



## **LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS EN LA RELACIÓN DE CONSUMO.**

**Rafael F. Barreiro**

**(Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial)**

**Sumario:** El autor desarrolla la noción de comportamientos empresariales abusivos en el derecho comparado y en nuestra legislación. Analiza el tratamiento del Código Civil y Comercial de la Nación, con especial atención a las condiciones de atención, al principio de trato digno, deberes de abstención, libertad de contratar, derecho a la información del consumidor, y al principio de confianza.

### **1. Presentación.**

Los derechos a la información veraz y adecuada, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno tienen reconocimiento expreso en el art. 42 CN y, por consiguiente, se hallan ubicados en un rango suprallegal, a la vez que constituyen fuente directa de la

regulación de las prácticas abusivas en el CCyC, junto con las Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos.

Adviértase que, la nueva codificación ha influido fuertemente en esta materia, pues ha variado el enfoque jurídico en relación al derogado CCiv que se erigía en el centro exclusivo del sistema normativo de derecho privado patrimonial. Gil Domínguez ha sostenido al respecto y con extrema precisión que “lo que cambia radicalmente es el sistema de fuentes donde abreva cada norma”<sup>1</sup>.

En los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto de Código se dijo que se “innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”.

En esta materia se entrelazan la protección de los derechos de los consumidores y esos otros derechos, sustanciales, inderogables, de reconocimiento inexcusable, que son inherentes a las personas humanas en cuanto son tales. La vida, la salud, los afectos y los sentimientos, la seguridad personal, económica y jurídica guardan una estrecha vinculación con la tutela de quienes se encuentran en posición especialmente vulnerable<sup>2</sup>. Es innecesario por ello destacar la urgencia y actualidad de su estudio.

---

<sup>1</sup>GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El art. 7 del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional”, *Revista Código Civil y Comercial*, Héctor Alegría (dir.), Año 1, N° 1, La Ley, Bs. As., julio de 2015, p. 16. Destacó, en esa misma línea interpretativa que guarda relación con la ideología jurídica que guió la Reforma, que “mientras el actual Código Civil refleja un paradigma de Estado legislativo de derecho (que siempre estuvo en gran tensión con el modelo constitucional argentino), el Código Civil y Comercial refleja el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho argentino vigente desde la reforma constitucional de 1994. Quizás allí radique una de las claves para poder entender de qué manera funcionará el art. 7, donde necesariamente se deberá mirar más a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales de derechos humanos que a la tradicional doctrina civilista”. Es posible extender esta interpretación –fecunda en consecuencias- a la disciplina contractual, con el impacto que significa admitir que el texto constitucional es la fuente primera del derecho privado que no requiere de intermediación reglamentaria”.

<sup>2</sup>CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *Estatuto de consumidor comentado*, La Ley, Bs. As., 2016, t. I, p. 348.

## **2. La noción de prácticas abusivas. El Código y la Ley N° 24.240.**

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) regula estas cuestiones en los arts. 1096/1099 y la Ley N° 24.240 (LDC) las contempla en el art. 8 bis.

Como técnica legislativa se dejó un amplio espectro interpretativo librado a la actividad de los jueces, debido a la formulación de estándares y reglas con un contenido abierto que facilita su provechosa aplicación a una amplia gama de situaciones.

### **2.1. Los comportamientos empresarios abusivos.**

Las prácticas abusivas refieren a los comportamientos o métodos que debe observar el proveedor de bienes y servicios en la relación de consumo<sup>3</sup>. Las actividades de producción e intercambio de bienes o servicios están fuertemente influidas por las actitudes que se asumen frente al consumidor y que se encaminan a lograr un mayor volumen de ventas mediante lo que se conoce como un más alto grado de penetración en el mercado. Ese resultado se obtiene con frecuencia mediante conductas que pueden lesionar los intereses –sin distinción de su naturaleza- de los consumidores y usuarios.

Es preciso aclarar que son prácticas lícitas y hasta necesarias pero que pueden derivar en el ejercicio abusivo de ciertas prerrogativas<sup>4</sup>, que se configurará cuando se desnaturalicen los derechos de los consumidores.

El novedoso régimen legal de los contratos de consumo, en reconocimiento de este dato informativo que la realidad ofrece, demuestra el propósito de precaver aquél avasallamiento imponiendo a los proveedores reglas de actuación positivas u omisivas, esto es, exigiendo un obrar concreto y positivo o abstenciones, frente a situaciones apreciadas como particularmente perjudiciales, mediante la remisión a conceptos jurídicos indeterminados que permitirán su aplicación a casos precisos.

Según Stiglitz “las prácticas comerciales son todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción. 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”. Agrega el autor que las prácticas comerciales operan en un punto medio entre la oferta y la demanda o “como el proceso mediante el cual los productos son lanzados adecuadamente al mercado o todas las medidas que se destinan a promover la

---

<sup>3</sup>JUNYENT BAS, Francisco y MEZA, Mariana Inés, *Contratos de consumo*, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, José María Curá, (dir.), 2° edición actualizada y ampliada, La Ley, t. III, Bs. As., 2016, p. 967.

<sup>4</sup>NICOLAU, Noemí Lidia, “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”, *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, p. 210. La autora incluye al *marketing* y la publicidad.

comercialización de productos y servicios y que porta como dato principal el de la publicidad, además de todos los incentivos de venta”<sup>5</sup>.

Lorenzetti, concibió las prácticas comerciales como aquellos “procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes o servicios al destinatario final”<sup>6</sup>. Esta fórmula descriptiva es amplia y, por consiguiente, tiende a encuadrar los más diversos comportamientos. Es el lineamiento que adoptó el CCyC en el sentido de imponer la indeterminación conceptual como núcleo normativo, reservando la precisión a los ordenamientos especiales, de modo que se requiere en esta materia una adaptación hecha en base a parámetros legales y fácticos que, por su naturaleza, se presentan como mutables.

## **2.2. El derecho comparado.**

En un muy rápido repaso, el examen comparativo de los distintos ordenamientos ofrece parecidas previsiones legales.

a) Perú (Ley 29.571). El art. v, inc. 4, dispone que las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la situación de desequilibrio que se presente entre los proveedores y consumidores, sea en la contratación o en cualquier otra situación relevante, que coloquen a los segundos en una situación de desventaja respecto de los primeros al momento de actuar en el mercado. El art. 1, 1.1., d, consagra ampliamente el derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios. El art. 51, describe de manera enunciativa las cláusulas abusivas de ineficacia relativa y, específicamente, el inc. d incluye las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos. El art. 57 establece que también son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor

<sup>5</sup> STIGLITZ, Rubén S., “Lealtad comercial, prácticas abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial La Ley Código Civil y Comercial de la Nación*, Ricardo Luis Lorenzetti (dir.), noviembre 2014 p. 103.

<sup>6</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2009, p. 158.

resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar.

b) La Ley Federal de Protección al Consumidor de México, en sus arts. 20 y 24, apartado XX, dispone que la Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social con personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene funciones de autoridad administrativa y está encargada de promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Su funcionamiento se regirá por lo dispuesto en esta ley, los reglamentos de ésta y su estatuto. Tiene, entre otras atribuciones, la facultad de requerir a los proveedores o a las autoridades competentes a que tomen medidas adecuadas para combatir, detener, modificar o evitar todo género de prácticas que lesionen los intereses de los consumidores, y cuando lo considere pertinente publicar dicho requerimiento.

c) Brasil (Código de Defensa del Consumidor, ley n° 8.078, del 11 de septiembre de 1990). Según el art. 6. Son derechos básicos del consumidor: IV - la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos o desleales, así como prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el suministro de productos y servicios. El art. 39 prohíbe al proveedor de productos o servicios, entre otras prácticas abusivas: IV - aprovecharse de la debilidad o ignorancia del consumidor, considerando su edad, salud, conocimiento o condición social, para convencerlo de adquirir sus productos o servicios; V - exigir del consumidor una ventaja notoriamente excesiva; y VII - transmitir información despreciativa referente a un acto practicado por el consumidor en el ejercicio de sus derechos.

d) Paraguay (Ley 1.334). El art. 6, inc. e, determina que constituyen derechos básicos del consumidor la adecuada protección contra la publicidad engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales, y las cláusulas contractuales abusivas en la provisión de productos y la prestación de servicios. El art.14 prohíbe al proveedor: b) aprovechar la ligereza o ignorancia del consumidor para lograr el consumo de sus productos o servicios; c) hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos establecidos en esta ley; y f) discriminar al consumidor por razones de sexo, edad, religión, raza o posición económica, en la provisión de un producto o servicio ofertado al público en general.

e) Uruguay (Ley 17.250). El Capítulo VII lleva por título “Prácticas abusivas en la oferta”; en el art. 22, inc. b, entre otras conductas considera tales a aquellas cláusulas que importen hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos.

f) La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador (N° 2000-21), art. 4, establece que son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes: inc. 5, derecho a un trato transparente, equitativo y no discriminatorio o abusivo por parte de los proveedores de bienes o servicios, especialmente en lo referido a las condiciones óptimas de calidad, cantidad, precio, peso y medida; e inc. 12, derecho a que en las empresas o establecimientos se mantenga un libro de reclamos que estará a disposición del consumidor, en el que se podrá anotar el reclamo correspondiente, lo cual será debidamente reglamentado. Contempla un catálogo no taxativo de prácticas prohibidas <sup>7</sup>.

g) La Ley 453 de Bolivia, en el art. 23, prohíbe las prácticas comerciales abusivas e incluye las siguientes: cobrar en moneda que no se encuentre en curso legal y vigente; aprovecharse de la urgencia o necesidad económica de las personas; cobrar por los productos y servicios no provistos o no solicitados; cobrar por servicios, habiendo solicitado su corte o suspensión, salvo lo establecido en los contratos correspondientes; realizar actos o conductas discriminatorias para la accesibilidad a productos o servicios; el uso de métodos de cobranza que afecten la reputación, privacidad, actividad laboral o imagen de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores; la enumeración tampoco es taxativa <sup>8</sup>.

h) España. El Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, dispone en su art. 8, inc. b, que es derecho básico de los consumidores y usuarios la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas

---

<sup>7</sup>Conforme está previsto por el art. 55, constituyen prácticas abusivas de mercado, y están absolutamente prohibidas al proveedor, entre otras, las siguientes: 1. Condicionar la venta de un bien a la compra de otro o a la contratación de un servicio, salvo que por disposición legal el consumidor deba cumplir con algún requisito; 2. Rehusar atender a los consumidores cuando su stock lo permita; 3. Enviar al consumidor cualquier servicio o producto sin que éste lo haya solicitado. En tal hipótesis, se entenderá como muestras gratis los bienes y/o servicios enviados; 4. Aprovecharse dolosamente de la edad, salud, instrucción o capacidad del consumidor para venderle determinado bien o servicio.

<sup>8</sup>También guarda relación con el tema examinado el art. 6 que presume fundadas las relaciones de consumo en la licitud, honestidad y ética.

comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos. El art. 49 prevé que son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: (i) en el inc. l, el uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios; y (ii) en el inc. m, las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres <sup>9</sup>.

i) La normativa europea ha reconocido también estas nociones aunque poniendo el acento en mayor medida en la protección de los intereses económicos. El art. 2 de la Directiva 2005/29/CE a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores (que en lo sucesivo enuncia como “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. En los fundamentos de la Directiva se aclaró que no se refiere a prácticas comerciales realizadas fundamentalmente con otros fines, como las comunicaciones comerciales dirigidas a inversores, por ejemplo, informes anuales y publicaciones de promoción empresarial. Tampoco trata de los requisitos legales en relación con *el buen gusto y el decoro*, los cuales varían considerablemente de un Estado miembro a otro y, también, protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Esta sintética comparación normativa, que no excluye otras previsiones legales particulares, sugiere que la dignidad es un presupuesto fundamental en relación a la tutela de los derechos de consumidores y usuarios, noción que se ha *universalizado* por influjo del reconocimiento, aceptación y efectiva vigencia de los derechos humanos, que han adquirido por ese motivo inusitada relevancia como límite a la actuación del estado

---

<sup>9</sup>Es ilustrativo el texto del art. 19 que dispone (...) sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos están sujetas a lo dispuesto en esta Ley, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. A estos efectos, se consideran prácticas comerciales de los empresarios con los consumidores y usuarios todo acto, omisión, conducta, manifestación o comunicación comercial, incluida la publicidad y la comercialización, directamente relacionada con la promoción, la venta o el suministro de bienes o servicios, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial. *No tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual*, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59 (...) el incumplimiento de las disposiciones a que hace referencia este apartado será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa (...) En relación con las prácticas comerciales relativas a servicios financieros y bienes inmuebles, podrán establecerse normas legales o reglamentarias que ofrezcan una mayor protección al consumidor o usuario. Esa es la solución de nuestro CCyC.

–y justificación última de su existencia- frente a los individuos o grupos. Los intereses alcanzados por este ámbito de protección tienen diversas esencias, pues no solo se vinculan con la vida y la salud, sino que comprenden también aquellos de índole exclusivamente económica.

### **3. Ámbito de aplicación subjetivo.**

El art. 1096 dispone que 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 artículo 1092.

En torno a esta disposición se han planteado arduos desacuerdos. Mientras, por una parte, se sostiene que complementa la definición del art. 1092 incorporando la figura de quien se halla expuesto a una relación de consumo, en otra postura se asevera que esas personas carecen de protección legal. El Código peruano expresamente protege al consumidor, se encuentre directa o indirectamente expuesto o comprendido por una relación de consumo o en una etapa preliminar a ésta (art. III, 1).

La primera argumentación impone aceptar que se ha producido una *relocalización* de la figura del expuesto a la relación de consumo (*bystander*), que ha sido admitido en el art. 1096, luego de resultar expurgado de los arts. 1092 CCyC y 1 LDC, que estaría tutelado en relación a las prácticas abusivas y a la información y publicidad dirigida a los consumidores <sup>10</sup>.

Contundente en su postura, Lovece propugnó la vigencia de la figura de la persona expuesta a una relación de consumo, desterrada del CCyC y de la LDC, porque la inconstitucionalidad intrínseca de su eliminación violó los principios de no regresividad y de irrevisibilidad consagrados en las convenciones sobre derechos humanos <sup>11</sup>. En esta apreciación del asunto, se elimina el necesario examen de las proyecciones que pudiera

---

<sup>10</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, *Suplemento Especial La Ley Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos*, Rubén S. Stiglitz (dir), febrero 2015, p. 240; NICOLAU, Noemí Lidia, “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos”, *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, p. 213.

<sup>11</sup> LOVECE, Graciela, “El Derecho del Consumidor. Los caminos del Derecho Comparado. El Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, ps. 518/519. Coincide parcialmente en la misma publicación, TAMBUSSI, Carlos E., “Consumidores, derechos humanos, convencionalidad y no regresividad. Aportes para la argumentación”, ps. 442/443, quien postula la inconstitucionalidad de la eliminación del expuesto únicamente por violación del principio de no regresividad previsto en los tratados de derechos humanos, pero drásticamente no sostiene la vigencia de la protección a la persona que se omitió.

tener la regulación del expuesto a las relaciones de consumo en relación a lo que dispone el art. 1092 CCyC.

El segundo punto de vista, que tiene punto de partida en algunas visiones negativas adelantadas a la elaboración del Anteproyecto de CCyC <sup>12</sup>, entiende que la supresión del *bystander* encarrila correctamente el derecho tutelar de los consumidores, porque no resultaría sensato extender en demasía el derecho del consumidor a situaciones o posiciones de vulnerabilidad que cuentan con otras normas de protección <sup>13</sup>.

Parece que, en un análisis axiológico y fundado en las convenciones sobre derechos humanos, cualquier postulación que aminore los derechos de consumidores y usuarios debe descartarse. Sin embargo, se ha provisto otra interpretación que se atiene al contexto regulatorio del CCyC: las leyes debe interpretarse teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2). Debe advertirse que, en esta línea, las personas protegidas serían idénticas –el consumidor y el asimilado- y las expuestas a una relación de consumo carecerían de tutela.

Pero, aunque la redacción del art 1096 –que no es suficientemente precisa- no da pie para afirmar que comprende a personas, determinadas o no, distintas de las enumeradas en el art. 1092, la reiteración tornaría superfluo y estéril el precepto, además de hallarse en franca contradicción con los Fundamentos del Anteproyecto <sup>14</sup>. Es esta una lúcida argumentación, pese a que *la intención del legislador* no es norma interpretativa en esta materia, pues resulta evidentemente razonable extender la protección a las personas expuestas ante prácticas empresarias que, por exigencia legal, serían abusivas (art. 10 CCyC).

---

<sup>12</sup> STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y defensa del consumidor*, 2ª edición, La Ley, Bs. As., 2012, p. 202, criticaron oportunamente de manera terminante la incorporación del expuesto como sujeto de la tutela dispensada por la LDC.

<sup>13</sup> WAJNTRAUB, Javier H., “El fortalecimiento de los derechos del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, ps. 110/116; limita el autor la protección a los consumidores y usuarios y sujetos equiparados, únicos aludidos por los arts. 1092 CCyC y 1 LDC.

<sup>14</sup> SIGAL, Martín, *Formación del consentimiento. Prácticas abusivas*, Código Civil y Comercial Comentado, J. C. Rivera-G. Medina, (dir), La Ley, Bs. As., 2014, t. III, p. 732. Los Fundamentos expresados en relación a las prácticas abusivas: la fuente (el Código Brasileño, art. 29), si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable ... se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales.

#### **4. Condiciones de atención y trato digno.**

El art. 1097 CCyC dispone que los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

##### ***4.1. Las conductas positivas exigidas: las condiciones de atención y trato digno.***

Para comenzar el análisis de este aspecto del tema puede decirse que tan digno debe ser el trato como las condiciones de atención. Conductas esperadas e impuestas a los proveedores de bienes y servicios en toda relación de consumo y no solamente en aquellas de base contractual, como cabe entender de la norma del art. 8 bis de la LDC<sup>15</sup>. Como se ha dicho, “la obligación de trato digno y equitativo al consumidor se traduce en una serie de conductas reprochables que, cuando se ‘institucionalizan’, prolongándose en el tiempo y formando parte del modus operandi de una compañía, pasan a transformarse en prácticas comerciales ilegales o abusivas”<sup>16</sup>.

Por trato debe entenderse una referencia concreta a los comportamientos del oferente de bienes o servicios que refieren *al entorno situacional de la relación*, cuya estructura no se erige sobre derechos subjetivos sino sobre normas institucionales que modalizan la organización de la actividad del proveedor<sup>17</sup>.

En el caso “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías SA”<sup>18</sup>, la CSJN señaló que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial (considerando 7º). Un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la

---

15 En general y considerando unificadamente supuestos diversos, el Código del Perú prevé el derecho a un trato justo y equitativo en toda transacción comercial y a no ser discriminados por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (art. 1, 1.1, d).

16 CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *DERECHO COMERCIAL. Derecho del consumidor*, Chomer-Sícoli (dir.), La Ley, Bs. As., 2015, ps. 298/9.

17 LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2009, p. 149. Expresamente señala que el “trato se refiere a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación, y a las conductas poscontractuales”.

18 Fallos 331:819.

protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes (considerando 9º). El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece (considerando 10º) <sup>19</sup>.

Hecho explícito el abordaje normativo adoptado por la CSJN, cuadra recordar que si los proveedores actúan cumpliendo una pertinaz conducta lesiva, prolongada, que trasuntó una infracción al deber de colaboración que las partes se deben entre sí en la particular relación de consumo analizada, se ha infringido la regla de protección. Ello no significa colocarlos en un plano de igualdad ideal porque es evidente que el proveedor asume una posición de predominio respecto del consumidor demandante y, también, que su desinterés respecto de la suerte que pudieran correr los reclamos del usuario. Esa actitud desaprensiva, grave y relevante, consiste entre otras muchas en someterlo a tortuosos trámites que no alcanzan un resultado exitoso sino después de mucho tiempo y esfuerzos.

Sea que esta vulneración de la dignidad del consumidor se origine en la falta de capacitación o predisposición del personal destinado a recibir los reclamos <sup>20</sup>, sea que el método y procedimientos establecidos por el proveedor no fueren adecuados, o bien que se tratara de una conducta generada intencionalmente a fin de dificultar la extinción del vínculo, lo cierto es que la impresión que se genera es que se ha dado primacía a la satisfacción de la finalidad económica del proveedor, obtener ganancias sin importar los medios, postergándose los intereses del usuario. El muy conocido precedente bonaerense recaído en la causa “Machinandiarena” transitó parecidos carriles, pues destacó la responsabilidad del proveedor por no haber adoptado las medidas necesarias para la atención a personas con capacidades diferentes, que fue considerado como una manifestación discriminatoria <sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Esta doctrina fue reafirmada en las causas “Uriarte Martínez, Héctor V. v. Transportes Metropolitanos General Roca”, sentencia del 09.03.10 y “Montaña, Jorge Luis c. Transportes Metropolitanos General San Martín s/daños y perjuicios”, decidida en 03.05.12.

<sup>20</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MEZA, Mariana Inés, *Contratos de consumo*, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, José María Curá, Director, 1º edición, La Ley, Bs. As., 2014, t. III, p. 531.

<sup>21</sup> CCyC, Mar del Plata, 27.05.09. A la fecha de los hechos del fallo no regía el texto del art. 8 bis, LDC.

Si las condiciones de atención fueron deficientes cualesquiera que fueren las causas que las motivaron<sup>22</sup>, no encontrar rápida respuesta satisfactoria en los encargados de relacionarse con los consumidores, la “cara de la empresa”, significa que carecen de formación integral eficiente o no fueron entrenados para enfrentar con éxito esta clase de situaciones. Defectos, por cierto, que el usuario no tiene que soportar paciente y dócilmente, y que un empresario que actúe racional y razonablemente –como se dijo en el precedente “Ledesma”- debe procurar evitar. En España, la Ley 3/2014 del 27.03.2014 (que modificó el régimen de defensa de consumidores y usuarios, Real decreto Legislativo 1/2007), dispuso en el nuevo texto del art. 60, apartado k, como información relevante previa al contrato que debe ponerse en conocimiento del consumidor el procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4<sup>23</sup>.

Y esa indignidad se proyecta también al trato dispensado. En las dos situaciones es posible intuir que el consumidor puede sentirse inmerso en el más profundo desamparo, al carecer de un interlocutor válido<sup>24</sup>. Cabe aclarar que aunque la regulación legal pudiera inducir a otra conclusión ante la incorporación del régimen de las prácticas abusivas en la etapa de la formación del consentimiento, la vigencia de dichas disposiciones alcanza a toda la duración de la relación contractual, aun a su extinción.

El art. 41 de la legislación peruana, impone trato preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad<sup>25</sup>. El Real decreto Legislativo 1/2007 español en el art. 49 inc. j, establece, como infracción a los derechos de consumidores y usuarios, que las limitaciones o exigencias injustificadas al derecho del consumidor de poner fin a los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la obstaculización al ejercicio de tal derecho del consumidor a

---

<sup>22</sup> En la sentencia de la CCyC, Córdoba, del 29.03.05, “Cuello, Fernando J. c/ Telecom Personal SA”, se juzgó que el consumidor que fue insultado por un dependiente del proveedor tiene derecho a ser indemnizado por daño moral.

<sup>23</sup> El art. 21.4 dispone: los empresarios a que se refiere el apartado anterior y aquellos que estén adheridos a códigos de conducta, incluidos los elaborados a escala comunitaria, o sean miembros de asociaciones u organismos profesionales que ofrezcan sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos que reúnan los requisitos previstos en el apartado anterior, indicarán en las ofertas comerciales que presenten de forma detallada sus servicios, el sistema extrajudicial de resolución de conflictos que ofrecen a los consumidores y usuarios, el modo de obtener información sobre sus características y la forma de acceder a dicho sistema extrajudicial.

<sup>24</sup> CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, *DERECHO COMERCIAL. Derecho del consumidor*, Chomer-Sícoli (dir.), La Ley, Bs. As., 2015, p. 311.

través del procedimiento pactado, la falta de previsión de éste o la falta de comunicación al usuario del procedimiento para darse de baja en el servicio.

#### **4.2. La dignidad.**

El art. 51 CCyC establece que la persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad. Parece que es posible considerar que esta regla de carácter genérico comprende a la más específica incorporada, entre otras disposiciones, al art. 1097.

La dignidad de las personas, reconocida en varias normas convencionales (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>26</sup>; artículo 1º, Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>27</sup>; y Preámbulos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>28</sup> y de la Declaración Americana de los Derechos y

---

25 Circunstanciadamente establece las siguientes diferencias: 41.1 El proveedor está en la obligación de garantizar la atención preferente de gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad, en todos los sistemas de atención con que cuente, debiendo facilitar al consumidor todos los mecanismos necesarios para denunciar el incumplimiento de esta norma bajo responsabilidad. 41.2 Respecto de los beneficiarios del trato preferente, el proveedor debe: a. Consignar en un lugar visible, de fácil acceso y con caracteres legibles su derecho a la atención preferente. b. Adecuar su infraestructura en lo que corresponda e implementar medidas garantizando su acceso y seguridad. c. Exonerarlos de turnos o cualquier otro mecanismo de espera. d. Implementar un mecanismo de presentación de quejas contra quienes incumplan con esta disposición. 41.3 El proveedor que incumple con lo establecido en esta norma y otras disposiciones sobre la materia es sancionado conforme a los procedimientos establecidos en las leyes, normas y reglamentos especiales. En los contratos de consumo no pueden incluirse cláusulas o ejercerse prácticas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos (art. 47, inc. b).

26 El art. 11.1. declara que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Los otros apartados del mismo artículo prohíben los ataques ilegales y confieren derecho a obtener en tal caso protección legal.

27 Del año 1948. El art. 1º declara que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

28 Nueva York, 19.12.66. El Preámbulo considera que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables; y reconoce que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana. El art. 7 expresamente reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, *condiciones de existencia dignas* para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones de ese Pacto. El art. 11.1. reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y *a una mejora continua de las condiciones de existencia*. Se establece en el art. 13.1., además, que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad.

Deberes del Hombre<sup>29</sup>), se desprende el principio que las consagra como un fin en sí mismas y proscribire que sean tratadas utilitariamente<sup>30</sup>.

En un puntilloso estudio de la cuestión que mantiene muchos puntos de contacto con el recordado enfoque de la CSJN, Gherzi señaló que la dignidad “es la cualidad central del ser humano” y le asigna esencia de principio general “que nos coloca en un plano de igualdad a todos los seres humanos del mundo, porque solo se requiere ser persona, sin contornos, estructuras y procesos de acumulación capitalista previos”, principio que se proyecta a los más diversos ámbitos del derecho<sup>31</sup>.

Para advertir la importancia y la posición central que el ordenamiento jurídico reconoce a la dignidad de la persona humana, baste recordar la decisión de la CSJN en la causa “Pupelis, María Cristina y otros” (Fallos 314:424) que la consideró como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (considerando 8°).

El proceso de *humanización* de los derechos de consumidores y usuarios, concebidos como derechos humanos de segunda generación incorporados taxativamente al CCyC, tiene basamento en la dignidad que corresponde reconocer a la persona humana, a la que se debe respetar. La dignidad no es una noción abstracta, sino que alcanza una demarcación concreta, en orden a su configuración y contenido, mediante las disposiciones que a ella refieren, sea para reconocerla (art. 51), sea para ordenar la prevención y reparación si de cualquier modo resulte menoscabada (art. 52) o bien, sea para erigir un preciso límite en relación al objeto del contrato (art. 1004)<sup>32</sup>.

---

29 Bogotá, 1948. En su preámbulo se declara que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros. El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

30 CSJN, 13.03.12, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, considerando 16.

31 GHERSI, Carlos Alberto, “La dignidad como principio general del derecho”, *La Ley* 2014-D, 1054 y ss. Y, con cita de la opinión de María Dolores Vila-Coro, expresó que “la dignidad humana no es un derecho, es el fundamento y origen de todos los derechos, es condición, índole, calidad de la persona que expresa toda su valía”.

32 SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, ps. 238/239. Señala, además, que “los derechos económicos, sociales y culturales constituyen un grupo de derechos ‘existenciales’ en cuanto pretenden asegurar la existencia vital de un hombre ya constituido –por los derechos de primera generación–, procurando garantizar el logro progresivo del mayor grado de desarrollo humano. La consagración de una serie de normas legales de diferente rango que se fundan en la idea de dignidad del consumidor aproximan al Derecho del Consumidor a la racionalidad, tecnologías y prácticas de funcionamiento de los derechos humanos de segunda generación”.

La atenuación de la centralidad del CCyC en materia de interpretación legal y la consecuente preeminencia del texto constitucional y de los tratados de derechos humanos (referidos en los arts. 1, 2 y 1097), en especial aquellas garantías que tienden a establecer el marco socialmente aceptado dentro del que debe desarrollarse la personalidad humana, permiten advertir la concreción práctica de pautas abstractas mediante la limitación de los derechos de los proveedores de bienes y servicios. En efecto, aunque los derechos emergentes de los contratos integran el derecho de propiedad de los contratantes (art. 965), quienes son libres de decidir la contratación, su contenido y establecer el vínculo obligatorio consecuente, es claro que el principio tutelar de aquellas personas humanas que se hallan en situación de vulnerabilidad importa una valla para el ejercicio de las prerrogativas contractuales por quien cuenta con una relación jurídica desequilibrada en su favor.

Pero el respeto a la dignidad de la persona debe conformarse a los principios emergentes de los tratados de derechos humanos. Ya quedó señalado que como atributo inescindible de la personalidad humana, cualquiera que fuere la postura filosófica inicial que se adoptare para su reconocimiento, la dignidad se presenta como un límite infranqueable y, a la vez, en constante transformación al compás de los cambios sociales y económicos en un sentido ascendente: podrá incrementarse el umbral, mas nunca disminuirlo. La amplitud que es propia de dichas Convenciones en el reconocimiento de la dignidad humana, que adquiere muy distintos perfiles y se disemina en relación a los derechos personales y personalísimos, se traslada inmediatamente a la interpretación del art. 1097. Téngase en cuenta, además, la pauta que en esta materia establecen los arts. 1094 y 1095, CCyC, y 3 y 37, LDC <sup>33</sup>.

#### ***4.3. Deberes de abstención.***

Mediante la descripción de conductas que en ningún caso el proveedor puede cumplir impunemente, el nuevo texto codificado se dirige, en la relación de consumo, a proteger

---

<sup>33</sup> La ley española, art. 23, prevé que los poderes públicos y, concretamente, los órganos y servicios de las Administraciones públicas competentes en materia de consumo, adoptarán o promoverán las medidas adecuadas para suplir o equilibrar las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión en que pueda encontrarse, individual o colectivamente, el consumidor o usuario. Sin perjuicio de las que en cada caso procedan, se promoverán las siguientes (...) e) Análisis de las reclamaciones o quejas y, en general, de todas aquellas actuaciones de personas o entidades, públicas o privadas, que impliquen: 1º) Obligaciones innecesarias o abusivas de cumplimentar impresos, verificar cálculos y aportar datos en beneficio exclusivo de la entidad correspondiente. 2º) Trámites, documentos o mediaciones sin utilidad para el consumidor o usuario o a costes desproporcionados. 3º) Esperas, permanencias excesivas o circunstancias lesivas para la dignidad de las personas. 4º) Limitaciones abusivas de controles, garantías, repuestos o reparaciones (...) Los poderes públicos asimismo velarán por (...) las condiciones de los servicios postventa de los bienes duraderos.

a los consumidores o usuarios quienes pueden exigir ser tratados con respeto a fin de evitar que se vulnere el estándar de dignidad que les corresponde en tanto personas humanas <sup>34</sup>.

Las reglas que consagran mandatos de abstención prohíben colocar a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. Resulta bastante claro que estos deberes de conducta regulados en el art. 1097 en su aspecto negativo pueden atentar contra la dignidad de la persona humana, actúe en una determinada relación como consumidor o no porque en el segundo supuesto toda persona humana se hallaría igualmente amparada por la regla del art. 51 CCyC. Pero el examen debe constreñirse a la relación de consumo y, en consecuencia, el afectado será destinatario de la tutela que le corresponde como consumidor.

Las pautas legales son forzosamente vagas; pero no debe verse en esta indeterminación relativa un defecto, antes bien, permite incorporar bajo su ámbito la inmensa mayoría de prácticas abusivas que se cumplan en la actividad empresaria, sea esta ocasional o habitual. En realidad no es tarea sencilla distinguir una noción de las otras frente a la íntima relación que guardan entre sí.

Kemelmajer de Carlucci, con precisa elocuencia, señaló que “vergonzante es todo aquello que puede resultar deshonroso, humillante, perturbador. Se trata de evitar situaciones que pongan al consumidor en vergüenza, ridículo, absurdo o incomodidad. Vejatorio alude a conductas del proveedor representativas de maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos. Intimidatorio refiere a comportamientos que infundan temor” <sup>35</sup>. Puede apreciarse, al analizar la lúcida opinión de la mencionada integrante de la Comisión Redactora del Anteproyecto, que vergüenza, vejamen o intimidación, con variantes, son comportamientos que constituyen afrentas a la dignidad. Acaso quepa formular algún reparo en orden a las prácticas intimidatorias, en especial aquellas que se exterioricen como reclamos judiciales sin serlo, pero no es posible desvincularlas totalmente de la indignidad que comportan.

---

<sup>34</sup> WAJNTRAUB, Javier H, “El fortalecimiento de los derechos del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Daños*, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, p. 120.

<sup>35</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo”, *Suplemento Especial La Ley Código Civil y Comercial de la Nación, Contratos*, Rubén S. Stiglitz (dir.), febrero 2015, p. 243.

En definitiva, se trata de cualquier actitud “que moleste, denigre, tienda a inferiorizar la condición o situación del ser humano como consumidor, infundiéndole temor”, aprovechándose de la necesidad o inexperiencia”<sup>36</sup>.

## **5. Trato equitativo y no discriminatorio.**

El art. 1098 establece que los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

El análisis de esta regla justifica hacer la diferenciación expositiva entre equidad, no discriminación e igualdad que, en rigor, son nociones íntimamente relacionadas entre sí y con las condiciones de existencia dignas de las personas humanas.

### **5.1. Equidad.**

La equidad o, más precisamente, el trato equitativo que el proveedor debe dar a los consumidores consiste en “asegurar al consumidor, a través de las herramientas jurídicas de protección, que al procurar la obtención de los bienes aptos para la satisfacción de las necesidades vitales, no se encuentre sometido a sacrificar atribuciones esenciales que hacen a su dignidad como ser humano”<sup>37</sup>.

Con referencia al derogado art. 218, inc. 6°, CCom, Lorenzetti aseveró que cuando se trata de interpretar los contratos “el criterio preciso del vocablo es que deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso”<sup>38</sup>. Es, como se advierte, una concreta derivación de la antigua máxima de “dar a cada uno lo suyo” según el contexto que el negocio celebrado sugiera.

Como se explicó, “la equidad es según Aristóteles una dichosa rectificación de la justicia rigurosamente legal. Efectivamente, se trata de la justicia del caso singular, que permite adaptar a él la ley abstracta, del mismo modo que la regla lesbia (de material flexible) se adapta al contorno de los objetos que mide. Gracias a la ‘aequitas’, el juez asume en el pensar aristotélico, un poder creador o modificador de la ley”<sup>39</sup>. Así, debe entenderse conforme lo ha señalado la CSJN en reiteradas ocasiones, que los jueces no

<sup>36</sup> JUNYENT BAS, Francisco y MEZA, Mariana Inés, *Contratos de consumo*, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, José María Curá, Director, 1° edición, La Ley, t. III, Bs. As., 2014, p. 532.

<sup>37</sup> STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y defensa del consumidor*, 2ª edición, La Ley, Bs. As., 2012, p. 52.

<sup>38</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Contratos. Parte General*, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2004, p. 472.

pueden juzgar la equidad de la ley pero sí deben juzgar con equidad los casos sometidos a su consideración y de acuerdo a los elementos de juicio que surgen del propio proceso.

### **5.2. Ausencia de discriminación.**

En los fundamentos del Anteproyecto se señaló que el Código está basado en un paradigma no discriminatorio. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza. En los textos proyectados aparecen la mujer, el niño, las personas con capacidades diferentes, el consumidor, las comunidades originarias, y muchos otros que no habían tenido una recepción sistemática hasta el momento.

Pero el mencionado precedentemente es sólo un aspecto de la cuestión. En efecto, el amparo legal, además de una dimensión *cuantitativa* que refiere al universo de personas protegidas, admite otra lectura, que podría entenderse como *cualitativa*, que se vincula con el objeto de la relación de consumo que se considere en concreto. En esta última postura la discriminación se relacionaría con la prohibición de establecer distinciones arbitrarias o irrazonables en el acceso a los bienes o servicios que se comercialicen, o con la satisfacción de las necesidades –de cualquier naturaleza- de los consumidores. Tiene evidentes puntos de contacto con la dignidad humana que es, reitero, el fundamento de todos los derechos.

Se vincula con la discriminación la conducta que describe el art. 7, último párrafo, LDC: la no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esa ley.

### **5.3. Igualdad.**

Todas las personas humanas nacen libres e iguales; el sistema jurídico -nacional o internacional- no hace otra cosa que reconocerlo. No es necesario, entonces, algún dispositivo legal que ponga en vigencia los derechos humanos.

La garantía constitucional de igualdad, a la que expresamente remite el art. 1098, está prevista en el Prámbulo, y en los arts. 16, 20 y 75, inc. 23. Fecunda ha sido su interpretación y aplicación en la jurisprudencia de la CSJN y los demás tribunales, así como objeto de la prolífica labor de los autores. Además, es tradicional en la interpretación filosófico-jurídica destacar la tensión entre libertad e igualdad con disímiles planteos argumentales que sugieren respuestas multívocas.

---

39 AFTALIÓN, Enrique R. *et al.*, José *Introducción al Derecho*, Ed. La Ley, 7° edición, p. 173.

De la más estrecha noción que encuadraba la garantía de igualdad “como el derecho a que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que, en iguales circunstancias, se concede a otros”<sup>40</sup>, se ha evolucionado -en consecuencia de la Reforma de 1994- a imponer al Congreso Nacional la elaboración de legislación y medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno ejercicio de derechos conferidos por la CN y los tratados internacionales (art.75, inc. 23). El avance es notorio: se parte de la simple igualdad de posibilidades hasta alcanzar la igualdad real, mediante la actuación que se exige a los poderes públicos.

Todo el ordenamiento jurídico aparece influido por estas nociones. La Comisión Redactora afirmó que elaboró un Código de la igualdad: los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. En consecuencia, aquellos perjudicados por el desequilibrio que caracteriza a las relaciones de consumo están provistos de una tutela diferenciada, que se evidencia en disposiciones legales como la aquí analizada.

Es notorio que la igualdad se relaciona estrechamente con la equidad en las relaciones de consumo. Las diferenciaciones arbitrarias en el trato dispensado a los consumidores vulneran ambos valores esenciales.

En esta dirección, el trato igualitario impide introducir distinciones basadas en la edad de los consumidores, sus capacidades diferentes y, en general, en relación a todas aquellas posibilidades de acceso al consumo.

La igualdad siempre supone la ausencia de discriminación; pero debe admitirse como premisa que la desigualdad no conduce en todos los casos a la discriminación. En efecto, el dispar tratamiento debe necesariamente fundarse en una justificación razonable y objetiva: “la clave se encuentra en que, en unos casos se ha considerado que la exigencia de la no discriminación en la igualdad debe referirse al tratamiento igual de situaciones iguales y desigual de situaciones desiguales”<sup>41</sup>.

## **6. Libertad de contratar.**

---

<sup>40</sup>CSJN, Fallos 105:273 y 153:67, entre muchos otros.

<sup>41</sup> GARCÍA-CUEVAS ROQUE, Elena, “La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación”, *Revista de Derecho UNED*, n° 16, 2015, p. 249.

El art.1099 declara la amplia libertad de contratar. Al efecto prohíbe las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.

### ***6.1. La libertad de concertación.***

Como está previsto por el art. 958 CCyC, las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres. En un plano muy general esta disposición tiene directa incidencia en la contratación con consumidores.

En materia de protección, el CCyC contiene disposiciones específicas en los arts. 1117 a 1122, relativas a la validez de las cláusulas insertas en los contratos celebrados con consumidores. Estas reglas y la del art. 1099, conforman un régimen que limita la autonomía de la voluntad contra el proveedor, generalmente predisponente de las cláusulas con las que se pretende validar las prácticas reprobadas.

En particular el art. 1119 establece, como regla general de interpretación, que es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

No puede desconocerse que -en este ámbito- la decisión del consumidor no siempre puede originarse en un marco de libertad absoluta, porque es frecuente que no cuente con la posibilidad de prescindir de establecer la relación de consumo en aquellas situaciones en las que el vínculo recae sobre bienes de primera necesidad. En tales supuestos la protección legal necesariamente debe estar dotada de mayor intensidad, aspecto que no es ignorado en el CCyC, como se apreciará seguidamente.

### ***6.2. El derecho de información del consumidor. Consentimiento informado.***

La tutela legal que se dispensa a los consumidores y usuarios reconoce el íntimo vínculo que existe entre la información y la libre elección o, si se prefiere emplear una noción más sintética y abarcativa, la garantía que implica para los sujetos vulnerables la prestación del *consentimiento informado*. No puede negarse la trascendencia de esta concepción en la vida cotidiana porque en ella confluyen presupuestos organizativos sociales como la igualdad, la libertad, la dignidad y los derechos que se consideran fundamentales y que están en constante proceso de expansión.

El acceso a la información, aspecto en el que se concentran, la igualdad, la no discriminación y la libertad, es un problema universal que ha merecido atención en otros

ordenamientos jurídicos. Se ha dicho que “los medios de información, que normalmente son un reflejo de las formas de organización política enraizados en la sociedad en la que se insertan, deben defender la democracia y participar de ella. Su contribución a favor de una mejor forma de organización social consisten en favorecer la libertad e igualdad de todos los ciudadanos; «libres» para poder elegir los medios de información más adecuados a su ideología y forma de pensar, con los que puedan contrastar contenidos e «igualdad» en el sentido de que todo el mundo debe tener las mismas posibilidades de acceso a la información independientemente de los recursos que pudiese tener. Todo ello favorece la pluralidad de pensamiento y la participación de los ciudadanos, para lo cual es de suma importancia que todos tengamos oportunidad de disfrutar de estos contenidos. La llamada revolución tecnológica ha afectado a una de las bases de los derechos fundamentales que es la igualdad: todas las personas deberían tener acceso a aquello que se considera un bien fundamental”<sup>42</sup>.

Si se compara el art. 1100, CCyC: “el proveedor está obligado a suministrar información al consumidor, en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”; con el art. 4, LDC: “el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”, se advierten sólo algunos matices que no alcanzan para establecer decisivas diferencias. El primero, con toda lógica, exige que se informe al consumidor *toda otra circunstancia relevante para el contrato*, disposición que parece ampliar la obligación informativa puesta a cargo del proveedor. Por cierto, esa relevancia constituye una directriz que debe ser examinada en cada caso para que pueda juzgarse el cumplimiento exacto del deber.

El art. 1101, CCyC, prohíbe toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes

---

42<sup>□</sup> GARCÍA-CUEVAS ROQUE, Elena, “La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación”, *Revista de Derecho UNED*, n° 16, 2015, p. 261.

o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

Por la misma razón las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente (arts. 1103, CCyC, 7 y 8, LDC).

### ***6.3. La libertad de elección y su vínculo con la información.***

Afirmar que el consumidor es vulnerable implica admitir que cuando a diario celebra transacciones está ubicado en un plano desigual en relación con quienes se vincula. La noción de vulnerabilidad, entonces, puede adherirse conceptualmente a la de desigualdad. Uno de los fundamentos primordiales que inspiró la unificación legislativa del derecho privado argentino ha sido la promoción del trato igualitario, que debe alcanzarse mediante la detección y superación de las concretas desigualdades en los actos o situaciones jurídicas. El desbalance relacional, las asimetrías o los desequilibrios vinculares son conceptos que usualmente se emplean para describir los diferentes poderes de negociación.

En ese orden, las diferencias se acentúan en aquellas situaciones en las que frente al consumidor se encuentra el empresario. La disparidad evidente entre uno y otro provoca consecuencias que deben rectificarse porque pueden perjudicar a quien tiene un deficiente conocimiento técnico o jurídico. En las relaciones patrimoniales contemporáneas y como derivado de la estructura de las transacciones, la información es valorable económicamente. Quien tiene mejor acceso a ella puede aprovechar más intensamente sus ventajas y, en la visión opuesta, aquel que tenga cercenado el acceso al conocimiento estará expuesto a la resultar perjudicado.

Por estos motivos debe tenerse en cuenta la relevancia que el sistema jurídico asignó al acceso al conocimiento, como medio defensivo que tiende a garantizar el ejercicio de opciones conscientes e inocuas en relación a la salud, la vida y los intereses patrimoniales del consumidor y los que correspondan a su grupo familiar o social.

### ***6.4. Confianza y apariencia.***

La dinámica de los negocios como son celebrados diariamente demuestra el valor que debe asignarse a la confianza. En efecto, el consumidor guía sus conductas en base a este específico y verdadero elemento fiduciario –presente, a veces, de manera imperceptible para él al tomar una decisión- que condiciona su actuación. De esta

manera el consumidor confía en que el bien o servicio que demanda tendrá aptitud para satisfacer la concreta necesidad que quiere satisfacer.

La confianza se basa en la apariencia generada por el proveedor de ese bien o servicio. Y es en virtud de ella que el consumidor realiza la opción. Cuando materializa su elección supone que el objeto (bien o servicio) de la relación de consumo reúne las características que se adaptan a sus requerimientos.

Para protegerlo efectivamente el ordenamiento jurídico consagra concretas disposiciones (que serán analizadas con algún detalle más adelante), que tienden a asegurar la inocuidad, la identidad entre lo ofrecido y aquello entregado, la veracidad de la información y las responsabilidades objetivas que surgen de las infracciones.

En relación a este punto, el art. 1725, CCyC, dispone que “cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”. Corresponde aclarar que esta regla tiene larga tradición en la legislación argentina, al menos en cuanto refiere a la diligencia exigible al profesional, quien debe actuar diligentemente según las circunstancias.

Pero además ha de tenerse en cuenta que se atenúa respecto de los consumidores la regla del art. 961, CCyC, que establece que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor”. Cuidado y previsión que sólo resultarían lógicamente exigibles al consumidor o usuario si ha sido suficientemente informado.

#### ***6.5. Asimetrías condicionantes del consentimiento.***

La celebración válida, en el sentido de que producirá todos los efectos legales, de una relación de consumo supone que la voluntad y el consentimiento del consumidor se han formado contando con toda la información relevante.

Además de los mencionados desequilibrios originados en causas económicas y profesionales, Lorenzetti menciona las *asimetrías tecnológicas*, vinculadas con nuevas

técnicas de *marketing* invasivo y que pese a presentarse en forma simplificada a los consumidores pueden generar conflictos e incrementar su vulnerabilidad <sup>43</sup>. Las técnicas publicitarias que tienen por propósito inducir al consumo, el análisis profundo de los comportamientos de los segmentos sociales y, por fin, la publicidad pueden cercenar el derecho a la libre elección.

Es cierto que es esta una materia en la que es muy difícil alcanzar consensos duraderos, porque involucran cuestiones de muy variada esencia y conciernen a distintas –y hasta excluyentes- órbitas de intereses que tienen protección legal diferenciada. Pero es digna de ser tomada en cuenta la preocupación que genera asegurar al consumidor el flujo de información suficiente para permitirle entablar negociaciones con el más alto nivel de conocimiento.

#### ***6.6. La información como deber del empresario derivado de la buena fe.***

Proveer información fidedigna y prevenir que su carencia provoque daños a los consumidores es un deber general del empresario. Puede sostenerse que en la estructura organizativa de su actividad, el proveedor de bienes o servicios, es decir quien actúa profesionalmente estableciendo vínculos con los consumidores, debe tomar en consideración los costos que el incumplimiento de esta exigencia legal le origine porque es generador de responsabilidad.

Es pertinente señalar que el sistema jurídico argentino extiende el deber de buena fe a la etapa precontractual, temporalmente acorde con la oferta. Lo hace por dos vías: (i) el art. 37, último apartado, LDC; y (ii) el art. 991, CCyC.

#### ***6.7. Extensión del derecho a la libre elección.***

A la regulación recién mencionada puede agregarse que guarda vinculación con el tema analizado el régimen del contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor, que es aquel que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio. Ello porque es cierta la influencia que en esas situaciones tiene la actividad del oferente en la formación del consentimiento, consideración que puede extenderse a los contratos celebrados a distancia.

---

<sup>43</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 73/75.

El art. 58.1 de la legislación peruana, en forma minuciosa regula estos aspectos, pues dispone que el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo <sup>44</sup>.

### **6.8. Las “compras atadas”.**

Se trata de una práctica reprimida también por la Ley N° 25.516, de Defensa de la Competencia (art. 2, inc. i).

La prohibición legal se dirige a evitar que el consumidor sea compelido a adquirir bienes o servicios que no necesite o que no se ha planteado usar o adquirir en esa oportunidad. Es claro que ello implica restringir la libertad de decisión en orden a establecer un vínculo con el proveedor, es decir, optar entre contratar o no hacerlo. Ello suele acompañarse con un escaso lapso de reflexión y reticencia en la información. Sin embargo, se permiten los “combos”, la combinación de diversos bienes o servicios, siempre que cada producto que integre el conjunto pueda ser adquirido por separado.

El art. 1104 CCyC provee un ejemplo: integra la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio,

---

<sup>44</sup>En ese sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen: a. Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (i) tal beneficio no existe, o (ii) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto. b. El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor. c. El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor. d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades. e. Emplear centros de llamada (*call centers*), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de *telemarketing*, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas que hayan sido incorporados en el registro implementado por el Indecopi para registrar a los consumidores que no deseen ser sujetos de las modalidades de promoción antes indicadas. f. En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor. El apartado 58.2 hace extensiva esa disposición a todo tipo de contratación de productos o servicios, sea efectuada mediante contratos dentro o fuera del establecimiento del proveedor, ventas telefónicas, a domicilio, por catálogo, mediante agentes, contratos a distancia, y comercio electrónico o modalidades similares.

cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio.

La distorsión que se repele legislativamente se vincula con la satisfacción plena del consumidor y usuario. En efecto, con asiduidad se advierte que el consumidor es destinatario de técnicas agresivas de ventas que se caracterizan por la presión que se ejerce y la consecuente dificultad para discernir los derechos y obligaciones derivadas de la contratación. Estas prácticas inciden directamente sobre la libre prestación del consentimiento y, en general, aparecen relacionadas con bienes o servicios que el consumidor o usuario requiere, a los que se agregan otros que no tuvo intención de adquirir. De esta manera, se generan obligaciones que nunca estuvieron en miras y sobre las cuales no medió la necesaria reflexión. En síntesis, son bienes o servicios ni solicitados ni necesarios, respecto de los cuales media una ficticia relación de accesoriedad o conexión. La admisión del derecho al arrepentimiento es uno de los medios de protección que el CCyC ha incorporado.

La ley peruana expresamente prevé en el art. 56.1, a, de manera enunciativa y no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos, que prohíbe a los proveedores emplear aquellos que impliquen, en los contratos de duración continuada o de tracto sucesivo, condicionar la venta de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios. La oferta de productos o servicios no complementarios debe garantizar que puedan ofrecerse por separado <sup>45</sup>.

## **7. Conclusiones.**

Estas obligadamente escuetas e incompletas reflexiones, que en rigor no demuestran otra cosa que la vigencia de ciertas reglas que se proyectan como principios generales en materia de protección de consumidores y usuarios, se relacionan con las condiciones generales de comercialización de bienes y servicios, es decir, con la vida diaria de cualquier persona.

El CCyC, en materia contractual, y la LDC, cualquiera fuere la fuente de la relación de consumo, reforzaron la tutela legal de quienes están en especiales posiciones de

---

<sup>45</sup> El régimen se complementa con la prohibición de exigir al consumidor la presentación de documentación innecesaria para la prestación del servicio que contrate o la entrega del producto adquirido, pudiendo, en todo caso, exigirse solo la documentación necesaria, razonable y pertinente de acuerdo con la etapa en la que se encuentre la prestación del producto o ejecución del servicio.

vulnerabilidad y constreñidos a celebrar relaciones jurídicas que puedan perjudicarlos irrazonablemente.

El régimen de las prácticas abusivas prohíbe los comportamientos abusivos de los proveedores y atribuye la consecuente responsabilidad por su transgresión.

Tales exigencias relativas a la negociación de bienes y servicios portan, como un efecto agregado, el ordenamiento satisfactorio de la actuación de los empresarios y la prevención de la reiteración de conductas lesivas.