

Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

> **Medidas preventivas administrativas en defensa del consumidor:
Una herramienta fundamental, aunque poco conocida**
Por Milagros Zannini

> **Entrevista al Dr. Dante Rusconi:
¿El "otro" o el "único" Proyecto de Código de Protección de los Consumidores?**
Por Jorge Oscar Rossi

> **Derecho de consumo para niños, niñas y adolescentes:
Comentario de la Resolución N° 236/2021 de Secretaria de Comercio Interior.
Una breve guía**
Por Victoria Sofia Pacevicius y Juan Ignacio Cruz Matteri

> **La excesiva onerosidad sobreviniente, la debilidad estructural
y la doctrina de la "fuerza mayor social":
reflexiones en torno a lo imprevisible y lo inevitable**
Por Jorge Oscar Rossi



Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de
Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Dr. Jorge Oscar Rossi

www.cijuso.org.ar

Año V - Nº 13 – Mayo de 2021

La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

~

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación Cijuso

Presidente: Dr. Marcelo Fioranelli
(Zárate – Campana)

Secretario: Dr. Jorge Omar Frega
(Morón)

Tesorero: Dr. Gastón Argeri (Azul)

Prosecretaria: Dra. Adriana Cecilia
Coliqueo (Avellaneda-Lanus)

Protesorero: Damián Alcides
Pimpinatti (Pergamino)

Vocales: Dr. Eduardo Sreider (Moreno
– General Rodríguez) - Dr. Rafael
Gentili (Bahía Blanca)

Índice

Medidas preventivas administrativas en defensa del consumidor: Una herramienta fundamental, aunque poco conocida

Por Milagros Zannini

Pág. 6

Entrevista al Dr. Dante Rusconi: ¿El “otro” o el “único” Proyecto de Código de Protección de los Consumidores?

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 17

Derecho de consumo para niños, niñas y adolescentes: Comentario de la Resolución N° 236/2021 de Secretaria de Comercio Interior. Una breve guía

Por Victoria Sofia Pacevicius y Juan Ignacio Cruz Matteri

Pág. 25

La excesiva onerosidad sobreviniente, la debilidad estructural y la doctrina de la “fuerza mayor social”: reflexiones en torno a lo imprevisible y lo inevitable

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 31

Medidas preventivas administrativas en defensa del consumidor: Una herramienta fundamental, aunque poco conocida

Por Milagros Zannini¹

Sumario: I. Introito. II. Normativa. III. Diferencias con las medidas cautelares. IV. Impugnación. V. Cumplimiento de las medidas preventivas. VI. Conclusión.

I. Introito

“Mejor prevenir, que curar” expresa un sabio refrán que, de alguna manera, marca la finalidad de la temática que nos convoca: las Medidas Preventivas Administrativas (en adelante MPA), herramienta clave para robustecer el principio Protectorio del Derecho del Consumidor y dar acabado cumplimiento al poder de policía que la autoridad administrativa de Defensa del Consumidor detenta, y que, al día de hoy, no poseen el desarrollo doctrinario que su figura amerita.

II. Normativa

Cuando hablamos de los Derechos del Consumidor, no podemos sino comenzar por lo estipulado en nuestra Carta Magna en su art. 42, en cuyas líneas, además de enunciarlos, manda a las autoridades a proveer a la protección de aquellos derechos, estableciendo *“procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”*. El vocablo *“autoridades”* que utiliza el texto constitucional *“...debe ser entendido en un sentido amplio, abarcando a todas ellas -ya sean judiciales o administrativas -puesto que ninguna autoridad queda exenta de su obligación de cumplir con el mandato constitucional. Y como hemos visto, los Municipios ejercen las funciones emergentes de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor en concurrencia con el Ministerio de la Producción Provincial (Ley Nº 13.133 y Dec. Nº 1.036/04)”*².

Siguiendo, con nuestra fuente tutelar en la materia, la Ley 24.240 (a propósito, normativa de orden público), ordena (como un *“deber”* y no como una *“facultad”*) a las autoridades de aplicación a ejercer el *control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de*

¹ Directora de Defensa del Consumidor de Gral. Juan Madariaga. Diplomada en Derechos del Consumidor y Defensa de la Competencia (ESEADE)

² 13751 – «I. L. M. C/ BINGO LA PLATA S/ PRETENSION ANULATORIA».

esta ley y de sus normas reglamentarias (art. 41 LDC), y seguidamente, nos “entrega” esta loable herramienta para hacerlo, cuando estipula “...En cualquier momento durante la tramitación de las actuaciones, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones (...) Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, la autoridad de aplicación contará con amplias facultades para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar” (art. 45, párrafos 8 y 10 LDC).

Seguidamente, en orden de prelación, se encuentran las regulaciones en los distintos ordenamientos provinciales que habilitan las medidas preventivas administrativas.

En el presente, nos referiremos al ámbito de la Provincia de Buenos Aires, en el marco del Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (Ley N° 13.133), en cuyo artículo 71° dispone: *“Antes o durante la tramitación del expediente, se podrá dictar medida preventiva que ordene el cese de la conducta que se reputa violación a la Ley de Defensa del Consumidor y/o este Código y/o sus reglamentaciones. Asimismo, y con la mayor amplitud, se podrán disponer medidas técnicas, admitir pruebas y dictar medidas de no innovar o para mejor proveer. Se podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública al disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de la ley y cuando disponga de oficio o a requerimiento de parte audiencias a las que deban concurrir los denunciados, damnificados, presuntos infractores, testigos y perito, entre otros”.*

Luego de detallar la normativa consumeril al respecto, nos damos cuenta que las MPA no constituyen una herramienta novedosa, aunque sí poco conocida, y que exige una inmediata aplicación, ya que no sólo brinda al consumidor tutela rápida y gratuita contra la violación del precepto jurídico, sino también tutela por la simple “amenaza de lesión” de sus derechos subjetivos. Esa tutela preventiva deviene impuesta, no sólo para evitar el daño futuro que podría sufrir el propio consumidor, sino también el daño que eventualmente podría alcanzar a un colectivo de usuarios y consumidores. Saliendo del molde clásico, según el cual la jurisdicción interviene con carácter sancionatorio y una vez violado el derecho, la ley de derechos del consumidor establece una suerte de jurisdicción preventiva, tendiente a eludir la transgresión del orden jurídico, a condición de que el derecho se halle amenazado³.

³ BARACAT, Edgar, “Tipos de tutela jurisdiccional que puede reclamar el consumidor en defensa de sus derechos”, en “Tutela procesal del consumidor y del usuario”, Panamericana, Santa Fe, 2000, p.21.

Es decir que la autoridad de aplicación, además de aplicar las sanciones establecidas en la LDC (art. 47 LDC), posee, más que la facultad, el deber de: a) ordenar el cese de la violación de la norma (cuando ya es un hecho o una situación evidente) o b) dictar una medida de no innovar (cuando no hay certeza respecto a la violación de la norma pero la urgencia lo amerita).

En este punto, la actuación de oficio deviene determinante en la materia, no constituyendo una potestad sino una verdadera carga positiva de jerarquía constitucional, tal como surge de los artículos 42 de nuestra Constitución Nacional y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Básicamente, el objetivo de las MPA es lograr una protección inmediata al consumidor, ya que son medidas que pueden dictarse en pocos días y detener un grave daño en el marco de una relación de consumo.

Antes de continuar, resulta interesante aclarar, que las MPA no apuntan directamente al daño (como las medidas reguladas en el CCyCN), sino más bien al “cese de la conducta que se reputa en violación” a la ley. Ahora bien, si dicho cese implica que se realicen determinadas conductas, la orden dispuesta por la autoridad será “de hacer” (como lo veremos en ejemplos que más adelante se expondrán).

III. Diferencias con las medidas cautelares

Es muy común que se confunda a las MPA con las medidas cautelares propias del Derecho Civil y Comercial (en adelante MC), sin embargo, tienen importantes diferencias que seguidamente enunciaremos.

En primer lugar, las MPA no buscan asegurar el resultado del sumario, sino de detener la violación a la Ley (a diferencia de las MC, las que apuntan a afianzar el resultado del pleito).

Si bien la doctrina mayoritaria considera que las MPA constituyen un fin en sí mismas y por consiguiente no son accesorias, ya que la Autoridad de Aplicación tiene el deber de dictarlas de oficio al evidenciarse una situación violatoria al ordenamiento consumeril. En general, se dictan en el marco de un procedimiento administrativo de consumo en desarrollo,

o bien, el procedimiento se inicia a partir del dictado de la MPA, luego del cual, en definitiva, se resolverá el destino de la misma (y en caso de no constatarse una conducta violatoria a la LDC, la MPA quedará sin efecto).

En cuanto a la “verosimilitud del derecho”, en las MPA se requiere la existencia de una conducta que se reputa violación a la Ley, así como la posibilidad de ocurrencia del daño, su agravamiento o continuidad. Pero, al igual que en las MC, la verosimilitud debe surgir en grado de “apariencia”, por cuanto no es necesaria absoluta certeza.

Respecto al “peligro en la demora”, en las MPA el peligro se relaciona a que ocurra, continúe o se agrave un hecho dañoso (más aún si afecta a un colectivo de consumidores). A diferencia de las MC, en que el peligro radica en la imposibilidad en la eficacia de la sentencia final.

Desde ya que, existiendo el beneficio de la justicia gratuita para el consumidor, al contrario de lo que sucede con las MC, en las MPA no se requiere ningún tipo de “caución”, ya sea que la medida se dicte de oficio o a pedido de parte.

En relación a su solicitud, las MPA pueden (y deben) ser dictadas de oficio, en tanto el rol activo que debe poseer la autoridad de aplicación como órgano que detenta el poder de policía de consumo, pero también pueden ser dictadas a pedido del consumidor. En este sentido, se diferencia de las MC cuyo dictado deriva exclusivamente a pedido de parte.

Y si hablamos del traslado previo, es claro que en las MC no se cursa notificación al afectado, pues se podría de esa manera frustrar el fin al que apunta su dictado. En lo que refiere a las MPA, las regulaciones nada dicen al respecto, no se requiere tampoco traslado previo, sin embargo, entendemos que si se frustra el objetivo del dictado de las mismas, ello indicaría que el afectado cesó en su conducta violatoria al ordenamiento. En esta parcela, la falta de traslado previo, se encuentra relacionado con evitar la demora del procedimiento, y cumplir con el rol de policía de consumo que la autoridad de aplicación ostenta, velando por el respeto a la Ley.

IV. Impugnación

La forma de impugnar las MPA es un tema actualmente controvertido,

principalmente en regulaciones que siguen el modelo nacional de la Ley 24.240, donde no se encuentra previsto ningún carril impugnatorio. Y esto es lo que sucede en la Provincia de Buenos Aires con la Ley 13.133, la que solo aclara en su artículo 70 que las MPA agotan la vía administrativa.

Ante este panorama, los afectados por una MPA como primer opción, intentan interponer un recurso de reconsideración (o revocatoria) contra la misma autoridad que la dictó. Pero, adelantamos, esta no es la vía correcta. De hecho, la revocatoria solo puede ser interpuesta contra una resolución que deniegue medidas de prueba⁴ no estando prevista para ninguna otra situación.

En otros casos, se sigue el mismo camino impugnatorio que para las Resoluciones Finales administrativas que impongan una sanción, esto es, se interpone una pretensión anulatoria ante la propia autoridad de aplicación que dictó la medida, la que elevará sin más trámite el expediente junto con el escrito de demanda al Juzgado en lo Contencioso Administrativo competente, para allí darle trámite como un sumario de ilegitimidad⁵ (art. 67 en delante del Código Contencioso Administrativo Ley 12.008). Sin embargo, este procedimiento tampoco se encuentra previsto para atacar una MPA, principalmente porque es de larga duración, se permite acompañar prueba y hasta solicitar medidas cautelares requiriendo la suspensión de los efectos de las MPA, desvirtuando totalmente el fin al que apunta el dictado de estas últimas. Es que, sin su efectividad inmediata e ininterrumpida, las medidas preventivas pierden su razón de ser.

En la actualidad, existen regulaciones que sí prevén un claro carril impugnatorio, como sucede en CABA, en donde la Ley 6.407 (que aprueba el Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de CABA) con buen tino modifica el artículo 13 de la Ley 757 y dispone el recurso de apelación contra la providencia que ordena una MPA⁶.

⁴ Conf. Art. 45 Ley 24.240

⁵ Conf. Art. 67 y ss. del Código Contencioso Administrativo Ley 12.008

⁶ Art. 2º - *Modifícase el art. 13 de la Ley 757 (texto consolidado por la Ley 6347) con el siguiente texto: "Artículo 13.- Medidas Preventivas.- En cualquier estado del procedimiento la autoridad de aplicación puede, siempre que exista peligro en la demora y verosimilitud en el derecho invocado, ordenar preventivamente: a) El cese o la abstención de la conducta que se considera violatoria de la Ley. b) Que no se innove la situación existente. c) La clausura del establecimiento, cuando exista peligro actual o inminente para la salud o seguridad de la población. d) La adopción, en general, de aquellas medidas que sean necesarias para la defensa efectiva de los derechos de los consumidores y usuarios. Contra la providencia que ordena una medida preventiva sólo procederá el recurso de apelación, que deberá interponerse y fundarse por escrito, ante la autoridad de aplicación, dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada la medida. El recurso se concederá con efecto no suspensivo, elevándose copia certificada de las actuaciones, dentro de las*

Este vacío normativo vigente, podemos verlo reflejado en un claro caso de “*phishing bancario*”, (los que de un tiempo a esta parte se convirtieron en el “rubro más reclamado” en los organismos locales de defensa del consumidor), denunciado en la Dirección de Defensa del Consumidor de la ciudad de General Juan Madariaga, a raíz del cual la autoridad de aplicación dictó una medida preventiva ordenándole al Banco “...presente informe detallando en estas actuaciones, las medidas de seguridad desplegadas por la entidad a fin de corroborar la identidad del usuario que solicitó tanto los adelantos de haberes, como los préstamos, así como aquellas medidas tomadas a fin de garantizar fidelidad de las operaciones sobre la cuenta N° XXXXXX titularidad de XXXXXXXXXXXXX. Asimismo (...) se abstenga de efectuar los descuentos sobre la cuenta N° XXXXXX titularidad de XXXXXXXXXXXX, originados en préstamos, débitos y adelantos de haberes no autorizados ni adquiridos con el consentimiento de su titular”.

En la misma MPA, la autoridad de aplicación ordena que se “...reintegre el dinero correspondiente a los descuentos ya efectuados por la entidad sobre la cuenta N° XXXXXXXXXXXX titularidad de XXXXXXXXXXXX en virtud de los préstamos, débitos y adelantos de haberes no autorizados ni adquiridos con el consentimiento de su titular, y lo acredite en estas actuaciones”.

Ante esta MPA, el Banco interpuso un recurso de revocatoria contra la misma autoridad que la dictó. Al no estar prevista esta herramienta en la Ley, la autoridad de aplicación decide elevar las actuaciones junto al recurso al Juzgado Contencioso Administrativo competente.

Es así que en su primer proveído, el Juez Contencioso Administrativo entiende que “...a esta judicatura le compete la revisión de la resolución que resuelve definitivamente el tramite administrativo, no así, como se da en el presente, el recurso de revocatoria planteado por la entidad bancaria respecto de medidas dictadas en dicho marco por la citada Omic, haciéndole saber que el tramite que resulta de aplicación supletoriamente es la ley de procedimiento administrativo de la Provincia de Buenos Aires... por lo que el envío a sede Judicial ha sido prematuro”⁷.

veinticuatro (24) horas de concedido, a la Cámara de Apelaciones de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad.”

⁷ Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Dolores, Expte. 18216, 12/11/2020.

A posteriori, el Banco inicia un sumario de ilegitimidad, acreditando que *“...la vía administrativa se encuentra agotada con la resolución de la Oficina Municipal de Defensa del Consumidor de Gral. Madariaga de fecha 04/09/2020, atento la misma es irrecurrible, por no contemplar la ley de procedimiento 13.133, remedio alguno contra dicha decisión, por lo que es un acto definitivo, que habilita la instancia a nuestro Banco”*.

A partir de entonces, esta causa continúa en trámite en el Juzgado en lo Contencioso Administrativo, “adaptando”, el largo procedimiento previsto para impugnar una sanción a una MPA, desvirtuando ampliamente la finalidad con que fue dictada esta última.

Lo descripto más arriba, sucede por la falta de regulación al respecto. Es inminente y necesaria una modificación tanto en la Ley Nacional N° 24.240 como en el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y usuarios (Ley 13.133), que llene este vacío legal y regule sobre la vía correcta para impugnar la MPA.

Como dato de color, en el mes de mayo del corriente año 2021, se presentó en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación un “Proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios de la Nación”⁸, en cuyo artículo 535 se estipula que *“La resolución que disponga medidas preventivas será considerada definitiva a los efectos de su impugnación judicial. Su ejecución es exigible inmediatamente, la impugnación judicial tramitará conforme el artículo 554 y en ningún caso suspenderá los efectos de la medida ni su exigibilidad”*.

En este orden, el artículo 554 del proyecto expresa que *“Las sanciones y las medidas preventivas y de cese dictadas por la Autoridad Nacional de Aplicación, únicamente serán impugnables mediante recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las Cámaras de Apelaciones Federales con asiento en las Provincias, según corresponda al lugar de comisión de los hechos, y será concedido en relación, salvo que hubiese mediado en el trámite de las actuaciones rechazo de prueba ofrecida por el proveedor, en cuyo caso será concedido libremente a ese respecto. La impugnación judicial en ningún caso suspenderá los efectos ni la exigibilidad de las medidas preventivas y de cese”*.

⁸ <https://codigoconsumidor.com/wp-content/uploads/2021/05/1898-D-2021-Proyecto-de-Co%CC%81digo-de-Proteccion-de-las-y-los-consumidores-y-usuarios-de-la-nacio%CC%81n-cpcun-final-.pdf>
. Recuperado el 26/05/21

V. Cumplimiento de las medidas preventivas

Del otro extremo, tenemos a aquellos proveedores afectados por la medida que, a falta de herramientas para impugnar, deciden cumplir lo ordenado por la misma. Para ejemplificar esta situación, tomamos otra medida dictada por la Dirección de Defensa del Consumidor de General Madariaga⁹, a raíz de que, bajo el pretexto de la Pandemia y el aislamiento decretado en el orden nacional, las oficinas comerciales de Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA S.A.) a fines del año 2020 continuaban sin atención, y los usuarios del servicio no tenían un lugar para trasladar sus consultas y/o reclamos específicos del servicio público y esencial de agua potable y desagües cloacales (solo contaban con la mal llamada “OMIC” local). En este sentido, se entendió que esta falta de canales de atención afectaba a todo el colectivo de usuarios del servicio.

De esta manera, y fundamentado principalmente en el deber de información que poseen todos los proveedores (art. 4 LDC) y en la obligación para las empresas prestadoras de servicios públicos de garantizar la atención personalizada a los usuarios (art. 27 LDC), y entendiendo que la correcta información brindada de manera personalizada, evitaría que haya circulación en vano de sectores de la población que podrían calificarse como consumidores hipervulnerables, *“que encuentran barreras de acceso a la información y a la atención por parte de AGUAS BONAERENSES S.A. (ABSA), máxime en el presente contexto de Emergencia Sanitaria debido a la PANDEMIA (COVID-19)”*, la autoridad de aplicación dicta una MPA ordenándole a ABSA S.A. *“...plazo perentorio e improrrogable de 5 (CINCO) DÍAS CORRIDOS procedan a **habilitar la atención** personalizada en la oficina comercial ubicada en...adoptando el protocolo sanitario correspondiente”*, asimismo, intima al prestatario a **informar** *“públicamente en todos los medios de difusión habilitados, horarios y modalidad de atención de la oficina comercial...”*.

Una vez notificada la medida, ABSA S.A. reabrió sus puertas, informando que se habrían realizado adaptaciones en los espacios de atención como también elaborado protocolos de seguridad tanto para los trabajadores como para los usuarios¹⁰.

⁹ Dirección de Defensa del Consumidor de Gral. Madariaga, 11 de diciembre de 2020, Expte. N° 3796/2020

¹⁰ <https://www.madariaga.gob.ar/noticias/28424/tras-la-notificacion-de-defensa-al-consumidor-absa-retoma-la-atencion-al-publico>

Lo mismo ocurrió en un caso en el cual muchos usuarios de un servicio de transporte interurbano, se vieron afectados atento a la suba intempestiva y sin aviso de los boletos de pasaje, justamente en los meses de verano, en los cuales se incrementa el caudal de gente que utiliza aquel medio de transporte para concurrir a sus lugares de trabajo de temporada. Es así que, desde la Dirección de Defensa del Consumidor de Gral. Madariaga, se dicta una MPA¹¹ motivada en que la conducta ut supra referenciada, *“...afecta gravemente los intereses económicos de los usuarios, cuya protección se encuentra expresamente determinada en el artículo 42 de nuestra Constitución Nacional”, alegando además que “...cualquier aumento de tarifa debe encontrarse debidamente justificado y motivado previamente en una Resolución dictada en este caso por la Subsecretaria de Transporte de la Provincia de Buenos Aires, la que debe ser de público conocimiento”.*

De esta manera, **se ordena** a la empresa de transporte a acreditar la “Resolución de la Subsecretaria de Transporte de la Provincia de Buenos Aires que avale el aumento de tarifas aplicado a partir del 1 de enero de 2021. En caso de no estar autorizado, **se abstenga** de seguir aplicando el incremento, **retrotraiga** el valor del boleto al 31 de diciembre de 2020 e **informe** cómo procederá a la devolución de lo abonado demás por los usuarios que utilizaron el transporte desde el 1 de enero de 2021”, disponiendo seguidamente que *“La falta de cumplimiento de las medidas dictadas en autos habilitará el inicio de acciones penales por desobediencia y, asimismo, será considerada como un agravante al momento de emitir resolución definitiva”.*, ya que, si notificada la medida cautelar, no fuera cumplida por el presunto infractor, la autoridad de aplicación debe hacer la denuncia penal en los términos del art. 329 del CP¹². En este caso, la empresa de transporte sumariada, al no poder acreditar la resolución que los habilitaba a practicar tal aumento, inmediatamente retrotrae el valor de sus boletos, y en el descargo presentado, pone a disposición de los usuarios afectados, la oficina en días y horarios determinados durante un mes para que puedas concurrir a hacer efectivo el reintegro del dinero cobrado demás.

En este orden, un “leading case” de las medidas preventivas administrativas, ocurrió en el 2016 en el partido de La Plata, provincia de Buenos Aires, cuando un grupo de vecinos denunció a ABSA S.A., luego de no obtener respuesta del ente de control, porque el agua de

¹¹ Dirección de Defensa del Consumidor de Gral. Madariaga, 04 de diciembre de 2021.- Expte.N° 3802/2020.

¹² ARTICULO 239. - Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal.

la ciudad de Gonnet contenía una gran cantidad de cloruros y solidos muy superiores a lo permitido por el Código Alimentario Nacional, volviéndola no apta para el consumo humano. En este caso, vemos que se encontraban en juego nada más y nada menos que la protección de la salud de todos los usuarios afectados. Es por ello, que el Juzgado de Faltas N° 2 con competencia en Defensa del Consumidor de la ciudad de de La Plata, en ese momento a cargo del Dr. Dante Rusconi, dicta una MPA a través de la cual ordena a la demandada que entregue al colectivo afectado agua potable, según los sub grupos de afectados: al público en general por medio de una delegación municipal, a los “(...) usuarios que por razones de edad, enfermedad u otras circunstancias se encuentren impedidos de desplazarse (...)” en su domicilio, al igual que a todos los centros de afluencia masiva de público localizado dentro de la zona (colegios, centros deportivos, geriátricos, centros de salud, etc.).

Con los ejemplos mencionados, se puede observar que, muchas veces, para que cese la conducta violatoria a la ley, y de esta manera se efectivicen dos principios fundamentales en derechos del consumidor, como lo son la prevención en materia de daños y la tutela judicial efectiva, es necesario que la orden dispuesta por la autoridad de aplicación a través de la MPA sea “de hacer”.

VI. Conclusión

No hay dudas que las Medidas Preventivas Administrativas constituyen una herramienta esencial para que las autoridades de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor puedan ejercer el poder de policía de consumo que detentan, y que permiten una rápida y eficaz solución para los consumidores que se ven afectados por conductas violatorias al ordenamiento consumeril.

En este sentido, engrandecen y reivindicán la labor de las autoridades locales de aplicación (Direcciones, Secretarías u Oficinas Municipales), las que muchas veces son cuestionadas alegando que se “arrogan facultades jurisdiccionales”, o en otros casos subestimadas, bajo la falsa creencia de que en su órbita sólo se resuelven casos de “poco monto”.

Nada más lejos de la realidad, el rol fundamental de las autoridades de aplicación locales se demuestra con la utilización de este tipo de herramientas que el estatuto del consumidor prevé y que en la mayoría de los casos evitan que el consumidor deba llegar a

una instancia judicial para resolver sus conflictos, obtenga un resultado en un plazo más breve y de manera totalmente gratuita.

Si bien, como dijimos, no es un instituto nuevo, se notó un incremento en la aplicación de oficio por parte de los organismos locales en los últimos años, quizás por el riesgo que implica que no esté regulado su forma de impugnación, lo que acarrearía un gasto importante para aquella gestión municipal en el caso de que en el ámbito contencioso administrativo no se resuelva favorablemente a la administración.

Finalmente, concluimos que es imperiosa la necesidad de modificar en esta parcela tanto la Ley Nacional de Defensa del Consumidor N° 24.240, como el Código de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires Ley N° 13.133 (y todas aquellas normas provinciales que no regulan nada al respecto), establecer una acción para impugnar este tipo de medidas y llenando este vacío legislativo, para así garantizar por un lado el derecho defensa, pero también y principalmente, la finalidad y eficacia para las cuales fueron concebidas las Medidas Preventivas Administrativas.

~

Entrevista al Dr. Dante Rusconi: ¿El “otro” o el “único” Proyecto de Código de Protección de los Consumidores?¹³

Por Jorge Oscar Rossi

El Dr. Dante Rusconi, actualmente asesor del Diputado Nacional José Luis Ramón, es el Director del equipo que tuvo a su cargo la redacción del Proyecto de Código de Protección de las y los Consumidores y Usuarios de la Nación, presentado por el Diputado Ramón el pasado 5 de Mayo en la Cámara de Diputados, bajo el Expediente 1898 – D – 2021.

Rusconi, que también es asesor de la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, tuvo a su cargo durante 15 años el Juzgado de Faltas número 2 de La Plata, con competencia en Derecho del Consumidor. Además, es coautor del anteproyecto de “Código Provincial de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios” de la Provincia de Buenos Aires (actual ley 13.133).

El nuevo Proyecto contiene una detallada regulación de los distintos temas que hacen a la disciplina, a lo largo de 647 artículos.

Este articulado se sistematizó en:

* Un Título Preliminar denominado “Esencia de la Protección de las y los Consumidores y Usuarios”,

* Cinco Libros, denominados

– Libro Primero “Políticas Públicas y Autoridades para la Protección”,

– Libro Segundo “Protección en las Relaciones de Consumo”,

– Libro Tercero “Protección en los Contratos de Consumo”,

¹³ El video de la entrevista, así como el texto de los distintos Proyectos, puede verse en esta dirección: <https://camoron.org.ar/videoteca-cam/videoentrevista-el-otro-o-el-unico-proyecto-de-codigo-de-proteccion-de-los-consumidores/>

– Libro Cuarto “Responsabilidad Civil y Penal en las Relaciones de Consumo”,

– Libro Quinto “Garantías para la Prevención y Solución de Conflictos en las Relaciones de Consumo”,

* Por último, un Título Final, con disposiciones finales y transitorias.

Entrevistamos al Dr. Rusconi para que nos cuente las principales características del Proyecto.

Cuadernos de Cijuso: Primero que nada... ¿Por qué un código y no una ley de defensa de los consumidores y consumidoras?

Dante Rusconi: Básicamente, porque hasta ahora no ha habido ningún proyecto de código. Por otro lado, en mi caso particular y de un grupo desde la doctrina venimos diciendo desde hace muchos años que el derecho del consumidor en Argentina, por su enorme desarrollo jurisprudencial y autoral, ya justifica sobradamente una regulación específica e independiente, que deje de lado la idea que se ha instalado lamentablemente también en nuestro país respecto a que el Derecho del Consumidor es un microsistema del Derecho Privado. Este proyecto busca independizar al derecho del consumidor del Derecho Privado.

Yo fui muy crítico en el año 2015, cuando muchos de los contenidos de la ley de defensa del consumidor con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial se replicaron en este, dándose esta especie de protección dual, con en muchos casos normas idénticas en la ley 24240 y en el propio Código Civil y Comercial. Lo que se propiciaba como herramienta de homogeneización y de coherencia entre ambos regímenes era el ya famoso “diálogo de las fuentes”.

Sin embargo, la jurisprudencia ya esta altura nos está dando una pauta de cómo funciona ese diálogo de fuentes: no siempre el diálogo de fuentes opera en beneficio de los consumidores, no siempre el diálogo de fuentes entre las normas de derecho privado y el microsistema de protección de los consumidores se resuelve aplicando el principio de protección o la regla de la aplicación de las normas de la manera que sea más beneficiosa para las personas protegidas para las y los consumidores.

Resumiendo esta idea, con el Proyecto de Código buscamos un renacimiento del

derecho del consumidor, incorporando un montón de otros contenidos que vienen del derecho público.

El proyecto contempla un título entero destinado a los delitos de consumo¹⁴. Además suma una regulación integral de los servicios públicos¹⁵ y servicios públicos esenciales, dejando atrás también esa idea de los servicios domiciliarios servicios públicos domiciliarios que hoy tiene la ley 24240. También se ocupa de las cuestiones del consumo sustentable, con una pormenorizada regulación de todo lo que tiene que ver con la protección del ambiente en el marco de las relaciones de consumo¹⁶.

Asimismo, en la parte procesal y procedimental se contemplan regulaciones muy detalladas, tratando de ensamblar las normas nacionales con las competencias locales en materia del dictado de los procedimientos¹⁷, buscando una aplicación uniforme de la norma en todos los rincones del país independientemente de cuál sea la autoridad de aplicación que intervenga en el caso o cuál sea la jurisdicción que resuelva el conflicto.

En parte me estás respondiendo a una pregunta que te iba a hacer.... Y hablando de normas te voy a preguntar, justamente, este código tiene 647 artículos y los otros proyectos

¹⁴ Delitos en las relaciones de consumo: arts. 326 a 364

° Delitos contra el trato digno (Cobro coactivo, Protección de datos personales)

* Delitos contra la salud e integridad personal (- Omisión de advertencias sobre riesgos a la salud, Delitos con prestaciones aplicadas al cuerpo humano)

* Delitos contra la calidad adecuada (Omisión de aviso y retiro del mercado, Retención y negativa de oferta)

* Delitos contra la buena fe (Estafas contra las y los consumidores, Estafas masivas, Crédito o financiación usuraria)

* Delitos contra el consumo sustentable (Obsolescencia programada, Impacto ambiental.)

* Delitos contra el derecho a la información (Publicidad abusiva)

¹⁵ Servicios públicos: arts. 292 a 312

¹⁶ Protección del medio ambiente en las relaciones de consumo: arts. 164 a 186

¹⁷ Prevención y solución de conflictos ante el Poder Judicial: arts. 365 a 490

Capítulo I Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo

Capítulo II Disposiciones comunes a los procesos individuales y colectivos

Capítulo III. Garantías mínimas para el acceso a la justicia colectiva de consumidores y usuarios

Capítulo IV. Procesos sobre derechos de incidencia colectiva interjurisdiccionales o con alcance en más de una jurisdicción

Capítulo V Procesos especiales

Prevención y solución de conflictos en sede administrativa: arts. 491 a 572

Capítulo I Disposiciones generales

Capítulo II Procedimiento Común

Capítulo III Procedimientos administrativos especiales

Capítulo IV. Procesos sobre derechos de incidencia colectiva interjurisdiccionales o con alcance en más de una jurisdicción

Capítulo V Procesos especiales

están en los 186, 187 artículos. ¿Por qué hacen falta 647 artículos, cuando en los otros proyectos la cuestión supuestamente está resuelta en 180?

- Es que no hay manera de proyectar un código de protección de los consumidores en 180 artículos, por más poder de síntesis que tenga el redactor. No hay manera de contemplar todos los contenidos de la materia. Incluso nosotros dejamos muchas situaciones reservadas para la reglamentación. Pero lo esencial está. Nuestra idea fue no solo capitalizar lo que ya se ha hecho en la materia, sino que además pensamos una protección mirando para adelante, mirando los desafíos que nos deparan las relaciones de consumo en el siglo XXI. Es imposible no detenerse en las cuestiones ambientales, cuando sabemos que la crisis ambiental nos está marcando un horizonte cada vez más próximo.

No podemos seguir postergando cuestiones que tienen que ver con la obsolescencia programada, con las garantías, con la durabilidad de los productos, etc. Son cuestiones que están obviadas o son mencionadas al parecer al pasar en el resto de los proyectos.

Tampoco podemos dejar de pensar en una protección integral en el marco de los entornos digitales¹⁸, en las redes sociales, en los contratos a distancia y en el derecho a la información en los entornos digitales¹⁹.

En definitiva, no podemos proyectar una norma que nazca vieja porque no contempla estas estas situaciones.

¹⁸ Protección en entornos digitales: arts. 228 a 244

¹⁹ Artículo 232.- Habeas data digital. La acción de habeas data contemplada en la Ley N° 25.326, o la que la reemplace, sin perjuicio de lo allí establecido, podrá interponerse en forma individual por las y los consumidores afectados, o en forma colectiva por cualquiera de los legitimados en los términos del artículo 385 del presente Código, con los siguientes objetivos:

- a) Promover alguna de las pretensiones establecidas en el artículo 33 de la Ley N° 25.326, relacionadas con la reputación, identidad o perfilamiento que la plataforma digital o el algoritmo o cualquier otro método automatizado empleado, establecieron en relación a las y los consumidores;
- b) Obtener una requisitoria judicial que obligue a los proveedores, programadores, diseñadores y/u otros requeridos, a brindar acceso a las fuentes y datos para analizar si un algoritmo, inteligencia artificial o proceso automatizado tiene un carácter dañino, discriminatorio, o contrario a los principios y derechos establecidos en el presente Código; y/o
- c) Obtener una requisitoria judicial que obligue a las y los proveedores, programadores, diseñadores o a otros requeridos, a brindar información y explicar los criterios objetivos y subjetivos bajo los que funciona un algoritmo, inteligencia artificial o proceso automatizado en los términos del artículo 109 del presente Código.

¿Qué propone este proyecto para mejorar lo atinente a la autoridad de aplicación?

- El proyecto plantea la creación de una autoridad autónoma, autárquica e independiente del Poder Ejecutivo²⁰, con presupuesto propio y áreas específicas destinadas a los distintos ámbitos en los cuales la autoridad de aplicación tiene que actuar.

No es conveniente que la autoridad de aplicación esté, como hasta ahora, dentro del Ministerio de Producción o dentro del Ministerio de Economía, porque por supuesto que hay conflictos de intereses, dado que el área económica está pensando en fomentar el desarrollo de determinadas actividades productivas.

¿Qué propone este Proyecto para mejorar lo referente a un instituto que se ha desarrollado bastante pero que a mi juicio termina ofreciendo resultados insatisfactorios hoy día, como es el daño punitivo?

- Bueno, hoy día las indemnizaciones en materia de daño punitivo no son lo suficientemente importantes para desalentar la reiteración de las conductas que se están sancionando. Por eso, establecemos pautas concretas de acuerdo a lo que ha venido diciendo la jurisprudencia para establecer cuáles son los supuestos en los cuales la figura es procedente y por otro lado se establece un piso mínimo para la sanción²¹. Contrariamente a

²⁰ Del Sistema Nacional de Protección de las y los Consumidores: arts. 29 a 107

Artículo 29.- Autoridad Nacional de Aplicación. Creación.

Créase la Autoridad de las Relaciones de Consumo de Argentina - ARCA - como organismo descentralizado, autárquico e independiente, ...

Gozará de autarquía funcional y financiera...

En el ejercicio de sus funciones y facultades, la Autoridad de Aplicación no estará sujeta a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo Nacional....

²¹ Artículo 325.- Condena disuasiva o daño punitivo. Se aplicará una condena pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos de la o el consumidor o cuando se compruebe que, a pesar de resarcir el daño,

igualmente conserva u obtiene un beneficio económico proveniente de su acción u omisión antijurídica.

a) En caso de acciones individuales, la condena disuasiva puede pedirla la o el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En este caso, el monto de la condena disuasiva siempre será a favor de la o el consumidor;

b) En las acciones de incidencia colectiva, puede solicitarla cualquiera de las y los legitimados activos para promoverlas. Cuando sea solicitada por la o el consumidor afectado, el monto de la condena disuasiva será a su favor. En el caso de los restantes legitimados activos colectivos, el juez o jueza podrá destinar hasta un veinte por ciento (20%) al legitimado activo y el resto a los

finés que mejor beneficien al colectivo afectado, o a las autoridades de aplicación nacional, provincial o municipal de este Código. La ejecución del monto destinado a beneficiar al colectivo, podrá realizarla el

juzgado por sí, o asignar la ejecución al Fondo Nacional para la Protección de las y los Consumidores y Usuarios (FON.PRO.C.U.), según lo establecido en el Libro Primero, Título II, Capítulo VI del presente Código, o a los fondos provinciales o municipales generados a estos fines según corresponda. En todos los casos, el juez o jueza podrán controlar la ejecución de la tarea encomendada;

lo que a lo que hace en otros proyectos que es establecer un techo, justamente lo que nosotros hemos pensado es que no puede haber un techo para la condena disuasiva, porque la condena justamente se va a cuantificar en función de la naturaleza del sujeto dañador entonces no puede establecerse el mismo techo para proveedores como puede ser una multinacional o el autoservicio de un barrio.

Por otro lado, desde el punto de vista del destino de la de la indemnización que también es otro de los puntos controvertidos, tratamos de zanjar esta discusión estableciendo que el destino de la indemnización cuando es el consumidor individual o es una asociación de defensa del consumidor la que reclama tiene que ir para el legitimado activo, porque es una es una manera de incentivar justamente el reclamo.

No puede ser que quien realiza el esfuerzo de litigar un caso y obtenga una condena disuasiva no reciba el producto de esa indemnización.

Por otro lado, también contemplamos el destino de la indemnización en determinados supuestos, derivándolo a un fondo de protección de los derechos de los consumidores. Por ejemplo, en condenas disuasorias provenientes de una afectación de la generación de un daño moral colectivo, que es otro de los supuestos novedosos que incorporamos en el código. En estos casos, el producto de la indemnización va a ir a incrementar ese Fondo Nacional de protección de los derechos de los consumidores.

Contáme más del daño moral colectivo...

- El daño moral colectivo es una figura que casi no tiene antecedentes en la jurisprudencia salvo dos o tres casos puntuales, como el famoso caso de la Fuente de las Nereidas en Tandil. Pongamos como ejemplo, las conductas contrarias al medio ambiente con

c) Si dos o más proveedores son responsables de la conducta que ha dado lugar a la condena disuasiva, su responsabilidad es solidaria;

d) La obligación de pagar la condena disuasiva no es asegurable.

El monto de la condena deberá fijarse tomando en consideración las circunstancias del caso y, fundamentalmente, sus efectos disuasivos, valorando la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, el patrimonio del dañador, la reiteración o reincidencia en que haya incurrido el proveedor, la conducta que haya observado durante el proceso, entre otros elementos. Dicho monto nunca podrá ser inferior a veinte (20) Salarios Mínimos Vitales y Móviles.

La condena disuasiva es independiente de cualquier otra pretensión regulada en este Código y puede solicitarse de forma conjunta o autónoma.

un manifiesto desprecio para con el mismo. No podemos quedarnos con el cese de las conductas y la recomposición del daño, porque hay una afectación a la comunidad, a la sociedad toda, que no puede permanecer sin reparación²².

Pasemos a otro tema: Cada vez se ven más casos de sobreendeudamiento de consumidores. Todos los proyectos ya presentados se ocupan del tema. ¿Qué tiene para aportar este Proyecto?

- En materia de protección del sobreendeudamiento²³ también se aborda la figura desde todos los aspectos posibles, desde los aspectos preventivos²⁴, desde el punto de vista de la educación financiera y también se prevé la responsabilidad de los proveedores de crédito y financiamiento a los consumidores en el caso que no hagan un adecuado análisis de la capacidad de repago²⁵, es decir, de la solvencia patrimonial de ese consumidor y su grupo familiar. En ese sentido se contemplan deberes agravados de información en estos casos.

También desde el punto de vista procesal se prevén procedimientos específicos para proteger a las personas sobreendeudadas y posibilitarles renegociar sus deudas²⁶ o bien liquidar su patrimonio según la gravedad del caso y según las posibilidades y el consenso que se reúna con los acreedores. Estos mecanismos están pensados tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito judicial, con lo cual se abre un amplísimo panorama y

²² Artículo 323.- Daño extrapatrimonial colectivo. El daño extrapatrimonial colectivo consiste en el menoscabo producido en el ámbito de las relaciones de consumo, al conjunto de creencias, costumbres y significados que componen el patrimonio moral y cultural de la colectividad.

El monto de la indemnización debe fijarse teniendo en cuenta los costos necesarios para el restablecimiento del bien afectado al estado anterior de ser ello posible, o para alcanzar una solución sustitutiva que repare el daño causado, teniendo en cuenta para su determinación y cuantificación, la afectación cierta de la calidad de vida que sufrirán las generaciones presentes y futuras.

²³ Artículo 271.- Noción. Se entiende por sobreendeudamiento a la situación de desequilibrio significativo entre el activo ejecutable y realizable y/o el ingreso regular de la o el consumidor, con las deudas y obligaciones sujetas a cumplimiento por las cuales deba responder; o al desequilibrio patrimonial que comprometa el acceso a la satisfacción de las necesidades cotidianas para mantener condiciones de vida digna propias o de su grupo familiar.

La situación de sobreendeudamiento no requiere la existencia de cesación de pagos.

²⁴ Prevención del sobreendeudamiento: arts. 271 a 291

²⁵ Artículo 276.- Responsabilidad del proveedor. Cuando un proveedor provoque, contribuya de modo significativo, o agrave una situación de sobreendeudamiento o cesación de pagos de la o el consumidor, deberá responder ante el mismo, así como frente a los terceros, por los daños que su accionar genere sin perjuicio de las sanciones que correspondieren....

Artículo 277.- Consecuencia del favorecimiento al sobreendeudamiento.

El proveedor que incurra en la conducta prevista en el artículo anterior no podrá solicitar la quiebra de la o el consumidor contratante ante su cesación de pagos, ni oponer los privilegios de su crédito a los restantes acreedores.

²⁶ Proceso de protección de los intereses económicos del consumidor sobreendeudado: arts. 446 a 469.

nuevas posibilidades de acceder a mecanismos de resolución de conflictos que hasta hoy no existen.

~

Derecho de consumo para niños, niñas y adolescentes: Comentario de la Resolución N° 236/2021 de Secretaria de Comercio Interior. Una breve guía¹

Por Victoria Sofia Pacevicius² y Juan Ignacio Cruz Matteri³

“No sé si ustedes lo habrán notado, pero lo extraño es que nada en este mundo parece nunca perfecto”.
P.G.Wodehouse.” El inimitable Jeeves”

Proemio

En el marco de la semana de las y los Consumidores la Secretaria de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo emitió la Resolución N° 236/2021 mediante la cual se reglamentó el derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescente en materia de consumo. La misma era una deuda pendiente de larga data ya que el derecho, a ser oídos, ya se encontraba consagrado no solo constitucionalmente ,y en leyes locales como ser la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sino también contemplado a nivel internacional en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Ley N° 23.849, y en la Opinión Consultiva N° OC-17/2002 de fecha 28 de agosto de 2002 de la de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH).

Naturaleza jurídica de la protección a niños, niñas y adolescentes en la Resolución N° 236/2021

Una relación de consumo debe ser definida de modo que abarque toda las situaciones posibles en la que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar⁴. Sostiene Barocelli en su libro “Consumidores Hipervulnerables”⁵, en una relación de consumo per se hay una vulnerabilidad estructural, no inherente a la persona sino al rol que ocupa ésta

¹ Publicado originalmente en IJ Editores - Argentina, el 22-03-2021. Cita: IJ-MLVIII-286

² Abogada con orientación en Derecho Privado y Derecho Notarial. Facultad de Derecho. UBA

³ Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Premio Mejor Joven Profesional de la Pcia de Bs As otorgado por Colproba (2017). Arbitro Institucional en el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo.

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul - Sala I. S., S. L. Y OTRO c/ AC/ M., P s/ Daños y perjuicios. 19-12-2015. El Derecho - Digital, 2015. Cita digital: ED-DCCCXXII-432

⁵ Barocelli. Sergio Sebastián. Consumidores Hipervulnerables. Editorial El Derecho. 2018. Buenos Aires

en la sociedad de consumo y las fallas del mercado, es decir el sujeto es vulnerable⁶ por el mero hecho de ser “consumidor”⁷. Sin embargo, a esta vulnerabilidad estructural, en algunos casos, se adicionan otras vulnerabilidades que pueden estar vinculadas a su edad, condición psicofísica, de género, socioeconómica, entre otras. Consecuentemente, es por ello que dichos sujetos requieren de una tutela especial por parte del Estado antes, durante y después de contratar.

Es por ello que, la presente resolución se complementa con la Resolución N° 139/2020, emitida por el mismo organismo, mediante la cual se definió la categoría de “Consumidores Hipervulnerables”.⁸

En el art 1° de la norma de marras encontraremos que “ las denuncias o reclamos que presenten por si las y los adolescentes, entre los TRECE (13) y DICISIETE (17) años, en virtud de sus relaciones de consumo ante la Ventanilla Única Federal de Defensa del Consumidor (VUF), el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC)⁹ de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo, serán atendidos de conformidad con los objetivos y funciones encomendadas a la SUBSECRETARÍA DE ACCIONES PARA LA DEFENSA DE LAS Y LOS CONSUMIDORES de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO, en el Artículo 3º de la Resolución N° 139 de fecha 27 de mayo de 2020 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR del MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO..” Se puede apreciar la demarcación de los sujetos activos a impulsar denuncias de consumo como también la concordancia con el CCYC ya que en el se distinguen tres grupos de personas, según su situación etaria: aquellos menores de 13 años –niños y niñas–, aquellos mayores de

⁶ “Para hacer alusión a la debilidad del consumidor se echa mano a los conceptos de hiposuficiencia, subordinación estructural o deficiente poder de negociación. (...) Indican diferentes situaciones lo suficientemente ilustrativas para dar una idea global de las variadas manifestaciones condicionantes referidas. Rusconi, Dante D. Manual de Derecho del Consumidor. 1° Edición. Buenos Aires 2009. Editorial Abeledo Perrot. Pg 11

⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal - Sala II Usuarios y Consumidores Unidos c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación s/incumplimiento de prestación de obra social/medicina prepaga. 20-10-2020. El Derecho – Diario, Tomo 289. Cita digital: ED-CMXXXV-600

⁸ Vease Cruz Matteri, Juan Ignacio. Estudio exegético de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación: Consumidores Hipervulnerables. Publicado en IJ Editores <https://www.legister.com>. SAIJ. Id SAIJ: DACF200157

⁹ N.A Para mayor información relativa al arbitraje de consumo recomendamos la lectura de Rivera, Julio Cesar. Arbitraje Comercial, Internacional y Domestico. Segunda edición actualizada. Pgs 258 y ss. Buenos Aires 2014. Editorial Abeledo Perrot. Laquidara, José Luis. El arbitraje de consumo en Argentina. Un análisis positivo a tres lustros de su vigencia. Derecho y Ciencias Sociales. Octubre 2015. N° 13 .Pags 112-127 . ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP

13 años –adolescentes– y los mayores de 18 años –adultos–. y cuando cuentan con edad y grado de madurez suficiente, pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos (art. 26, párr. 2º). Si pueden consumir, si es un público que busca ser cooptado por los diferentes proveedores de bienes y de servicios, es lógico que también puedan iniciar denuncias y reclamos de sus relaciones de consumo. Como pueden celebrar contratos también pueden conminar a sus co contratantes a su cumplimiento.¹⁰

Los reclamantes podrán optar por emplazar sus denuncias por tres canales diferentes (con tres efectos diferentes) : Ventanilla Única Federal de Defensa del Consumidor (VUF), el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo (SNAC). En el primero los adolescentes realizan una denuncia ante la autoridad de aplicación y esta, vía sus buenos oficios, busca una solución al conflicto. En el segundo caso se apela a la solución via el instituto de la conciliación (consumidor-conciliador-proveedor de bienes y servicios) y por último el arbitraje: el consumidor deja en manos de un tercero imparcial la controversia consumeril.

En su parte final, al complementarse con la Resolución N°139/2020, la denuncia será atendida de forma prioritaria materializándose con estrategias dinámicas, personalizadas y ágiles a fin de resguardar los derechos de los consumidores hipervulnerables y tratando de ese modo, minimizar la desigualdad estructural agravada por la edad del consumidor.

La expresión del consentimiento por parte de los niños, niñas y adolescentes [arriba]

ARTÍCULO 2º.- En los supuestos de reclamos realizados por adolescentes, para la suscripción del Acta bastará con su manifestación de la voluntad tanto para el comienzo, como para la continuación o el cierre del procedimiento conciliatorio. El acta de conciliación deberá redactarse en lenguaje claro y con una redacción simple, de manera tal que haga efectiva la comprensión de lo que se lee, de conformidad con lo dispuesto en los incisos a) y b) del Artículo 4º de la Resolución N° 139/20 de la SECRETARÍA DE COMERCIO INTERIOR.

El espíritu normativo del artículo que nos precede se redactó conforme al Art 2

¹⁰ N.A Esta idea se sustenta en que el discernimiento para actos voluntarios lícitos se adquiere a partir de los trece años (arts 260 y 261 inc c CCYC)

Párrafo 12 de la Observación General Nº 12 (2009)¹¹ Cuando actúen adolescentes, bastara en todo el proceso (inicio, prosecución y cierre) su manifestación de voluntad. Notar que se hace mención del término “suscripción del acta” entendiéndose que el art 2° se refiere al adolescente y la conciliación de consumo (ya que la VUF como en el SNAC no se labran actas de cierre). A renglón seguido hace mención de los cuidados que deberá tener el conciliador, y el proveedor de bienes y de servicios al proponer una eventual clausula al acuerdo, ya que esta deberá estar redactada en un lenguaje claro y simple. De no ser así no se estaría cumplimentando con el deber de información al consumidor, facultando a este a solicitar la nulidad de las actuaciones.

Se debe tener mucha cautela con el artículo de estudio, ya que en la práctica forense de consumo, los conciliadores y los letrados, no están acostumbrados a tener ante ellos requirentes que sean niños, niñas y adolescentes; queda abierto el interrogante si serán necesarias capacitaciones obligatorias a ambos grupos de profesionales del derecho.

Los representantes legales: su función

ARTÍCULO 3°.- Las niñas, niños y adolescentes podrán, participar de las audiencias que se celebren por reclamos que involucren sus derechos y que sean presentados por sus representantes legales.

La potestad de participar de las audiencias no es solo de los adolescentes, sino también de aquellos niños y niñas que vean un menoscabo en sus derechos de consumo. En la interposición de los reclamos los infantes serán representados por sus representantes legales. El término de “audiencias” es genérico, compatible a las tres formar de resolución de conflicto que se encuentran en el Art 1°. El rol de los padres o representantes legales es de un mero acompañamiento al menor y de ser garantes de que los infantes intervinientes sean escuchados.

Concordancia con instrumentos internacionales

ARTÍCULO 4°.- La presente medida se dicta en consonancia y de conformidad con el

¹¹ O.N.U. Comité de los Derechos del Niño. 51° Periodo de Sesiones. OBSERVACIÓN GENERAL Nº 12 (2009).El derecho del niño a ser escuchado. Publicado en CRC/C/GC/12 20 de julio de 2009 https://www.acnur.org/fi_leadmin/Documentos/BDL/2_011/7532.pdf

inciso c) del Artículo 27 de la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, en lo que refiere a la figura del Abogado de la Niñez.

El art hace mención a lo establecido en la Observación General No. 13, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, en donde se garantiza que los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos¹². Otro fundamento jurídico de rigor lo encontramos en el art. 27 de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, donde se impone a los Organismos del Estado el deber de garantizar a las niñas, niños y adolescentes -en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte-, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Por último se invita a otras jurisdicciones a que adhieran y adopten mecanismos pertinentes para la defensa de los derechos del consumidor niño, niña y adolescente

Colofón

Haciendo uso de las palabras de Wodehouse, con la cual dimos inicio a este artículo,

¹² Artículo 14 - Administración de justicia, 21º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154 (1984)

sabemos que nada en el mundo es perfecto, pero si podemos dar pequeños pasos para alcanzar esa perfección, y este es uno de ellos. Dejar en claro que adolescentes y niños/as pueden impulsar y participar en la resolución alternativa de conflictos en el ámbito de la D.N.D.C (dependiendo si el uno o el otro) es una forma de ampliar derechos. ¿Quién mejor que ellos para explicar con gran maestría porque determinada aplicación no funciona o porque tal o cual plataforma electrónica no le brindan los servicios pactados? Si ellos son los actores principales en la relación de consumo es dable esperar que ellos sean los propios artífices de sus reclamos. En otras palabras: más derechos para más consumidores.

~

La excesiva onerosidad sobreviniente, la debilidad estructural y la doctrina de la “fuerza mayor social”: reflexiones en torno a lo imprevisible y lo inevitable¹

Por Jorge Oscar Rossi²

SUMARIO: I. Introducción. II. Resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente. III. El instituto en el Código derogado y en el CCC. IV. ¿Las devaluaciones son imprevisibles o son inevitables para el débil estructural? Hacia la adopción del concepto de “fuerza mayor social”. V. Un ejemplo - Alquiler en dólares y excesiva onerosidad sobreviniente: Si no se puede creer en el Presupuesto Nacional... VI. Algunas conclusiones generales, a la luz del caso reseñado.

I. Introducción

La previsibilidad contractual resulta especialmente problemática en economías inflacionarias y sujetas a históricos vaivenes, como la nuestra.

Por "previsibilidad contractual" nos referimos a la probabilidad de prever la distribución de riesgos y costos en contratos de duración, cuando la misma es prolongada.

Con la expresión “contratos de duración”, nos referimos a aquellos cuyas obligaciones no son de cumplimiento inmediato, es decir, hablamos de contratos con obligaciones de cumplimiento diferido, o de ejecución continuada y/o de cumplimiento periódico.

El Código Civil y Comercial (CCC), se ocupa de los mismos en el art. 1011 agregándole el adjetivo “larga”. Así, busca regular en el citado artículo un aspecto de los "contratos de larga duración" y parece definirlos como aquellos donde *"el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar"*.

¹ El presente es una versión modificada del artículo "La excesiva onerosidad sobreviniente y la doctrina de la “Fuerza Mayor Social”: Reflexiones en torno a lo Imprevisible y lo Inevitable", que fuera publicado en el N°1 de la "Revista de Derecho Privado" del Colegio de Abogados de Morón (disponible en <https://camoron.org.ar/wp-content/uploads/2021/05/Revista-de-Derecho-Privado-Revista-Juri%CC%81dica-Digital-Volumen-I.pdf>)

² Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones", y “Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" en la Universidad Abierta Interamericana. Secretario Técnico Académico del Colegio de Abogados de Morón.

Pensamos que, a esos fines, carece de relevancia que la duración sea "larga" o "corta", además de introducir innecesariamente un término de indudable vaguedad. En efecto, si una persona necesita una bicicleta por una hora y la alquila por ese tiempo, dicho tiempo "es esencial para el cumplimiento del objeto", porque lo que se buscaba era usar y gozar de la bicicleta por una hora, sea ese tiempo "corto" o "largo".

Dicho de otra manera, los contratos de "larga duración" no son los únicos donde "el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto".

En cambio, una nota distintiva de los "contratos de larga duración" es la menor previsibilidad. Podría decirse que, a mayor duración del contrato, menor probabilidad de prever, en el momento de su celebración, las variaciones en el escenario económico que sobrevendrán a lo largo de su extensión. De eso parecen ocuparse los siguientes párrafos del art. 1011 y decimos "parecen" porque, en definitiva, no hacen más que establecer que las partes deben comportarse de buena fe y no ejercer abusivamente sus derechos³, con lo que bastaban los arts. 9, 10 y 961 CCC, entre otros.

Como veremos, en el tema del que nos ocuparemos, el tiempo de duración del contrato es relevante porque, en principio, es más probable anticipar las condiciones económicas imperantes en los próximos siete días que en los próximos siete años.

Decíamos que la previsibilidad contractual resulta especialmente problemática en economías inflacionarias y sujetas a históricos vaivenes. El "remedio" jurídico para este problema, es la posibilidad de resolver o adecuar el contrato en razón de una excesiva onerosidad sobreviviente producida por acontecimientos extraordinarios y ajenos a las partes.

Sin embargo, paradójicamente, en economías sumamente cambiantes como la nuestra, resulta difícil predicar la "extraordinariedad" de un acontecimiento o, lo que es lo mismo, su carácter de imprevisible.

³ "...Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos."

Inflación, devaluación, recesión, control de cambios, retenciones a las exportaciones, restricciones a las importaciones, suba de tasas bancarias, etc., ¿pueden considerarse acontecimientos “extraordinarios” en la República Argentina? O, mejor dicho, ¿cuándo pueden considerarse como acontecimientos extraordinarios?

No se nos escapa la diferencia entre “posibilidad” y “probabilidad”. La previsibilidad está relacionada con la probabilidad, es decir, con la frecuencia con la que se produce un suceso. Cuanto más frecuente, más probable y, por ende, más previsible, más “ordinario”. Cuanto menos frecuente, más improbable y, por ende, más imprevisible, más “extraordinario”.

¿Es posible que una persona gane a la lotería? Si, pero es poco probable porque los ganadores de la lotería son una muy pequeña fracción de los que compran los números. ¿Es posible una devaluación en la Argentina? Si, lo es (y podríamos decir lo mismo de cualquier país). Pero la pregunta que nos desvela es otra: ¿Es probable una devaluación del 1000% del valor del peso, con relación al dólar en la Argentina, en los próximos cinco años? Esa pregunta es más compleja porque lo que en realidad queremos saber, en ese ejemplo, es "cuan probable" es una devaluación en la Argentina del 1000% del valor del peso. ¿Hay un 80% de probabilidades, o un 10% de que eso se produzca?

En esa misma línea de ideas, sabemos que, a mayor conocimiento, a mayor experticia respecto de un tema, existe una mayor previsibilidad de las consecuencias y/o de la evolución del mismo en el futuro. Este concepto lo recoge el art. 1725 del CCC, al establecer 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."

A contrario, menor es la capacidad de previsión para el profano, pero aun en caso de poder prever un acontecimiento futuro (vgr. enfermedad, pérdida de trabajo, devaluación, etc.), estos sucesos son a menudo inevitables para aquellos que necesitan contratar para adquirir bienes y/o servicios cuso uso les viene “impuesto” por razones laborales, económicas, sociales y/o familiares. Estas personas están en situación **de debilidad negocial o estructural** a la hora de relacionarse jurídicamente con la contraparte, porque su capacidad de negociación y/o de elección se encuentra fuertemente disminuida o, directamente, no existe.

II. Resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente

Recordemos, en primer lugar, que la excesiva onerosidad sobreviniente no estaba contemplada en la versión original del Código Civil, sino que fue incorporada por la reforma de la ley 17.711, al modificarse el artículo 1198.

Es que, para Vélez Sarsfield, el principio capital en la materia era que *"El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos"*, (parte final de la nota al artículo 943 Código Civil)

La reforma de la ley 17.711 incorporó la posibilidad de extinguir y/o modificar el contrato por excesiva onerosidad sobreviniente a nuestro Código Civil, a través de la modificación del artículo 1198.

De esta manera, se adopta en plenitud el antiguo principio *"pacta sunt servanda rebus sic stantibus"* (los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así, es decir, deben cumplirse los contratos mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no cambien).

III. El instituto en el Código derogado y en el CCC

A continuación, vamos a comparar la regulación de este instituto en el Código derogado y en el CCC:

Art. 1.198 del Código Civil: *"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.*

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato."

Art. 1091 del CCC: **Imprevisión.** Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.

En los fundamentos del Anteproyecto, solo se expresa que “En relación a la extinción, modificación y adecuación del contrato se siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones.⁴”.

Sin perjuicio de que el tratamiento es similar en el Código Civil y en el CCC, pueden observarse las siguientes diferencias:

1) Método: En cuanto al método, se ubica el artículo, adecuadamente, dentro del LIBRO TERCERO - DERECHOS PERSONALES, en el Título II (Contratos en general), en un capítulo específico (CAPÍTULO 13), titulado "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

2) Denominación: Se le da expresamente a este instituto el nombre de “imprevisión”.

3) Supuesto fáctico: Mientras que el artículo 1198 expresa que el supuesto fáctico se configura cuando “la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”, el art. 1091 del CCC declara que este tendrá lugar cuando “la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada”.

En realidad, pensamos que simplemente se mejora la redacción al resaltarse, como ya lo venía haciendo la doctrina y jurisprudencia que

a) Debe tratarse de una “alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración”, es decir, un cambio imprevisible en las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar.

⁴ “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación,” Biblioteca Digital, consulta 2 de abril de 2021, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>. (página 634)

b) que sea producida *por causas ajenas* a las partes.

c) También *debe ser ajeno al riesgo asumido por la parte que es afectada*. Al respecto, entendemos que este concepto se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el CCC en relación al caso fortuito, en cuanto eximente de responsabilidad.

En efecto, el art. 1733 del CCC, referido a la responsabilidad por caso fortuito, dispone que

“Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:… ..e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad.” (el subrayado es nuestro)

Si bien la redacción no es la mejor, aquí se recalca que para que algo sea considerado caso fortuito, *debe ser un suceso ajeno al riesgo propio de la cosa o la actividad*. Lo mismo ocurre con la excesiva onerosidad sobreviniente. Sin embargo, la expresión *“riesgo asumido por la parte que es afectada”* puede ser objeto de distintas interpretaciones. Por ejemplo:

* Por *“riesgo asumido por la parte que es afectada”* se puede entender que la parte puede haber renunciado expresamente a invocar la imprevisión por excesiva onerosidad, respecto del probable acaecimiento de un riesgo concreto, como ser una devaluación. Al respecto, entendemos que tal renuncia, siempre que no sea genérica y se refiera, como dijimos, al acaecimiento de un riesgo concreto, es válida, siempre y cuando estemos en el campo de los contratos paritarios. En cambio, tratándose de contratos por adhesión o de consumo, la renuncia del adherente o del consumidor se tendrá por no escrita, a tenor de lo dispuesto en el inc. b del art. 988 CCC (aplicable también a contratos de consumo, por remisión del art. 1117 CCC)

* También, y esto nos preocupa mucho más, por *“riesgo asumido por la parte que es afectada”*, se puede entender, en forma amplia, que cada parte asume *implícitamente* todos los riesgos emergentes de las obligaciones a su cargo. Con este razonamiento, quien se comprometió a pagar un precio en moneda extranjera, asume cualquier variación en el tipo de cambio, sin importar el motivo. Creemos que esta interpretación termina haciendo inoperante al art. 1091 porque implicaría volver al principio Velezano: *“El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”*.

4) Modo de ejercicio y tipo de pretensión: Por otro lado, queda claro, despejándose dudas que planteaba la anterior redacción, que este remedio puede ejercerse

extrajudicialmente o por la vía judicial y, en este último caso, tanto como acción o como excepción y que, en cualquier supuesto, puede solicitarse la extinción del contrato o de alguna de sus partes o *solamente* la modificación (adecuación) del mismo, a las actuales circunstancias.

5) Contratos incluidos: Con detalles de redacción, en ambos textos el instituto está previsto para contratos conmutativos y aleatorios, siempre que contengan obligaciones de ejecución diferida (vgr.: a plazo) o cuya ejecución no sea instantánea (vgr.: obligaciones “de duración”)

6) Legitimación activa: Expresamente se legitima a un tercero para invocar este instituto, *cuando “le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato”*.

IV. ¿Las devaluaciones son imprevisibles o son inevitables para el débil estructural? Hacia la adopción del concepto de “fuerza mayor social”

De lege ferenda, pensamos que en un país como el nuestro, la resolución o adecuación del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente no debe regularse exclusivamente en función de lo “extraordinario” del acontecimiento que altere las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sino de lo “inevitable” de dicho acontecimiento, en forma similar al caso fortuito.

Así como se considera caso fortuito o fuerza mayor “al hecho que no ha podido ser previsto *o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado*” (art. 1730 CCC), la resolución o adecuación del contrato debe proceder cuando “la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria *o inevitable* de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada”.

Utilizamos el término “inevitable”, en el sentido de “irresistible” y ajeno al actuar de las partes y al riesgo asumido por ellas⁵. En última instancia, lo relevante, en nuestra opinión, no es tanto el determinar si nos encontramos ante “circunstancias extraordinarias e

⁵ Al respecto, nos remitimos a lo expresado, supra, en el desarrollo del punto III.

inesperadas", cuanto a si nos hallamos frente a situaciones ajenas a la voluntad de las partes y que producen un importante desequilibrio prestacional.

Al respecto, un trabajo pionero en nuestro país es el de la Dra. Teodora Zamudio, en el artículo «La doctrina de la "social force majeure" y la protección del consumidor», donde estudia este concepto, desarrollado por parte de la doctrina europea, y destaca que «(l)a noción tradicional de "fuerza mayor" está referida...a circunstancias extraordinarias e inesperadas ajenas a las personas o sujetos a los que afecta, generalmente los llamados "hechos del príncipe». En la doctrina de la «social force majeure» el concepto es adoptado para *situaciones ordinarias pero ajenas a la voluntad del deudor*.”⁶ (la cursiva nos pertenece)

Como ejemplo de esas “*situaciones ordinarias pero ajenas a la voluntad del deudor*”, Zamudio menciona enfermedades graves, despidos sin causa, divorcios y otras situaciones que afecten la capacidad de pago del deudor. Agregamos, por nuestra parte, otras situaciones que pueden considerarse “extraordinarias” en muchos países, pero que en otros, como es el caso del nuestro, están casi “naturalizadas”, tales como una devaluación, “cepos cambiarios”, limitaciones a la importación y/o la exportación, abruptas escaladas inflacionarias, etc.

V. Un ejemplo - Alquiler en dólares y excesiva onerosidad sobreviniente: Si no se puede creer en el Presupuesto Nacional...

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar a una medida cautelar innovativa y resolvió a fijar provisionalmente el precio del canon locativo a un tipo de cambio de \$35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018.

El Tribunal consideró que las pautas macroeconómicas que el Poder Ejecutivo Nacional empleó para elaborar los presupuestos de los años 2017 y 2018 consideraban un tipo de cambio que no hacía suponer que a los nueve meses de la firma del contrato, el valor del dólar pasaría de \$18,436 a estar en torno a los \$40.

Así lo resolvió la Sala F, el 9 de abril de 2019, en los autos “**AMERICA T.V. S.A. c/ PRACTIPLUS S.A. s/ORDINARIO**”.⁷

⁶ Disponible en Internet, en [http://www.cijuso.org.ar/resources/libros/240221074223_doctrina-fuerza-mayor-social_Teodora-Zamudio%20\(1\).pdf](http://www.cijuso.org.ar/resources/libros/240221074223_doctrina-fuerza-mayor-social_Teodora-Zamudio%20(1).pdf) . Consultado el 26/02/21

⁷ Nota y fallo completo disponibles en <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/contratos/alquiler-en-dolares-y-excesiva-onerosidad-sobreviniente-si-no-se-puede-creer-en-el-presupuesto-nacional/> . Consultado el 2 de abril de 2021

La actora pretendía que, mientras dure el proceso instado en pos de reajustar el contrato de locación de inmueble suscripto entre las partes el día 27/12/2017 (conf. art. 1091 CCC), se establezca provisionalmente su precio en el valor promedio entre el tipo de cambio del dólar estadounidense al momento de celebración del contrato (\$18,436) y el que publique el BCRA para el día en que se emita la factura por cada canon locativo mensual.

En primera instancia se denegó la cautelar innovativa pretendida **por entender que existía coincidencia entre la cautelar y el objeto del litigio, además de considerar faltos de acreditación -en los términos del art. 195 CPCC- los presupuestos que justificarían la aplicación del art. 1091 CCC.**

En este sentido, el sentenciante precisó que no ignoraba la devaluación sufrida por la moneda nacional como tampoco el impacto que ello aparejaría para los contratantes, pero señaló que no era factible determinar en este estadio inicial que tal posibilidad no hubiera sido deliberadamente prevista o contemplada por las partes al haber sido estipulado el precio del canon locativo en dólares.

Apelada la resolución, la actora planteó primeramente que la pretensión no se limitaba a una mera modificación del tipo de cambio, sino que la adecuación del contrato podía realizarse ajustando cualquiera de las variantes relevantes para la determinación de las prestaciones a cargo de las partes. De ahí se derivó la inexistencia de identidad entre los objetos de la cautelar y la acción principal. En segundo término, afirmó que **no era previsible para las partes un desequilibrio tan severo en las prestaciones a su cargo ya que en algunos meses, un contrato por cinco años que tenía un valor de \$17.697.600 pasó a costar por los cuatro años y tres meses restantes la suma de \$34.107.847.** Explicó que las partes no pudieron prever más que las pautas macroeconómicas que el Poder Ejecutivo Nacional empleó para elaborar los presupuestos de los años 2017 y 2018 que fijaron: (i) un tipo de cambio de \$17,92 por cada dólar estadounidense para el año 2017; \$21,21 por cada dólar para el año 2018 y \$23,53 para el año 2019 en el caso de la Ley 27.341 y (ii) un tipo de cambio de \$19,30 por cada dólar estadounidense para el año 2018; \$20,40 por cada dólar para el año 2019, \$21,20 para el año 2020 y \$21,90 para el año 2021 según Ley 27.431. Derivó de allí que **no podía suponerse para ninguna de las partes, a los nueve meses de la firma del contrato, la suba del dólar en torno a los \$40.** Por ello, a su juicio se encontraba acreditada la verosimilitud de su derecho en tanto habían quedado probadas las circunstancias existentes

al tiempo de la celebración del contrato y que la alteración sobrevino por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido (art. 1091 CCC).

En la Alzada se compartieron estos argumentos, por considerar que **“dentro de la órbita cautelar, se ha enfatizado que la moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor “eficacia” de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere.”** (la negrita es nuestra)

En ese sentido, **“cabe resaltar la importante reforma que trajo el Código Civil y Comercial en cuanto a la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1708 y 1710), consagratoria del deber de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido.**

Las “acciones preventivas” -en rigor, “pretensiones preventivas”- de los arts. 1711 a 1713 cód. cit. llegan, entonces, tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese. Y es dable conjeturar que **mientras no sean reguladas en los códigos de forma locales podrán ser ejercidas de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio -v. gr. mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc...”** (la negrita es nuestra)

En cuanto a la verosimilitud del derecho, **“en el escenario propuesto por el propio Estado en las Leyes Presupuestarias para los años 2017 y 2018, queda prima facie demostrado que el incremento de la cotización de la moneda extranjera estadounidense en relación a nuestro peso superó las expectativas que una persona con diligencia razonable habría tenido al momento de contratar. Y es lógica la inferencia de su impacto en el incremento de la prestación a cargo de la locataria; todo lo que podría configurar la situación de excesiva onerosidad a la que alude el art. 1091 CCYCN.”** (la negrita es nuestra)

En virtud de lo anterior, **“ponderando que en el inmueble en cuestión trabaja el personal de “Red Celeste y Blanca SA” (empresa del Grupo América desde la que se emite la señal de radiodifusión “La Red AM950”, “FM Blue 100.7” y la redacción del portal digital “Primicias YA”) que mancomuna alrededor de 120 empleados... entiéndese conducente otorgar la medida innovativa solicitada tendiente a fijar provisionalmente el precio del canon locativo a un tipo de cambio de \$35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018.**

*La forma en la que se ha dispuesto la tutela jurisdiccional -acotando sus alcances temporales hasta julio de este año- **pretende servir al propósito de que sean las propias partes quienes en ese lapso autocompongan sus diferencias y puedan acordar consensuadamente el reajuste equitativo del contrato de locación.***” (la negrita es nuestra)

VI. Algunas conclusiones generales, a la luz del caso reseñado

VI.1) **El Presupuesto Nacional como ejemplo de “pauta objetiva de normalidad”**: La fundamentación de la sentencia de Alzada, que acoge el argumento de la actora, nos parece excelente.

En efecto, al interrogante de cómo acreditar que la alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración es “extraordinaria” en un país como el nuestro, donde terminamos “naturalizando” lo extraordinario; a la pregunta acerca de qué pauta objetiva utilizar para prever el futuro de las variables económicas, se contesta: el Presupuesto Nacional.

A través del Presupuesto Nacional, los poderes públicos informan a la ciudadanía su plan de asignación de recursos y su previsión respecto de la evolución de las variables económicas.

Dada la índole del emisor, cabe presumir:

1) La profesionalidad del informe, es decir, que quienes lo hicieron, saben de lo que están hablando.

2) La sinceridad del mismo, es decir, que quienes lo hicieron, no están mintiendo. Dicho de otra manera y aplicado al caso concreto, no están poniendo, a sabiendas, un tipo de cambio y/o un porcentaje de inflación proyectada falsos.

Este tipo de cambio y esta inflación proyectada en el presupuesto nacional configurarían el escenario económico previsto para los próximos años.

No se nos escapa un argumento en el que debe estar pensando más de un lector y que, expresado en forma coloquial sería:

“En la Argentina, "sabemos" que los números del presupuesto nacional están "dibujados".

Es decir, la experiencia nos enseña que las cifras del presupuesto son irreales y que las estimaciones que en él se encuentran casi nunca se cumplen.

Al respecto, pensamos que más allá de la certeza histórica de estas afirmaciones, convalidarlas implicaría:

1) aceptar la incapacidad del Estado para prever las variables económicas que se producirán al cabo de un año, lo que es equivalente a "naturalizar" la inutilidad del presupuesto nacional.

2) o, peor aún, aceptar que el Estado engaña a sus ciudadanos, pues a sabiendas proyecta un presupuesto con cifras que sabe que son ilusorias.

3) sea por lo expresado en 1) o en 2), se termina aceptando que el Estado cambie discrecionalmente las reglas de juego en materia económica, sea por vía de aumentos de impuestos no previstos, devaluaciones sorpresivas, emisiones monetarias y/o medidas excepcionales justificadas por la emergencia.

4) La consecuencia de todo lo anterior es que *el Estado se encuentra siempre "legitimado" para variar las reglas del juego*, decidiendo a su gusto cuando nos encontramos ante una "emergencia" producto de una "situación extraordinaria" que el mismo Estado califica como tal⁸, mientras que los particulares se encuentran sumamente dificultados para demostrar la existencia de esos acontecimientos extraordinarios por carecer de parámetros confiables de "normalidad", dado que, si dejan de lado la información oficial, por no “creer” en ella, no disponen de ningún marco objetivo que les permita diferenciar la “normalidad” de la “anormalidad”.

⁸ Por ejemplo, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 566/2019, (BO 16/08/19), dispuso el congelamiento del precio de los combustibles durante los próximos 90 días teniendo como base los valores vigentes al 9 de agosto de ese año.

En sus fundamentos, el Poder Ejecutivo expresó que "(a)nte la magnitud de los recientes acontecimientos económico financieros desencadenados, de público conocimiento, es obligación del Poder Ejecutivo Nacional utilizar los instrumentos a su alcance y adoptar las medidas específicas necesarias para proteger a los consumidores".

5) En definitiva, y esto es lo que nos interesa puntualizar, **ejemplos como este demuestran lo complejo que es el deslinde, en economías como la nuestra, entre los sucesos ordinarios o normales y los extraordinarios o anormales.** De lo que no caben dudas es que, devaluaciones como la reseñada, son inevitables para los particulares.

VI.II) **El campo de aplicación:** Por otro lado el supuesto factico de aplicación de una solución como la propuesta en el fallo en análisis, no se agota en el caso de contratos con obligaciones de entregar dólares u otra moneda extranjera, sino en todas las obligaciones de valor, por ejemplo, los casos donde el precio se fije con relación al valor de una cosa cierta⁹, o aquellos donde el porcentaje de inflación difiera notablemente del proyectado en el Presupuesto Nacional¹⁰. Por otro lado. Las conclusiones del caso son con mayor razón aplicables a los contratos por adhesión y/o de consumo.

VI.III) **La resolución de la Alzada:** En lo que discrepamos es en la solución dispuesta por el Tribunal. Nos parece que la fijación de un monto fijo (**\$35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018), en lugar de un porcentaje (vgr. 60% de valor a cargo del locatario, 40% a cargo del locador), impide que la cautelar se adecue a las contingencias que pueden sobrevenir hasta el dictado de la sentencia definitiva¹¹, lo que puede generar pedidos de modificación de cualquiera de las partes del proceso.**

VI.IV) **La conveniencia de incorporar en nuestra normativa el concepto de fuerza mayor social:** Por las razones expuestas, nos parece importante incluir este instituto en nuestra legislación. A tal fin y como mero ejemplo, el mismo podría regularse de la siguiente manera:

“Ante hechos previsibles pero inevitables qué hacen temporalmente imposible o excesivamente oneroso el cumplimiento de una obligación para una de las partes, esta podrá solicitar una prórroga y/o adecuación de la misma.

⁹ Lo que puede ocurrir en el caso de una compraventa (art. 1133) o una locación (art. 1187), entre otros contratos.

¹⁰ Desde ya, la referencia al Presupuesto Nacional no excluye otras comunicaciones oficiales donde se proyecten variables económicas a futuro, como pueden ser documentos del Banco Central y/o del Ministerio de Economía.

¹¹ De hecho, ya en agosto de 2019 el dólar experimentó otro salto, pasando de \$46 a \$58.

Se considerarán tales, entre otros, los casos en los que dicha parte y/ o su cónyuge, conviviente, descendientes o ascendientes sufra una enfermedad o accidente; la pérdida de su trabajo o fuente de ingresos y los efectos de las políticas económicas estatales o de los cambios en dichas políticas.”

En definitiva, la fuerza mayor social funciona como una herramienta de distribución social de riesgos, al permitir compensar aquellas consecuencias económicas que de otra manera soportaría solo una de las partes. Este remedio nos parece especialmente satisfactorio cuando la parte afectada se encontraba en situación de debilidad estructural.

Como acotación final, el instituto de la fuerza mayor social se encuentra previsto en el art. 273 del PROYECTO DE CÓDIGO DE PROTECCIÓN DE LAS Y LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE LA NACIÓN, presentado por el Diputado José Luis Ramón el pasado 5 de Mayo en la Cámara de Diputados, bajo el Expediente 1898 – D – 2021¹²:

“- Fuerza mayor social. Ante hechos previsibles pero inevitables, que hacen imposible o excesivamente oneroso el cumplimiento de sus obligaciones, en cualquier momento y aun cuando no se presente una situación de mora o sobreendeudamiento, la o el consumidor podrá solicitar una prórroga, reducción o renegociación de su deuda. Se considerarán tales, entre otros posibles supuestos, la enfermedad de la o el consumidor, de su cónyuge, conviviente, hijas o hijos o personas integrantes de su grupo familiar, accidentes que afecten su salud o capacidad laboral y la pérdida de su trabajo o fuente de ingresos.”

~ ~

¹² Puede consultarse en <https://codigoconsumidor.com/wp-content/uploads/2021/05/1898-D-2021-Proyecto-de-Co%CC%81digo-de-Proteccion-de-las-y-los-consumidores-y-usuarios-de-la-nacio%CC%81n-cpcun-final-.pdf> . Recuperado el 28/05/21.

Cuadernos de Cijuso

*El Saber nos hace
mejores*



www.cijuso.org.ar

Año V - Nº 13 – Mayo de 2021

La Plata,
Provincia de Buenos Aires,
República Argentina

~