

Un avance destacado: la regulación de las prácticas abusivas, en especial referencia a los hipervulnerables

por EDGARDO IGNACIO SAUX^(*)

Desde aquel 15 de marzo de 1962, día en el cual el por entonces (y por poco tiempo más, hasta su asesinato en 1963) presidente de los EE. UU. John Fitzgerald Kennedy enviara el Proyecto al Congreso de Protección de los Intereses del Consumidor⁽¹⁾, hasta estos días, el Derecho del Consumo no ha dejado de crecer.

En nuestro País, desde la sanción en el año 1993 de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Bienes y Servicios 24.240⁽²⁾, más allá de los numerosos proyectos de sustitución por un nuevo estatuto legal sobre la materia⁽³⁾, y de las sobradas razones que justificarían contar con una nueva ley atendiendo a los nuevos requerimientos de los tiempos que corren⁽⁴⁾, ha corrido en el tema mucha agua bajo el puente.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: La responsabilidad del proveedor por producto elaborado en el marco de la relación de consumo*, por ADRIÁN O. MOREA, ED, 252-766; *Particularidades del régimen de tutela a los consumidores y usuarios*, por MARCELO C. QUAGLIA, ED, 258-60; *Las vías de resolución de los conflictos en las relaciones de consumo*, por IGNACIO M. BRAVO D' ANDRÉ y SANTIAGO P. IRIBARNE, ED, 260-452; *Los derechos del consumidor a la luz de la unificación civil y comercial... ¿ficción, realidad o repetición innecesaria de principios? Algunos apuntes de los derechos de incidencia colectiva*, por NÉSTOR S. PARISI, ED, 263-745; *La relevancia de la tutela del consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS, ED, 266-866; *Contradicciones jurisprudenciales. Aplicaciones de las presunciones en el derecho del consumo*, por CELIA WEINGARTEN, ED, 268-670; *El orden público en las normas de protección al consumidor incorporadas al Código Civil y Comercial*, por NOEMÍ NICOLAU, ED, 269-699; *Cooperativas y defensa del consumidor: una solución en buen camino*, por DANTE CRACOGNA, ED, 271-298; *La competencia del juez del domicilio del consumidor demandado es relativamente prorrogable*, por TORIBIO ENRIQUE SOSA, ED, 274-537; *El defensor del cliente y la protección de los consumidores*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 278-800; *Los principios que articulan el Estatuto del Consumidor. A propósito del diálogo de fuentes y el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y PATRICIA M. JUNYENT DE DUTARI, ED, 282-643; *La tutela al usuario de servicios en el ámbito de las relaciones de consumo: un interesante precedente. Comentario al fallo "T., G. E. y otros c. Cablevisión S.A. s/ordinario"*, por GABRIEL ABAD y MARCELO C. QUAGLIA, ED, 287-190; *El régimen administrativo sancionador en las relaciones de consumo*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-918; *La protección de los consumidores en el contexto de la pandemia de COVID-19*, por SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI, ED, 288-1211; *El reconocimiento de los consumidores y las consumidoras hipervulnerables en el ordenamiento jurídico argentino*, por CAREN KALAFATICH y EZEQUIEL N. MENDIETA, ED, 288-1372; *El daño punitivo y la "tolerancia cero"*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290-393; *Vulnerabilidad, ahorro y consumo: Hacia la acentuación de la cuantificación de los daños punitivos a través de la aplicación de la fórmula de Irigoyen Testa*, por MARTÍN TESTA, ED, 291-219. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogado y Doctor en Derecho por la UNL. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Director de su Instituto de la Región Centro. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Exprofesor Titular Ordinario de Derecho Civil en la UNL y exjefe de Cámara en lo Civil y Comercial de Santa Fe. Profesor de Posgrado, Maestrías y Doctorados en diversas Facultades de Derecho del País y del Extranjero. Autor de varios libros, capítulos de libros, aportes en obras colectivas y artículos en diversas publicaciones jurídicas en el país y en el extranjero.

(1) "Consumers, by definition, include us all" (consumidores, por definición, nos incluye a todos, rezaba el mismo).

(2) Vigente hasta hoy, con sus modificaciones, la más relevante de las cuales la incorporara la Ley 26.361 del año 2008, pudiendo computarse las modificaciones parciales de las leyes 24.568, 24.787, 24.999, así como otras que aun indirectamente incidieron sobre ella (24.086, 25.065, 25.156).

(3) Singularmente, hubo dos elevados a consideración parlamentaria en el año 2022, ambos ingresados por la Cámara de Diputados de la Nación, generando respectivamente los expedientes Nos. 0841-D-2022 y 3607-D-2022. En lo personal, destaco las singulares virtudes del elaborado por un destacado grupo de especialistas en la materia (como lo son los Dres. Carlos Alfredo Hernández, María Belén Japaze, Sebastián Picasso, Cósimo Gonzalo Sozzo, Roberto Vázquez Ferreyra, Javier Wajtraub, Fernando Blanco Muiño, Federico Ossola, Carlos Tambussi, Leonardo Lepiscopo, y María Eugenia D'Archivio, todos bajo la presidencia del Dr. Gabriel Stiglitz, quien merecidamente recibe en el marco del "XXV Congreso Nacional de Derecho del Consumidor" nada menos que el otorgamiento más que merecido de su declaración de Doctor Honoris Causae por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, el 21 de setiembre de 2023), que al tiempo de la redacción de estas líneas mantiene estado parlamentario y merecería su aprobación. Dicho Proyecto fue oportunamente encomendado a dichos coautores por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación junto con el Ministerio de la Producción y el Trabajo.

(4) Hay mucho escrito, y excedería el marco de estas breves digresiones intentar relacionarlo. Me limito ahora, en relación con los dos

Como dijera hace ya unos años el recordado Maestro Atilio Aníbal ALTERINI⁽⁵⁾, "de hecho, lo que nació como protección del consumidor, se está convirtiendo en protección del individuo particular".

Así, no podemos dejar de mencionar dos hitos normativos de singular relevancia: por una parte, la constitucionalización de la tutela consumerista derivada del texto de la reforma constitucional del año 1994, que le confiere a la materia el rango suprallegal que amerita.

Y por la otra la incorporación, en el año 2015, del Título III del Libro Tercero del Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de ese año, el cual bajo el título "Contratos de consumo" (arts. 1092 a 1122) incluye en el mismo normas generales vinculadas a la materia, las cuales, según lo exponen los fundamentos del nuevo Código, "constituyen una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una protección mínima", principios o reglas que "no pueden derogar ninguna ley especial sin afectar el sistema"⁽⁶⁾.

Dicho esto, va de suyo que intentar aun mínimamente una reseña de la retrospectiva y perspectiva de esa regulación múltiple y compleja del Derecho del Consumo a treinta años del primer hito legal sobre la materia involucraría una labor que excedería en mucho la extensión de este modesto aporte, limitado incluso a las pautas que al respecto hemos recibido quienes tenemos la distinción de haber sido invitados a colaborar en esta publicación y en el relevante evento de las "XXV Jornadas Nacionales de Derecho del Consumidor" dentro del cual aquella se genera.

Hay mucho hecho al respecto en estos treinta años, y mucho por hacer todavía, en un campo de trabajo dinámico y cambiante.

Panorámicamente, y en una apreciación puramente personal, asumo que hay al menos dos elementos que en el mundo actual de los negocios que involucran a consumidores generan nuevos desafíos: uno es el avance imparable de la tecnología que modifica día a día las modalidades de contratación, que es cada vez menos personalizada o singularizada, y más masificada y electrónica.

Y el otro, la asunción del concepto de "vulnerabilidad", no sólo relacionado a la relaciones de consumo sino expandido a todo el ámbito del Derecho, Público y Privado, el cual no se predica exclusivamente en relación con circunstancias económicas, sino también sociales, culturales y vivenciales, y que generan la necesidad de dinamizar mecanismo legales de tutela singular, tutela que dentro del ámbito de la realidad consumerista se proyecta al menos en dos ámbitos puntuales, cuales son la creación (hasta hoy pretoriana, pero con previsión en los proyectos de nueva ley en la materia) de la "hipervulnerabilidad", y por la otra la asunción específica de la problemática del sobreendeudamiento de los consumidores.

Lo cierto es que, frente a esa imposibilidad de pretender abarcar en esta breve labor aquel panorama retrospectivo y prospectivo, he pensado que poner el foco de análisis en una de las incorporaciones puntuales que el texto originario de la Ley 24.240 ha recibido (en el caso,

proyectos a los que he hecho referencia, al aporte de Gabriel STIGLITZ titulado "Los Proyectos de Código de Defensa del Consumidor, de la comunidad académica nacional y bloques mayoritarios de diputados", publicado en Rubinzal-Culzoni online del 21/8/2022, cita online 621/2022.

(5) En el prólogo a la obra colectiva "Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada" dirigida por Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2.009, Tomo I, Parte General, citando a su vez palabras de A. y R. Bercovitz, "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores", Madrid, 1.987, pág. 28.

(6) Los mismos fundamentos, singularmente extensos en relación con esa regulación consumerista en el Código de fondo, aluden a que ella coadyuva a la integración del sistema tuitivo del consumo teniendo en cuenta el diálogo de fuentes que el mismo Código menciona en su Título Preliminar, en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código, y c) La reglamentación detallada en la legislación especial existente. Agrega que los dos primeros son estables, mientras que el tercero es variable en función de las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas.

por la Ley 26.361 del año 2008), es un modo de analizar una faceta de dicho proceso evolutivo.

En el caso, me permitiré formular algunas digresiones relacionadas a las prácticas abusivas dentro de la relación consumerista, tema en el cual, necesariamente, está imbricada la noción ya aludida de vulnerabilidad.

Quizás uno de los avances más elogiados de la ciencia jurídica jusprivatista de la segunda mitad del siglo pasado haya sido, y siga siendo, el reconocimiento de que la igualdad, predicada desde la revolución francesa como un logro, en los hechos y más puntualmente en la realidad negocial no era tal.

Al respecto, más allá de la igualdad ante la ley de cuño constitucional, esa teórica igualdad a nivel de potencialidad negocial predicada por el codificador de 1872, se fue asumiendo como un mito.

Ya con la reforma al Código Civil argentino operada en el año 1968 por la Ley 17.711 se corporizaron institutos como el abuso del derecho, la lesión y la imprevisión en materia contractual marcaron un camino en la senda de la relativización de aquel paradigma.

Ese reconocimiento de la existencia de “débiles jurídicos” es una manifestación del reforzamiento del orden público de protección.

Como lo propone Antonio BENJAMIN, el consumidor es sujeto activo del mercado, pero vulnerable.

Para el diccionario de la Real Academia Española de la lengua, “vulnerable” significa “que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. Son seres más propensos a ser dañados, con menos posibilidad de recuperación ante el daño y susceptibles de mayor magnitud de los efectos perjudiciales que sufran⁽⁷⁾.

Menores, ancianos, discapacitados, en ciertas circunstancias todavía las mujeres, inquilinos, analfabetos, trabajadores, migrantes y consumidores han sido, y son, al día de hoy objeto de tuteladas diferenciadas en los vínculos jurídicos en los que interactúan con otros protagonistas más fuertes, más informados, más resguardados de riesgos.

La mayor parte de ellos, además de la tutela legal que les es asignada, cuentan también con protección suprallegal derivada de tratados internacionales sobre derechos humanos que en la Argentina han sido elevados a dicho rango por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional sancionada en el año 1994.

Ese paradigma opera no sólo en el derecho sustancial, sino también en el instrumental. Las “100 reglas de Brasilia” sobre acceso a la justicia son una muestra de ello, con especial atención al género, la discapacidad y la pobreza⁽⁸⁾.

Señalaba John RAWLS en su *Teoría de la Justicia* dos reglas basales de todo sistema jurídico contemporáneo:

a) La mayor libertad en favor de todos en condiciones de igualdad.

b) Toda diferencia está proyectada en favor de los más débiles.

Y de este paradigma protectorio (o “ética de la vulnerabilidad”) se derivan reglas hermenéuticas tales como las de “in dubio pro debilis”, o la de “favor debitoris”.

Calificada doctrina⁽⁹⁾ añade la regla del principio en favor del consumidor, generado en “su debilidad estructural” que no es privativa de la calidad de acreedor o deudor en una obligación o en un contrato en particular⁽¹⁰⁾.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha abordado singularmente el tema⁽¹¹⁾, aludiendo a la denominada “discriminación inversa”, que tiende a “superar la desigualdad discriminatoria del sector perjudicado”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha expedido al respecto, señalando que no basta con que los Estados se abstengan de violar derechos de sus ciudadanos, sino que deben asumir una actitud po-

sitiva o proactiva en la tutela de todo supuesto de vulnerabilidad⁽¹²⁾. Y ha demarcado la “tipología de la vulnerabilidad”, diferenciando la derivada “de la condición personal” (v.g. discapacidad) de la derivada “de la situación personal” (v.g., migrantes).

Entre nosotros⁽¹³⁾, se mencionan como supuestos:

a) Vulnerabilidad económica.

b) Vulnerabilidad cognitiva.

c) Vulnerabilidad técnica.

d) Vulnerabilidad jurídica.

Ahora bien, dentro puntualmente del ámbito del derecho del consumidor –paradigma de operatividad de la situación de vulnerabilidad–, los dos proyectos de nueva ley consumerista en reemplazo de la 24.240 que fueran remitidos a consideración parlamentaria en el curso del año 2022, tienen referencias coincidentes en el tema⁽¹⁴⁾. Hay en ellos un ensanchamiento del mencionado principio protectorio, ya sentado en los actuales arts. 3 de la Ley 24.240 y 1094 del CCyCN.

En el respectivo art. 5 de ambos proyectos, además de reconocerse expresamente la “vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado”, y de mencionarse al “orden público de protección”, se alude a la protección especial para situaciones de hipervulnerabilidad.

Se perfilan ellas como las derivadas de “colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada”, como los comprendidos en circunstancias especiales, los niños, niñas y adolescentes, los ancianos, las personas enfermas o los discapacitados.

La doctrina⁽¹⁵⁾ involucra en esta categoría a los denominados “subconsumidores” o “infraconsumidores”.

Por su parte, la Secretaría de Comercio Interior de la Nación en fecha 27 de mayo de 2020 expidió la Resolución 139/2020⁽¹⁶⁾ donde propone una nómina no taxativa de “consumidores en situación de vulnerabilidad agravada”, ya sea por su edad, idioma, recursos económicos, necesidad, etc.

Ahora bien, no pueden caber vacilaciones en admitir que una faceta singular de la tutela consumerista de la vulnerabilidad agravada o hipervulnerabilidad es la relacionada con las prácticas abusivas.

Como experiencia, las denominadas “prácticas abusivas” tienen, en el Derecho del Consumo, como víctimas más frecuentes a los consumidores (o futuros consumidores) más vulnerables.

Ya varios años antes de la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, quien representaba y representa hoy quizás el mayor exponente de erudición a nivel nacional en la materia⁽¹⁷⁾ aludía a la necesidad legal de control “de las prácticas comerciales irregulares”, señalando que el ejercicio de la autonomía de la voluntad en la contratación consumerista tenía su límite en el principio de la buena fe en las relaciones de consumo, proyectada en la proscripción de actividades del oferente de los bienes y servicios que agraviaran las reglas de la moral, el orden público y las buenas costumbres, mencionando singularmente como caso la ausencia del “clare loqui” en la oferta comercial, o “las formas no ortodoxas” de venta, que por entonces sólo estaban proscriptas por la Ley de Lealtad Comercial.

En el texto originario de la Ley 24.240 ellas no estaban contempladas, como sí lo estaban (y siguen estando) las “cláusulas abusivas”. Con relación a ambas, hay doctrina que entiende que estas últimas son un género del cual las primeras representan una especie, opinión que me permito no compartir, en la medida en que las prácticas abusivas pueden tener cabida en la etapa precontractual –o también en el iter contractual–, mientras que las cláusulas sólo son pensables dentro del diseño o estructura de una relación

(7) Conf. Silvana GARCÍA, “El principio de protección de los vulnerables y el derecho de la insolvencia”, en “Revista jurídica de la Región Centro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”, Editorial II, número 1, Buenos Aires, junio de 2023.

(8) Vide trabajo vinculado al tema de autoría de Graciela MEDINA, LL 14/11/2017.

(9) Ricardo Luis LORENZETTI, “Las normas fundamentales de Derecho Privado”, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 100.

(10) Dicha regla fue recibida de modo expreso por el artículo 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual predica que “las normas que regulan las relaciones del consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”, agregando luego que “en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

(11) Fallo del 26/3/2019 in re “García, María”, Fallos 342:411.

(12) Ver importante trabajo casuístico sobre el tema de autoría de Guillermina Leontina SOSA en LL del 6/6/2022.

(13) Ricardo Luis LORENZETTI, “Fundamentos de Derecho Privado”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2016.

(14) Conf. Gabriel STIGLITZ, “Los proyectos de Código de Defensa del Consumidor, de la comunidad académica nacional y bloques mayoritarios”, en Editorial Rubinzal-Culzoni online, 21/8/2022, cita online 621/2022.

(15) Sergio BAROCELLI, “Los consumidores hipervulnerables en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, en la obra en homenaje a Gabriel STIGLITZ publicada por la Editorial La Ley, Buenos Aires, 2019, así como Juan José MARTINEZ MERCADAL, “La prevención de la hipervulnerabilidad”, en LL online del 29/7/2022.

(16) Vide su comentario por Roberto VAZQUEZ FERREYRA en LL online del 16/6/2020.

(17) Me refiero a Gabriel STIGLITZ, ver su obra “Protección jurídica del consumidor”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 83.

jurídica negocial ya existente. Además, las prácticas, como su nombre lo sugiere, se relacionan más bien con una manera de actuar por el prestador de servicios u oferente de bienes, mientras que las cláusulas suelen proyectarse normalmente en el ámbito normativo dentro del cual se desarrolla la relación de consumo⁽¹⁸⁾.

Lo cierto es que la regulación legal de las prácticas abusivas aparece con la Ley 26.361, que incorpora el art. 8 bis a la Ley 24.240, bajo el título “Trato Digno – Prácticas Abusivas”.

A su vez, los arts. 1096 a 1099 del Código Civil y Comercial de la Nación, dentro del Capítulo vinculado a la regulación de los contratos consumeristas y bajo el título “Prácticas abusivas” expande esa regulación previa del ya mencionado artículo 8 bis de la LDC⁽¹⁹⁾.

Podría objetarse, metodológicamente, que el título asignado al Capítulo en el cual se regulan las prácticas abusivas se relaciona con la formación del consentimiento en los contratos consumeristas, siendo que dichas prácticas pueden, como hemos dicho, darse antes, durante o incluso después de prestado el consentimiento.

En la regulación del CCyCN, las prácticas abusivas se corporizan en tres supuestos:

- a) Falta de trato digno (cuando se imponen al consumidor situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias).
- b) Trato inequitativo o discriminatorio, violatorio del principio constitucional de igualdad ante la ley.
- c) Afectación de la libertad de contratación (v.g., supeditar la adquisición de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros).

Por su parte, el art. 1096 del mismo Código declara que la tutela legal del caso se proyecta hacia las personas “expuestas a una relación de consumo”, a tenor de lo dispuesto por el art. 1092 del mismo cuerpo legal en su segundo párrafo, el cual determina que queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social⁽²⁰⁾.

En el texto del art. 8 bis incorporado como se dijera a la LDC por la Ley 26.361, se prevé que la práctica abusiva podrá generar la multa civil del art. 52 bis⁽²¹⁾, además de otros resarcimientos de daños que pudieran probarse en el caso.

Es bueno mencionar que el Proyecto de nueva ley de defensa del consumidor elaborado por la Comisión –ya mencionada– presidida por el Dr. Gabriel Stiglitz contempla una interesante ampliación de la previsión del tema en sus arts. 19 a 27⁽²²⁾, mencionando en términos generales

(18) A título personal, me he explayado más sobre el tema en un trabajo previo. Ver al respecto Edgardo Ignacio SAUX, “Las prácticas abusivas”, en “Revista de Derecho de Daños” de Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.022-1, “Derecho del consumidor – I”, págs. 203 a 234.

(19) Esa tríada normativa, como se ha dicho derivada de la tutela constitucional de la dignidad de los consumidores, hace, como se ha señalado (ver Demetrio Alejandro CHAMATROPULOS, “Estatuto del consumidor”, 2ª Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2019, pág. 470) que Argentina sea, dentro del contexto del Derecho Comparado, uno de los países con tutela legal más completa ante las prácticas abusivas.

(20) En tal sentido, y acertadamente, se abandona la referencia primigenia de la Ley 24.240 de “contrato de consumo” por la de “relación de consumo”, la que abarca dicha circunstancia.

(21) De hecho, al haberse suprimido por la Comisión Bicameral la previsión que contenía el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborado oportunamente por la Comisión Redactora en relación con la función sancionatoria en la responsabilidad civil, es lo cierto que el único supuesto que el derecho positivo argentino contempla las multas civiles es, a hoy, ese art. 52 bis de la LDC.

(22) Al respecto, y sucintamente, dentro de la Sección 5ª y bajo el título “Prácticas abusivas”, se menciona que éstas resultan operativas respecto de toda persona “expuesta a una relación de consumo”, adquiriendo singular relevancia la hipervulnerabilidad con fundamento en los Tratados de Derechos Humanos de los que la Nación sea parte o suscriptora. Reitera la obligación de trato digno y no vergonzante, y proscribire el trato inequitativo o discriminatorio, proscribiendo toda conducta u omisión que distinga, excluya, restrinja o menoscabe de manera arbitraria a los consumidores por razones de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, condición física, psicofísica o socioeconómica, nacionalidad o cualquiera otra que violente el principio de respeto de la dignidad de la persona humana.

En el art. 22 enumera en siete incisos restricciones a la libertad del consumidor que configuran prácticas abusivas (como, entre otras, enviar o entregar al consumidor cualquier producto o proveer cualquier servicio sin solicitud previa de parte de éste, supeditar la prestación a la previa adquisición de otro bien o servicio, ejecutar servicios sin la previa elaboración de un presupuesto y sin contar con la autorización expresa del consumidor, negar injustificadamente la adquisición de bienes o la provisión de servicios a determinados consumidores, au-

(arts. 19 a 21 y 23) que la atención al consumidor debe estar relacionada “a su condición de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad”.

Con razón se sostiene que tales regulaciones –las vigentes y las proyectadas– son derivaciones legales de la regla de trato digno y equitativo al consumidor que sienta el art. 42 de la Constitución Nacional argentina⁽²³⁾.

Doctrinariamente, se predica con acierto que las prácticas abusivas agravan tres principios basales no sólo del Derecho del Consumo, sino del sistema jurídico en su integralidad:

- a) La dignidad de la persona humana.
- b) La equidad e igualdad.
- c) La buena fe negocial.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación⁽²⁴⁾ declaró oportunamente que el deber de que la persona humana sea tratada con dignidad en el marco de una relación de consumo se refuerza en el caso de personas vulnerables (niños, ancianos, discapacitados).

Por su parte, la Directiva 2005/29 del año 2009 de la Comunidad Económica Europea determinó que las prácticas comerciales desleales (que diferencia de las “engañosas” y de las “agresivas”) se potencian ante los consumidores vulnerables.

Y menciona al respecto nada menos que treinta supuestos concretos de aquellas.

En el “XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor” (del año 2007), la Comisión No. 1 expresó que “el estándar de apreciación de la ilicitud de las prácticas abusivas debe contemplar las situaciones de hipervulnerabilidad de los consumidores”.

Como se ha señalado con acierto⁽²⁵⁾, las prácticas comerciales se tiñen de ilicitud cuando se violentan los buenos usos mercantiles, cuando resultan abusivas, cuando contrarían el estándar impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, siendo “vejatorias o denigrantes”, agregando que “...las situaciones abusivas pueden presentarse cuando, en un contexto dado, se impide o limita la libertad o el ejercicio de los derechos del consumidor o usuario, ya sea empleando técnicas de captación del público, asedio o imposición de actos de consumo”.

Claudio KIPER⁽²⁶⁾ recuerda al respecto que “...pasaron muchos años de aquella época en la que negros y blancos viajaban en el mismo tren pero en vagones distintos”. “Separados pero iguales” era el lema que encubría la segregación racial. La Corte Suprema de Justicia de los EE.

mentar sin justa causa el precio de esos bienes o servicios con posterioridad a la oferta pública de los mismos, emplear la sorpresa, el acoso, la coacción, la fuerza o la influencia indebida a los fines de decidir la contratación de aquellos, o desplegar una conducta engañosa que lleve al consumidor a tomar su decisión que no hubiera tomado si aquél actuara con lealtad y transparencia.

Se vincula el trato digno con la obligación de atención al consumidor adecuada a sus condiciones de vulnerabilidad o hipervulnerabilidad, debiéndose escuchar, informar y aconsejar de buena fe y en tiempo razonable. Se agrega la obligación de prever atención prioritaria a mujeres embarazadas, personas con discapacidad mayores de edad, acompañadas con niños o niñas de corte edad, o también a quien por cualquier razón objetiva presenten dificultades de movilidad. Se prevé –aspecto que, al día de hoy, empecé la no vigencia de dicha norma proyectada, lamentablemente es de empleo común– que el tiempo de espera del consumidor no puede exceder los treinta minutos, espera que bajo ningún concepto puede ser en condiciones de incomodidad dentro o fuera del establecimiento, sin acceso a sanitarios, provisión de agua potable y orden de atención según comprobante numerado.

El art. 26 del Proyecto contempla en once incisos otros supuestos de prácticas abusivas, tales como, entre otras, imponer condiciones discriminatorias, afectar la intimidad, prevalerse de la ignorancia, la ligereza o la inexperiencia del consumidor o futuro consumidor, estimular la adquisición de bienes o contratación de servicios que pongan en riesgo la salud del consumidor, difundir información despectiva, llevar adelante procesos de cobranza intimidatorios, etc.

Se prevé asimismo un régimen de responsabilidades y sanciones para los proveedores de bienes o servicios que incurran en esas prácticas lesivas, computándose entre ellas la sanción punitiva que dentro de la estructura del Proyecto contempla su art. 128.

(23) José Humberto SAHIÁN, en su obra “Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 313, alude a que la fórmula consumerista de “trato digno y equitativo” conforma una verdadera garantía constitucional que contiene dos principios enlazados, complementarios pero no idénticos, cuales son la equidad y la dignidad.

(24) Caso “Ledesma c/Metrovías”, fallo del 22/4/2008.

(25) Vide Belén JAPAZE, “La publicidad comercial y las prácticas comerciales”, en la obra “Manual de defensa del consumidor”, 2ª Edición, dirigida por Dante Rusconi, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, págs. 363 y ss.

(26) En “Ley de defensa del consumidor comentada y anotada”, dirigida por Sebastián Picasso y Roberto Vázquez Ferreyra, editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo I, pág. 121.

UU. en el año 1896 (caso “Plessy vs. Ferguson”) admitió este sistema, expresando que, si ambos recibían el mismo servicio, no se violaba la regla de igual protección. Obviamente, al día de hoy algo así sería inconcebible.

Quizás una obra colectiva que con mayor amplitud y a la vez precisión trata y analiza este tema sea la titulada “Prácticas abusivas en el Derecho del Consumo”, dirigida por Walter KRIEGER y publicada por EL DERECHO, en Buenos Aires, año 2018.

Es también relevante⁽²⁷⁾ agregar que esa protección vinculada a la proscripción de las prácticas abusivas no sólo es predicable con relación al integrante de una relación de consumo, sino también a la categoría de “consumidores expuestos” a esa relación jurídica de la que propiamente no participan.

La casuística es inabarcable –aun cuando entendemos que, por funciones de docencia normativa, resultaría conveniente iterar un muestrario de supuestos concretos, como lo propone el Proyecto de la Comisión presidida por Gabriel Stiglitz–, y en definitiva será la apreciación administrativa o judicial, en el caso concreto, la que determinará la operatividad de la tutela legal.

(27) Sandra FRUSTAGLI y Carlos Alfredo HERNÁNDEZ, “Prácticas comerciales abusivas”, en “Tratado de Derecho del Consumidor”, dirigido por Carlos HERNÁNDEZ y Gabriel STIGLITZ, Editorial Thomson-Reuters, Buenos Aires, 2015, tomo I, pág. 604.

Como conclusiones de estas breves consideraciones, podríamos sostener a nivel personal las siguientes:

a) La regulación de las prácticas abusivas sobreviniente a la sanción de la normativa primigenia de tutela consumerista (la Ley 24.240) –singularmente, el art. 8 bis incorporado al texto de ella por la Ley 26.361, así como los artículos 1096 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación– abren un camino relevante en la materia, con sustento constitucional y convencional.

b) La situación de hipervulnerabilidad consumerista es el campo más fértil para la aplicación de dichas normas.

c) Sería aconsejable, *de lege ferenda*, la sanción legal del Proyecto de nueva Ley de Derecho del Consumo proyectada por la Comisión presidida por el Dr. Gabriel Stiglitz, en cuanto hace o propone una regulación integral y casuística de dicha problemática (sin perjuicio de sus otras valías técnicas).

VOCES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - MENORES - OBLIGACIONES - CONTRATOS - CONSTITUCIÓN NACIONAL - COMERCIO E INDUSTRIA - PODER JUDICIAL - DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - ESTADO - INTERESES - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - DAÑO - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - EMERGENCIA ECONÓMICA - ABUSO DEL DERECHO