy particularmente de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución”.

En materia de tutela del crédito, por ejemplo, la antinomia se da entre derecho de propiedad del acreedor, reconocido en el art. 17 de la Constitución Nacional y el derecho al trato digno del consumidor, explicitado en el art. 42 (y, agregamos, el derecho a la protección de sus intereses económicos y un procedimiento “eficaz” para la solución de sus conflictos).

En nuestra opinión, en las ejecuciones de créditos derivados de relaciones de consumo nos encontramos con una laguna, no

⁴⁰ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge, “Colisión de derechos fundamentales y juicio de ponderación”, *Revista de Derecho Público*, 2009, p. 19-52. Consultado en: <<http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>> Consultado: 15/08/16>.

⁴¹ BAQUERIZO MINUCHE, Jorge, *op. cit.*, p. 24-25.

normativa, sino axiológica, en el sentido que expone Guastini⁴²: “(...) una laguna axiológica «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución”.

Evidentemente, la laguna aquí no consiste en la falta de una norma sin más. *Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en cuestión, porque ese supuesto en efecto está reglado* (de no ser así, habría una laguna no axiológica, sino normativa). *Lo que falta es una norma satisfactoria o “justa” y, más precisamente, una norma “diferenciadora”, es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto* (la cursiva es nuestra).

XI. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES A FAVOR DEL CONSUMIDOR. CAMBIOS PRODUCIDOS POR LA LEY 26.994

Con la entrada en vigencia del CCC, se modificó el art. 50 LDC, de la siguiente manera:

Artículo 50.- Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas.

Compárese con el texto originario y el modificado, en 2008 por la ley 26361:

Texto original ley 24.240 Artículo 50. — Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión

⁴² GUASTINI, Riccardo, “variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación”. En “Análisis Filosófico” XXVI núm. 2 - ISSN 0326-1301 (noviembre 2006), pp. 277-293. Disponible en Internet: <<http://www.scielo.org.ar/pdf/anafil/v26n2/v26n2a05.pdf>>.

de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.

Texto modificado por ley 26.361: ‘Artículo 50.- 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.’

Se puede observar que el actual texto propuesto *elimina el plazo de prescripción especial para acciones judiciales emergentes de la LDC*. Solo quedaría un plazo de prescripción para aplicar sanciones administrativas. La idea fue unificar el régimen de la prescripción liberatoria en el texto del CCC.

A) PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA LAS ACCIONES EMERGENTES DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA RELACIÓN DE CONSUMO. INTERPRETACIONES POSIBLES

Dado que con el actual texto del art. 50, la LDC no parece tener un plazo de prescripción especial, la respuesta a la pregunta de qué plazos de prescripción se aplican parece obvia: se aplican los plazos del CCC.

Ahora bien, ¿Cuáles plazos? Una respuesta podría ser:

- a) Si se trata de acciones donde se demanda el cumplimiento de un contrato de consumo y ese contrato no tiene un plazo especial: 5 años⁴³
- b) Si se trata de acciones donde se demanda el cumplimiento de un contrato de consumo y ese contrato tiene un plazo especial: El plazo fijado para ese contrato (vgr. 2 años, para un contrato de transporte, art. 2562 inc. d CCC, 1 año para el contrato de seguro (art. 55 ley 17418)
- c) Si se trata de una acción de indemnización de daños derivados

⁴³ rg. art. 2560, Código Civil y Comercial de la República Argentina.

de la responsabilidad civil: 3 años (art. 2561 CCC)

Otra respuesta podría ser: El plazo siempre es 5 años.

¿Por qué? Porque, al no tener la LDC ningún plazo especial, resulta aplicable el plazo genérico establecido en el art. 2560 CCC, máxime cuando el art. 1094 establece el principio de interpretación de la ley más favorable para el consumidor⁴⁴.

Es evidente que “el debate está servido” y será la jurisprudencia quien, con el correr del tiempo, incline la balanza en un sentido o en otro.

XII. CONCLUSIONES

Primera.- La utilización de figuras no específicas del Derecho consumeril, tales como las tratadas en los puntos II a VII de este trabajo, posibilitará una mayor protección del débil o vulnerable, califique o no como consumidor.

Segunda.- La deficiente regulación de los temas analizados en los puntos VIII a X de este trabajo generará problemas interpretativos que deben ser resueltos por vía de una futura modificación normativa, que esperamos se concrete a la brevedad.

Tercera.- Por lo anterior, se observa que el CCC avanzó en la *protección genérica* de la parte estructuralmente débil y *retrocedió en la protección del específico sujeto denominado “consumidor”*.

⁴⁴ Esta postura es asumida por Gabriel Stiglitz. STIGLITZ, Gabriel A., “La defensa del consumidor en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Comercial*, del Consumidor y de la Empresa (DCCyE), La Ley, n. 5, octubre 2012, p. 61.” También la comparte Waldo Sobrino, para el caso del contrato de seguro. Sobrino, Waldo A. R., “Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código”, *La Ley*, 2015, 1.