

PRÁCTICAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO

POR AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

SUMARIO: 1. Preliminares.— 2. Razones de su regulación. Los Fundamentos que acompañaron al anteproyecto.— 3. Fuentes del artículo.— 4. Ámbito subjetivo de aplicación de los cuatro artículos bajo comentario.— 5. Una fórmula o tipo general y prohibiciones particulares.— 6. Tipo de obligación que asume el proveedor a lo largo de toda la relación de consumo.— 7. El trato digno.— 8. La prohibición de discriminar. Art. 1098.— 9. Libertad de contratar.— 10. Una breve conclusión.

Pobres sociedades las que adosan la dignidad humana a la tez, a la raza, a la creencia religiosa o a cualquier otra cosa semejante entre tantas que atrofian —a veces hasta a los jueces— el sentido de justicia^().*

1. Preliminares

Las *prácticas comerciales* han sido definidas como “procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final” (1). Más sintéticamente, se dice que son “todos los mecanismos, técnicas y métodos que sirven, directa o indirectamente para facilitar la salida de la producción” (2). El art. 19.2, 2º párrafo, del Decreto legislativo 1/2007 del 16/11/2007 de España, en seguimiento de la directiva europea 2005/29/CE dice que son “todo acto, omisión,

conducta o manifestación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores, con independencia de que sea realizada antes, durante o después de una operación comercial”.

Tales prácticas, normalmente lícitas, no siempre son “*sanas*” (3).

Las que enferman el mercado, las abusivas, el derecho norteamericano las reputa “*unfair*” (4). Más aún, algunos autores argentinos las califican de “la forma más perversa de actuación de las empresas” (5).

(*) BIDART CAMPOS, Germán, La discriminación racial en los intersticios familiares, ED 154-1055.

(1) LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, 2º ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág. 158. El autor se apoya en el código de defensa del consumidor de Brasil. Conforme con la definición, JAPAZE, Belén, La publicidad comercial y las prácticas comerciales, en RUSCONI, Dante (coordinador), Manual de derecho del consumidor, Bs. As., ed. A. Perrot, 2009, pág. 296.

(2) STIGLITZ, Rubén, Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el código civil y comercial de la Nación, en LORENZETTI, Ricardo (director) Código civil y comercial de la Nación, Bs. As. Suplemento especial La Ley, 2014, pág. 103.

(3) Se afirma que “el juez debe proteger al público consumidor y amparar las prácticas comerciales sanas” (Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. sala III, 11/4/1995, LL 1996-A-324; ídem 7/3/2000, LL 2000-D-631 y Doc. Jud. 2000-3-180).

(4) HERMAN DE VASCONCELLOS e BENJAMÍN, Antônio, Das práticas comerciais, en AV, Código brasileiro de defesa do consumidor, 4º ed., Sao Paulo, ed. Forense universitaria, 1996, pág. 237.

(5) GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia, Visión integral de la nueva ley del consumidor, en VÁZQUEZ FE-

Se vinculan a cuestiones muy diversas: la información y publicidad⁽⁶⁾, las marcas, el *overbooking* o sobreventa, el acoso a clientes potenciales⁽⁷⁾, etc. En el comercio informático aparecen, entre otras, el *spamming* (envío de mails no solicitados), el *cyberquatting* (asociación de páginas), etc.⁽⁸⁾. Algunas de estas prácticas son posibles porque se realizan a través de grandes grupos económicos⁽⁹⁾; otras son tan sutiles que en algunos países se discrepa si son o no conductas ilícitas (por ej., enviar tarjetas de créditos a los clientes de un banco sin su solicitud expresa⁽¹⁰⁾), etc.

PREYRA, Roberto. Reforma a la ley de defensa del consumidor, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 59.

(6) Diversas leyes sobre publicidad, en el derecho comparado (Brasil, México, etc.) declaran abusiva toda publicidad discriminatoria (Ver SÓZZO, Gonzalo, Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-578). En la Argentina, se ha calificado como abusiva la conducta del banco que no informa el cambio de modalidad para el uso de los cajeros automáticos en el extranjero (Cám. Nac. Fed. Contencioso-administrativo, sala II, 4/11/2010. Cita on line AR/JUR/74435/2010 y en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 4, Abril 2011, pág. 140). Como es sabido, la línea divisoria entre información y publicidad no siempre está marcada con claridad. Con toda razonabilidad se ha decidido que "las estimaciones e índices que elaboran las consultoras económicas no trasuntan una relación de consumo y que los bienes jurídicos protegidos por la ley 22.802 son la buena fe en el comercio, la lealtad de las prácticas de esa actividad y la tutela de los consumidores de modo que puedan acceder a una información adecuada y veraz" (Cám. Nac. Fed. Contencioso-administrativo sala II, 30/4/2013, cita on line AR/JUR/12228/2013, y LL 2013-C-302, con nota de STICLITZ, Gabriel, Las estimaciones inflacionarias privadas no constituyen publicidad comercial).

(7) El tema del acoso de los turistas en el tiempo compartido preocupó a la Comisión Europea desde los inicios de esta forma de comercialización. Ver respuesta de la Sra. Scrivener, en nombre de la comisión, 30/6/1993, en Anuario de Derecho civil, Madrid, t. XLVII, Enero-Marzo 1994, pág. 249.

(8) LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, 2° ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág. 173/178.

(9) La cuestión fue tratada, antes de la reforma de la ley de protección de los consumidores, en diversos encuentros. Ver WEINGARTEN, Celia, Las prácticas empresariales abusivas en las II Jornadas Rosarinas de derecho civil, JA 2001-I-1237; de la misma autora, La confianza en el sistema jurídico, Mendoza, ed. jurídicas Cuyo, 2002, pág. 112.

(10) El tema llegó al Superior Tribunal de Brasil que, por mayoría, con la disidencia del Dr. Villas Boas Cuevas, declaró que se trata de una práctica contraria a las reglas del código de defensa del consumidor (STBrasil,

El tema se incluye, como tantos otros, en un más amplio, desde que son situaciones irregulares que pueden ser miradas bajo el prisma de la buena fe, el abuso del derecho, el orden público, las buenas costumbres⁽¹¹⁾, etc. Por lo demás, en cada sector (bancos, agencias de turismo, seguro, etc.) se verifican prácticas abusivas diferentes, todo lo cual da al tema una gran extensión⁽¹²⁾.

En definitiva, la lesión al interés del consumidor puede surgir no sólo de cláusulas contractuales en sí mismas, sino de modos de aplicación de éstas o, sencillamente, de conductas no descriptas en el contrato, pero que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas⁽¹³⁾. Es necesario, entonces, regularlas, pero las situaciones son tan variadas, que al legislador no le queda otro remedio que usar conceptos jurídicos indeterminados y evitar enumeraciones que nunca serán totalmente satisfactorias.

No me propongo analizar todas estas prácticas. Mi objetivo es mucho más limitado: explicar cuatro artículos (1096, 1097, 1098 y 1099) del Código civil y comercial de 2014 (de ahora en adelante CCyC) incorporados en una sección que tiene precisamente ese nombre (prácticas abusivas), en el Libro III (derechos personales), título III (Contratos de consumo), capítulo II (Formación del consentimiento) Sección 1°.

18/12/2012, Cita on line BR/JUR/1/2012, reseñado en LL 2013-E-311, con nota de RUSCONI, Danta, Prácticas comerciales ilícitas en Brasil. En la nota se mencionan casos argentinos resueltos en el mismo sentido. El autor aprovecha el comentario para insistir en sus críticas contra el por entonces proyecto de código unificado).

(11) SZAFIR, Dora (directora), Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho del consumidor, Montevideo, ed. La Ley Uruguay, 2013, t. I, pág. 210.

(12) Por ej., para las prácticas bancarias, ver AAVV, Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias, Madrid, ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005; específicamente para la tarjeta de crédito, LARRAÑAGA, Luis y otros, Prácticas abusivas en el contrato de tarjeta de crédito, en Anuario de Derecho civil uruguayo, t. XXXIV, 2004 pág. 593 (aclaro, que el artículo se refiere más directamente a las cláusulas abusivas teniendo pocas referencias a las prácticas abusivas propiamente dichas).

(13) ARIZA, Ariel, Más que una reforma. Desplazamientos del derecho del consumidor en el derecho privado, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Reforma a la ley de defensa del consumidor, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 53.

2. Razones de su regulación. Los Fundamentos que acompañaron al anteproyecto

Se lee en los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto:

"Se propone la regulación de las prácticas abusivas. Conforme con lo dicho en relación al mérito, debe comenzarse con la Constitución Nacional que establece el trato digno, de manera que el Código es una implementación de esa norma, efectuada con conceptos jurídicos indeterminados y dejando lugar a la ley especial para que desarrolle reglas precisas y adaptables a un sector muy cambiante. En este aspecto se incorpora la equiparación de consumidores a personas expuestas y se establecen normas generales.

La ley actual contiene la siguiente norma:

"Trato digno. Prácticas abusivas: Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice.

Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actúe en nombre del proveedor" (artículo B bis incorporado por artículo 6° de la ley 26.361).

Sin derogarla, aunque ajustando su redacción para adecuarla a la regulación contenida en el Anteproyecto, se la amplía con base en principios claros: trato digno, trato equitativo, no discriminatorio, protección de la dignidad de la persona, tutela de la libertad de contratar, con lo cual se alcanza un espectro de situaciones amplio que la jurisprudencia, la doctrina o la legislación especial pueden desarrollar".

3. Fuentes del artículo

Como se recuerda en esos Fundamentos, el derecho del consumidor a condiciones de *trato equitativo y digno* tiene base constitucional. En efecto, el art. 42 de la CN dispone:

"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno".

Este derecho, aunque no era ajeno a la originaria ley de protección de los consumidores (de ahora en adelante LPC) n° 24.240, se incorporó en forma expresa, en el art. 8 bis, en 2008. La doctrina nacional aplaudió el nuevo texto⁽¹⁴⁾. Más aún, se lo ha considerado uno de los aportes de mayor trascendencia de la ley 26.361⁽¹⁵⁾.

El artículo referido se inspiró en el Código de defensa de consumidor de Brasil (art. 39 y cons.) que establece un listado, no taxativo, de prácticas abusivas prohibidas a los proveedores. En la Exposición de Motivos de ese código se lee:

"El código prevé una serie de comportamientos, *contractuales o no*, que abusan de la buena fe del consumidor, así como de su situación de inferioridad económica o técnica. Es comprensible, por lo tanto, que tales prácticas sean consideradas ilícitas *per se*, independientemente de que causen un daño o no. Para ellas rige la presunción absoluta de ilicitud. Son prácticas que aparecen tanto en el ámbito de la contratación como también fuera de éstas, sea a través de almacenamiento de información sobre el consumidor, sea mediante la utilización de procedimientos vejatorios de cobranza de sus deudas".

En definitiva, en ese ordenamiento latinoamericano, a título enunciativo, se prohíben ciertas prácticas del proveedor, como condicionar el suministro de producto o servicio a la provisión de

(14) Ver, entre otros, SUÁREZ, Enrique, Una salvable y acertada "novedad" en la reforma: el trato equitativo y digno, JA 2008-II-1239.

(15) FRUSTAGLI, Sandra y FRENEDA SATEG, Mónica, Las prácticas abusivas en la ley de defensa de consumidor. Implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XI, Septiembre de 2009, pág. 16; CUAGLIA, Marcelo C., Trato digno y prácticas abusivas. Análisis del art. 8 bis de la ley 24.240, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 3, marzo 2011 pág. 50.

otro producto o servicio, exigir al consumidor una ventaja notoriamente excesiva, transmitir información despreciativa referente a un acto practicado por el consumidor en el ejercicio de sus derechos, entre otras⁽¹⁶⁾.

4. Ámbito subjetivo de aplicación de los cuatro artículos bajo comentario

La sección bajo comentario se abre con el art. 1096 que dispone:

“Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”.

Uno de los temas más debatidos de la reforma en el ámbito del Derecho del consumo fue el concepto de consumidor⁽¹⁷⁾. Los vaivenes de los distintos textos proyectados desde el año 2011 (que comenzó su tarea la Comisión) hasta la aprobación del CCyC en noviembre de 2014 son muy conocidos⁽¹⁸⁾.

(16) WAINTRAUB, Javier, Justicia del consumidor. Nuevo régimen de la ley 26.993, Bs. As., ed. Rubinzal, 2014, pág. 153; MOSSET ITURRASPE, Jorge y WAINTRAUB, Javier, Ley de defensa del consumidor, Bs. As., ed. Rubinzal, 2008, pág. 106; conf. LORENZETTI, Ricardo, Consumidores, 2ª ed., Bs. As., ed. Rubinzal, 2009, pág. 166; TINTI, Guillermo P. y CALDERÓN, Maximiliano, Derecho del consumidor, 3ª ed., Córdoba, ed. Alveroni, 2011, pág. 63.

(17) “ARTÍCULO 1092. Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

(18) Es inútil mencionar todos los trabajos críticos. Ver, por ej. VITOLÓ, Daniel, Las reformas al régimen de defensa del consumidor en el proyecto de código civil y comercial de la Nación, Bs. As., ed. Ad-Hoc, 2012. Una explicación objetiva que justifica el cambio se encuentra en MORO, Emilio, Las sociedades comerciales frente a derecho del consumidor, Paraná, ed. Delta, 2014, capítulo I; también en STIGLITZ, Rubén, La teoría del contrato en el proyecto de Código civil y comercial de la Nación, LL 2012-C-1299.

Finalmente, el art. 1092 eliminó de la definición de consumidor a las personas “expuestas a la relación de consumo”, pero siguiendo su fuente, el código del Brasil, las incorporó en las secciones 1 y 2º del capítulo bajo análisis.

Las normas de esta sección se aplican, entonces, no solo al consumidor definido en el art. 1092, sino al famoso “consumidor expuesto”.

En definitiva, lo dispuesto sobre las prácticas abusivas es aplicable a todas las “personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados”.

5. Una fórmula o tipo general y prohibiciones particulares

La doctrina nacional⁽¹⁹⁾ que analiza el art. 8 bis de la LPC⁽²⁰⁾ reconoce en su contenido:

(a) Una fórmula general (que manda *garantizar* condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios).

(b) Prohibiciones específicas respecto a:

- i) Prácticas vejatorias o vergonzantes.
- ii) Prácticas discriminatorias.

El esquema se mantiene y completa en el CCyC:

A) Una fórmula general: art. 1097: “Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios”.

B) Prohibiciones específicas respecto a las:

— Prácticas vejatorias o vergonzantes (art. 1097 última frase: “Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”).

— Prácticas discriminatorias (art. 1098: Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio).

(19) JAPAZE, Belén, La publicidad comercial y las prácticas comerciales, en RUSCONI, Dante (coordinador), Manual de derecho del consumidor, Bs. As., ed. A. Perrot, 2009, pág. 300. Algunos autores hablan de una verdadera clasificación (WAINTRAUB, Javier, Justicia del consumidor. Nuevo régimen de la ley 26.993, Bs. As., ed. Rubinzal, 2014, pág. 154).

(20) El texto ha sido transcripto supra §2.

— Prácticas limitativas a la libertad de contratar (art. 1099: Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor).

Algunos autores entienden que el proveedor tiene dos deberes diferenciados, aunque vinculados: (i) garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo, y (ii) no incurrir en la prohibición de prácticas abusivas⁽²¹⁾. En mi opinión existe una cláusula general (tratar digna y equitativamente), y prohibiciones específicas. Todas enmarcan en las prácticas abusivas. Es lo que surge del CCyC al incorporar todas estas normas en la misma sección.

6. Tipo de obligación que asume el proveedor a lo largo de toda la relación de consumo

Al igual que en el derecho brasileño (Ver supra § 3), el trato equitativo y digno debe configurarse a lo largo de todo el trayecto de la relación de consumo: comienzo, permanencia y egreso. En efecto, aunque la norma se ubica en la etapa de la formación del consentimiento, estas prácticas pueden suceder en cualquiera de las etapas, tanto en la formación del contrato, como en el de la ejecución⁽²²⁾.

Se trata de una obligación de resultado, que genera responsabilidad objetiva. La norma dice expresamente que los proveedores deben garantizar. Esto significa que para liberarse de las consecuencias del incumplimiento, el demandado debe acreditar el rompimiento del nexo causal (arts. 1722 y 1723 del CCyC)⁽²³⁾.

7. El trato digno

El art. 1097, titulado trato digno, contiene tres frases:

(21) CUAGLIA, Marcelo C., Trato digno y prácticas abusivas. Análisis del art. 8 bis de la ley 24.240, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, nº 3, marzo 2011, pág. 43.

(22) SZAFIR, Dora (directora), Tratado jurisprudencial y doctrinario. Derecho del consumidor, Montevideo, ed. La Ley Uruguay, 2013, t. I, pág. 210.

(23) ARTÍCULO 1722. Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario. ARTÍCULO 1723. Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva.

(a) Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios.

(b) La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos.

(c) Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Explico este artículo en los párrafos siguientes:

7.1. La dignidad

La dignidad humana está presente en el pensamiento filosófico, ético, socio-político y jurídico de nuestros días. De ella “se habla en la calle, se escribe en la prensa y en los libros, se debate en los parlamentos, se juzga en los tribunales⁽²⁴⁾; “alimenta el discurso de los periodistas, de los políticos, de los asalariados, de las mujeres, de los excluidos sociales⁽²⁵⁾; “es una de las nociones más invocadas; sus excelencias son cantadas con acentos graves; defenderla constituye el gran reto y la exigencia inaplazable de los sistemas políticos; vulnerarla supone la expresión del mal radical⁽²⁶⁾; “es moneda corriente presuponerla pero no se sabe por qué: más aún, hay tendencia a usarla para cualquier propósito banalizando⁽²⁷⁾. También se afirma que “la dignidad de la persona humana es el fin superior al que debe aspirar toda legislación⁽²⁸⁾”.

(24) MARTÍNEZ MORÁN, Narciso, Persona, dignidad humana e investigaciones médicas, en Martínez Morán (coord.), Biotecnología, derecho y dignidad humana, Granada, Comares, 2003, pág. 20.

(25) PAVIA, M. L. et REVET, P. La dignité de la personne humaine, Paris, ed. Economica, 1999, Avant Propos.

(26) DEL BARCO, José Luis, Bioética y dignidad humana, en Löw, Reinhard y otros, Bioética, consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual, Madrid, ed. Rialp SA, 1992, pág. 11.

(27) PANEA, José Manuel, La imprescindible dignidad, en Ruiz de la Cuesta (coord.), Bioética y derechos humanos. Implicaciones sociales y jurídicas, Sevilla, ed. Universidad de Sevilla, 2005, pág. 17. El autor afirma que es necesario saber por qué hablamos de ese modo, aun inconscientemente. Las preguntas son: ¿Por qué hablamos de dignidad? ¿Podemos prescindir de la dignidad?

(28) TINTI, Guillermo P. y CALDERÓN, Maximiliano, Derecho del consumidor, 3ª ed., Córdoba, ed. Alveroni, 2011, pág. 63.

Consecuentemente, no puede ser ajena al derecho de los consumidores.

7.2. La dignidad y los tratados de Derechos Humanos

¿Qué es la dignidad? Obviamente, no corresponde en un trabajo de este tipo intentar definirla.

Sólo cabe señalar que esta "cláusula general"⁽²⁹⁾ es el eje conductor de diversos documentos internacionales de Derechos Humanos⁽³⁰⁾. Así, por ej., el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948 estableció que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad. Los arts. 1 y 22 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales se refieren a la "dignidad inherente a la persona humana"⁽³¹⁾. También mencionan la dignidad el preámbulo y el art. XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; los arts. 5 y 11 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 23 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño, etc.

Por eso, el art. 1097 afirma que la dignidad de la persona debe ser respetada *conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de Derechos humanos*.

Por lo demás, la doctrina⁽³²⁾ especializada en responsabilidad civil y la jurisprudencia⁽³³⁾, se han

ocupado largamente de los daños causados a la dignidad de la persona. Hay pues, suficiente apoyo para tratar el tema, pese a la dificultad teórica que se atribuye al concepto.

7.3. La dignidad en el Derecho del consumidor

Como se recordó, en la Argentina, en el Derecho de los consumidores, el trato digno, aparece expresamente protegido con rango supra legal (art. 42 de la CN⁽³⁴⁾).

En el derecho comparado, la noción está contenida en numerosas leyes⁽³⁵⁾.

7.4. La obligación de garantizar "condiciones de atención"

La expresión genérica *condiciones de atención* se traduce en deberes concretos y circunstanciados. Obviamente, estas condiciones de atención dependen, en cada caso, de las circunstancias del mercado, condiciones del lugar, etc.⁽³⁶⁾. El cumplimiento de estas obligaciones específicas implica tener personal capacitado para atender al público de manera eficiente. Significa, además, tener que organizarse previamente para, entre otras cosas, evitar largas esperas; informar sobre de los plazos de espera y cómo conducirse con máquinas pre-dispuestas para contratar o recibir pagos, responder adecuadamente a las necesidades de personas con discapacidad, etc. Así, el *leading case* argentino en materia de daños punitivos por incumplimiento de la obligación de trato digno es la sentencia que condenó a una empresa que no tomó las provisiones para que un consumidor con discapacidad, que está en silla de ruedas, pueda acceder a la oficina, que se encuentra en un piso superior, atendiéndolo en la calle⁽³⁷⁾.

(34) Para diversos conceptos relativos a la dignidad y el derecho del consumidor, RINESSI, Antonio, Protección del consumidor Dignidad, obligación de seguridad, riesgos, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-311 y ss.

(35) Ver SOZZO, Gonzalo, Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-578; SUÁREZ, Enrique, Una salvable y acertada "novedad" en la reforma: el trato equitativo y digno, JA 2008-II-1241.

(36) MOLINA SANDOVAL, Carlos, Reformas sustanciales, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Reforma a la ley de defensa del consumidor. Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 93.

(37) Cám. 1º CC Mar del Plata, 27/5/2009, La Ley Bs. As. 2009-567; las reseñas se publican en LL 2009-D-97 y LL 2009-C-647. La decisión fue confirmada por la Su-

7.5. Prohibición de poner al consumidor en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias

(a) La terminología

Vergonzante es todo aquello que puede resultar deshonoroso, humillante, perturbador. Se trata de evitar situaciones que pongan al consumidor en vergüenza, ridículo, absurdo o incortadidad.

Vejatorio alude a conductas del proveedor representativas de maltratos, persecuciones, perjuicios o padecimientos.

Intimidatorio refiere a comportamientos que infunden temor.

(b) La variedad de comportamientos incluidos

La amplitud terminológica permite subsumir múltiples comportamientos que hoy se observan en el mercado y otros que puedan ser diseñados en el futuro⁽³⁸⁾.

Claro está, la calificación de abusiva depende de las circunstancias del caso y de cómo se llevan adelante ciertas prácticas comerciales.

Así, por ej., en los supertuercados es común ejercer control sobre los clientes para verificar robos; muchas veces, incluso, se sirven de alarmas

prema Corte de Bs. As., el 6/11/2012 Ver LL 2013-A-423; Derecho Comercial del Consumidor y de la empresa, año III, n° 6, diciembre 2012, pág. 89, con nota de STIGLITZ, Gabriel, Discriminación y sanción pecuniaria disuasiva, en Doc. Jud. Año XXIX, n° 22, 29/5/2013, pág. 3, con nota de BAROCELLI, Sergio S., Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hiper vulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Bs. As. confirma su procedencia y en LL 2013-A-235, con nota de BERSTEN, Horacio, Procedencia de la multa civil del art. 52 bis LPC. La decisión de la corte bonaerense también se reseña en Rev. Abeledo Perrot, Bs. As., n° 4, Abril 2013, pág. 474; Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XV, n° 5, Mayo 2013, pág. 79, con nota de ÁLVAREZ LARRONDO, Federico, "Machitandiarera", cuando el desdén dejó de ser negocio y en Doc. Jud. Año XXIX, n° 43, 23/10/2013, pág. 3, con nota de HITTERS, Juan M., y FERREIRO, Andrés, Recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley (absurdo). La implicancia del derecho del consumidor en el proceso.

(38) FRUSTAGLI, Sandra y HERNÁNDEZ, Carlos, Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de defensa del consumidor, con especial referencia a la materia contractual, en JA 2008-II-1217; conf. RUSCONI, Dante, Prácticas comerciales ilícitas en Brasil, en LL 2013-E-311.

electrónicas. La práctica, en sí misma, no es abusiva, pero puede serlo si va acompañada de otras circunstancias: i) la detención del consumidor durante 45 minutos para revisarlo, el resultado es negativo y la empresa se niega a pedir disculpas públicas⁽³⁹⁾; ii) el cliente es llevado reciamente, a empujones, hacia una habitación privada⁽⁴⁰⁾, etc. En suma, el indiscutible derecho de vigilancia de la empresa no puede ejercerse en detrimento del honor, la integridad física o psíquica de las personas.

(c) Algunas prácticas intimidatorias. La gestión de cobro

El art. 8 bis de la LPC dispone que "en los reclamos extrajudiciales de deudas, los proveedores deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial".

La prohibición pretende poner fin a ciertas prácticas relacionadas con métodos de cobranza de morosos mediante las cuales se persigue el cobro invistiendo al requerimiento con apariencia de reclamo judicial⁽⁴¹⁾. Normalmente, quienes incurten en este tipo de conductas son abogados. Los profesionales, en general, están excluidos del ámbito de la ley, pero ingresan por vía del art. 8 bis, que expresamente se refiere a quien actúa *en nombre del proveedor*.

El CCyC sigue el consejo de la doctrina⁽⁴²⁾, no entra en el casuismo y, como se dijo, establece que "los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidato-

(39) Cám. Civ. y Com. de Rosario, sala II, 2/12/1999, La Ley Litoral 2000-553, con nota de MOSSÉ ITURRASPE, Jorge, Las relaciones de consumo: el control vejatorio a la salida del supermercado. Omisión de los deberes que impone la buena fe. Ver otros casos semejantes citados por CUAGLIA, Marcelo C., Trato digno y prácticas abusivas. Análisis del art. 8 bis de la ley 24.240, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 3, marzo 2011 pág. 49 nota n° 46 y por KIPER, Claudio, Comentario al art. 8 bis, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA (directores) Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, Bs. As., ed. FEDYE, 2009, t. I, pág. 142.

(40) Cám. Civ. y Com. de Lomas de Zamora, sala II, 15/7/2003, JA 2003-IV-257.

(41) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y AVALLE, Damián, Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios, LL 2008-D-1068.

(42) SOZZO, Gonzalo, Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-584.

rias", fórmula en la que cabe la conducta descripta por el art. B bis.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de condenar al abogado apoderado de una entidad financiera que envió a la deudora, a su domicilio, una nota de carácter intimidatorio y amenazante, y al colegio en el que trabajaba, un pedido de informes y otras advertencias, todo con apariencia de cédula judicial, logrando que en el ámbito docente en el que se desempeñaba se divulgara la situación de morosa que se le atribuía. Bien dice quien comenta la sentencia que una cosa es interpellar (conducta conforme a derecho) y otra intimidar (acto contrario a derecho)⁽⁴³⁾.

Las gestiones de cobro abusivas incluyen no solo la apariencia judicial de un reclamo que es extrajudicial, sino también la difusión de información despreciativa respecto del consumidor. Algunos autores entienden que publicaciones como el llamado "Veraz" ingresan en estas prácticas abusivas⁽⁴⁴⁾. No es el criterio de la jurisprudencia, que ha condenado a esa organización por otras razones (información errónea, caduca, etc.) pero no por el solo hecho de informar.

8. La prohibición de discriminar. Art. 1098

El artículo 1098 impone al proveedor dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio, por lo que le prohíbe establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la nacionalidad de los consumidores.

(43) Cám. Nac. Com. sala E, 10/2/2006, JA 2006-III-39, con nota aprobatoria de VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Responsabilidad civil por el envío de una carta documento. Interpelación o intimidación. Se condenó al abogado, pero no al banco, estimando que son daños que no pueden ser atribuidos a la entidad bancaria, que no había dado instrucciones para actuar de este modo. El autor rosarino considera que pudo condenarse al banco por aplicación del art. 1113 del CC. Para la responsabilidad del abogado y las prácticas abusivas, ver FRUSTAGLI, Sandra y FRENEDA SALEG, Mónica, Las prácticas abusivas en la ley de defensa de consumidor. Implicancias en orden a la responsabilidad profesional del abogado, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XI, Setiembre de 2009, pág. 16.

(44) FARINA, Juan, Defensa del consumidor y del usuario, 4ª ed., Bs. As., ed. Asrea, 2008, pág. 229.

8.1. La no discriminación en la Constitución y en la ley

La República Argentina ha defendido la igualdad de todos los habitantes desde los inicios de su historia constitucional. Así surge claramente del Preámbulo y de los arts. 16 y 20 de la C.N. Más modernamente, en 1994, introdujo expresamente las nociones de igualdad real y acciones positivas (art. 75 inc. 23).

La garantía de igualdad aparece en numerosos tratados internacionales, entre otros: Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 1, 2, 7); Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1, 6, 12); Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (art. 14) y diversas normas de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; el Pacto internacional de los derechos civil y políticos; el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; la Convención Internacional de los Derechos del niño; la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación a las personas con discapacidad, etcétera.

A nivel legislativo, en 1988, sancionó la ley 23.592 (sobre actos discriminatorios, modificada ulteriormente por las leyes 24.782 y 25.608). Mayoritariamente, la doctrina sostiene que esa ley rige las relaciones del consumo⁽⁴⁵⁾. En efecto, la fórmula es amplia, como surge del art. 1 que transcribo, señalando en cursivas su extenso ámbito de aplicación:

"Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

(45) Conf. MOLINA SANDOVAL, Carlos, Reformas sustanciales, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, Reforma a la ley de defensa del consumidor, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 94.

En su versión original, la ley 24.240 también estableció expresamente el derecho al trato igualitario en el art. 26, aunque limitado al ámbito de los prestadores de servicios públicos domiciliarios⁽⁴⁶⁾.

8.2. La dificultad en la determinación de la conducta discriminatoria

Determinar si una práctica comercial es discriminatoria no siempre es fácil. Criterios excesivos y absurdos podrían llevar a eliminar prácticas comunes, como son las liquidaciones. Así, por ej., se ha resuelto razonablemente que "el hecho de que el proveedor de un servicio realice promociones que importen que los nuevos clientes abonen una suma menor que los contratantes anteriores, no importa un trato discriminatorio respecto de éstos, ni les genera el derecho a obtener el reintegro de la parte pertinente del precio, pues tales promociones no se encuentran vedadas por la ley, sino que constituyen prácticas habituales del comercio"⁽⁴⁷⁾.

De cualquier modo, los daños por violación al principio de no discriminación han merecido la atención de numerosa doctrina, que ayuda en esa tarea descriptiva⁽⁴⁸⁾.

8.3. Pautas discriminatorias

El art. 1098 prohíbe a los proveedores establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.

(46) SOZZO, Gonzalo, Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-585.

(47) Cám. Nac. Civ. sala I, 17/3/2011, cita On line AR/JUR/6993/2011, Rev. Resp. Civil y seguros, año XIII, n° 7. Julio 2011, pág. 187 y ED 246-179.

(48) KIPER, Claudio, Derecho de las minorías ante la discriminación, Bs. As., ed. Hammurabi, 1998; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación, en Liber Amicorum en homenaje al prof. Dr. Luis Moisset de Espanés, Córdoba, ed. Advocatus, 2010, t. II, pág. 521 y en Rev. Derecho Laboral 2009-1-49; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Prevención versus reparación. Daño a la persona. Derecho a la no discriminación. Daño por discriminación, en Rev. Derecho de daños 2008-2-7; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Daños derivados de discriminaciones injustas, en Kemelmajer de Carlucci y Parellada (coord.), Derecho de daños, 2ª parte, Bs. As., ed. La Rocca, 1993, pág. 135; de la misma autora, Daños por discriminaciones arbitrarias, en Resarcimiento de daños, 2.c. Bs. As., ed. Hammurabi, 1994, pág. 87 y ss.

Corresponde analizar, pues algunas de esas pautas constitucionales.

8.4. La raza (sin que la mención implique que ese concepto exista)

Con inteligencia, Kiper⁽⁴⁹⁾ comienza el tratamiento del tema con el emblemático caso de la Corte de EE.UU. Plessy v. Ferguson, que finiquitó con la "legitimidad" del contrato de transporte que se "cumplía" separando negros y blancos, bajo la justificación "separados pero iguales", porque el servicio también se prestaba a los negros. Efectivamente, esa falsa igualdad violaba claramente la dignidad de toda persona en una clara relación de consumo, como es el transporte.

8.5. La religión

La jurisprudencia argentina presenta algunos casos interesantes.

Así, por ej.

a) La Cámara Nacional Civil sala I, revocó e hizo lugar a una acción de daños por discriminación en una relación de consumo (alquiler de una vivienda negada a los pretensos inquilinos porque eran judíos)⁽⁵⁰⁾. El juez de primera instancia había rechazado la demanda con argumentos inconsistentes. Los transcribo y respondo como simple muestra de que aún los jueces, como dice Germán Bidart Campos en la frase con la que empiezo este trabajo, intentan ocultar su posición discriminatoria. Dijo el juez:

— Estos juicios presentan dificultad probatoria.

El argumento, precisamente, debió inducir a aliviar la carga probatoria de los actores y no la inversa. Por lo demás, no necesitaba razonar en torno a este problema, desde que la prueba sobre

(49) KIPER, Claudio, Comentario al art. 8 bis, en PI-CASSO - VÁZQUEZ FERREYRA (directores) Ley de defensa del consumidor comentada y anotada, Bs. As., ed. FEDYT, 2009, t. I pág. 121.

(50) 11/10/2006, Doc. Judicial 2006-3-693, con nota de DOMÍNGUEZ, Osmar y FERNÁNDEZ, Marcos, La discriminación. Un daño que debe repararse pecuniariamente, y en LL 2006-F-379, con nota de GIL DOMÍNGUEZ Andrés, Derecho a la no discriminación negativa y alquileres: la fuerza normativa de la Constitución en las relaciones horizontales, y en ED 220-266 con nota de WETZLER MALBRÁN, Ricardo y Cecilia, La responsabilidad por discriminar y la libertad de elección en un interesante fallo.

los dichos de la propietaria del inmueble no era dudosa.

— Las manifestaciones de la locadora al agente de la inmobiliaria fueron pronunciadas en la intimidad, sin contenido racista, pues estaban relacionados con el miedo por el atentado a las torres gemelas, tal como surge de la pericia psicológica.

No interesa si las palabras se expresaron en público o en la intimidad; el testigo manifestó claramente que la propietaria del inmueble le dijo que no alquilaba porque se había enterado de la condición de judíos de los pretensos inquilinos. El miedo por el atentado a las torres gemelas era una excusa pueril, desde que no se trataba de algo que había ocurrido en el país, y no se atribuía a los judíos participación alguna en ese terrible hecho.

— Los actores reconocen que no tuvieron problemas en el trato directo con la propietaria.

Ese reconocimiento es irrelevante; lo cierto es que los sentimientos anuemitas se manifestaron a la persona que intervenía en la contratación y por eso la locación no se concretó.

— No es discriminatorio que la demandada diga que la religión católica es la única verdadera.

Obviamente, cada persona tiene derecho a pensar que su religión es la única verdadera, pero eso no implica justificar que no se alquile a los que pertenecen a otra.

— Los actores no fueron veraces en el beneficio de litigar sin gastos.

El ocultamiento de algún bien cuando se petiona el beneficio de litigar sin gastos no tiene ninguna vinculación con la conducta discriminadora previa de la demandada.

— No corresponde afectar el derecho de propiedad de la locadora.

Este es el único argumento que tiene vinculación con el tema a decidir. Sin embargo, olvida completamente toda la normativa constitucional y legal, aplicable también en las relaciones verticales, como expresamente lo señala el art. 1 de la ley 23.592, antes transcripto.

b) Las circunstancias fácticas de otro caso, en cambio, son más dudosas.

La sala C de la Cámara Nacional de Comercio⁽⁵¹⁾ rechazó la demanda de daños interpuesta contra un banco que se rehusó, según el actor, por motivos religiosos (la sociedad se llama Leveinim, palabra que en hebreo quiere decir ladrillo) a abrir una cuenta corriente bancaria. El argumento central fue que quien se presentó en representación de esa persona de existencia jurídica, tenía una cuenta a título personal en la misma entidad y pertenecía al mismo credo. Para el tribunal, "no habiéndose demostrado que la negativa de la entidad a la apertura solicitada por la sociedad fuese motivada por razones religiosas, corresponde rechazar la demanda con fundamento en el principio de libertad de contratación", aun cuando, en ningún momento, la entidad financiera dio explicación alguna de la no aceptación.

8.6. La discapacidad

A veces, se denuncia discriminación respecto de personas especialmente protegidas por su situación de vulnerabilidad, como por ej., las personas con discapacidad⁽⁵²⁾.

a) Un caso dudoso decidió la sala H de la Cámara Nacional Civil el 29/03/2010⁽⁵³⁾.

El actor, una persona con discapacidad visual, acompañado con un amigo, concurrió a un banco, con la intención de obtener un crédito; la entidad financiera le exigió, para celebrar el contrato, que compareciera con dos testigos hábiles.

Las dos partes invocaron el art. 42 de la CN, pero se apoyaron en distintas partes de esta norma:

El banco decía que el requisito exigido por su reglamento interno era coherente con su obligación

(51) 15/2/2011, JA 2011-II-201, con nota de KAUFMAN, Gustavo. Las meras alegaciones de discriminación.

(52) DÍAZ ALABART, Silvia. La responsabilidad civil por discriminación de las personas por causa de su discapacidad, en Moreno Martínez, JA (coord.), La responsabilidad civil y su problemática actual, Madrid, ed. Dykinson, 2007; FERRANDO, Gilda, Soggetti deboli-discriminazione, en Dal Lago U. e Bordon, R., La nuova disciplina del danno non patrimoniale, Milano, ed. Giuffrè, 2005, pág. 399.

(53) Rev. Resp. Civil y seguros, año XII, n° 8 Agosto 2010, pág. 57, con notas de SAUX, Edgardo. Discapacidad, discriminación y derecho del consumo. Contratación por un no vidente y GHERSI, Carlos. Discriminación y trato indigno. Las presunciones de la ley del consumidor. Las cargas probatorias dinámicas y en ED 238-381 con nota de PAGANO, Luz María, Separando las aguas de la discriminación.

de asegurar los intereses económicos del consumidor a través de una información adecuada y veraz, proveyéndose la entidad, al mismo tiempo, de una prueba del cumplimiento de esa obligación. (La persona con discapacidad, decía que no había recibido trato equitativo porque se le exigía un recaudo (presencia de dos testigos de su confianza) que no se impone a las personas que no tienen discapacidad.

El tribunal coincidió con la demandada. Fundó su decisión, entre otros, en los siguientes argumentos:

— El art. 4 de la Convención sobre los derechos de personas con discapacidad, aprobada por ley 26.378 dispone que no se consideran discriminatorias "las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad".

— Los testigos requeridos, de confianza del cliente, coadyuvan a alcanzar la igualdad pues aseguran al consumidor con discapacidad que el documento que firma respeta su voluntad.

— La exigencia coincide con las prácticas notariales.

Como dije, la solución, en principio correcta, deja algunos interrogantes.

¿Cómo hubiese resuelto el tribunal si el consumidor hubiese invocado que su consentimiento estaba suficientemente informado con la presencia del amigo que lo acompañaba? ¿Hubiese considerado razonable la exigencia reglamentaria de dos testigos? ¿A quién beneficia, entonces el requisito? ¿Al consumidor, al banco, a ambos?

b) El 28/8/2001, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica decidió correctamente que "La negativa del conductor del taxi a prestar el servicio de transporte por estar acompañado de un perro guía constituye una evidente violación de sus derechos fundamentales, por cuanto fue discriminado por razón de su discapacidad. El perro con el cual él se hace acompañar no es una simple mascota sino un animal destinado a cumplir la función de los ojos en las personas que no ven y cuya ayuda resulta invaluable"⁽⁵⁴⁾.

Se trata de un típico caso de falta de aplicación del art. 4 de la Convención, antes citado, pues si bien el taxista, como regla, tiene derecho a re-

(54) Reseñado en Rev. Investigaciones 2002 n° 2/3, pág. 429.

chazar pasajeros con animales, debe facilitar, en lo que le compete, poner en igualdad real de situaciones a las personas con discapacidad visual.

c) Un caso dudoso⁽⁵⁵⁾ fue el resuelto en la provincia de Mendoza. El 10/10/2007, la Cámara 3° Civil y Comercial⁽⁵⁶⁾ rechazó la demanda interpuesta por los progenitores de un adolescente que padece una perturbación psíquica (síndrome de Asperger), contra el establecimiento educativo que no renovó el contrato para el ciclo lectivo siguiente, porque la conducta asumida por la demandada no aparecía discriminatoria, segregativa o abusiva, toda vez que existían motivos serios para acuar si desde que: i) al momento de inscribirlo, los padres ocultaron la enfermedad psiquiátrica que padecía; ii) frente a hechos graves ocurridos durante el curso del año escolar (acoso a una compañera, amenazas de suicidio, etc.) demostraron una total falta de colaboración; iii) el establecimiento permitió al adolescente seguir en las clases de apoyo y rendir los exámenes pendientes.

La decisión fue revocada por la Suprema Corte de Mendoza, sala I, el 5/12/2008 (voto del Dr. Fernando Romano y adhesión del Dr. Carlos Bohn) con un diferente análisis de los hechos; valoró, entre otras circunstancias, que previo a la demanda de daños, había pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia que acogió el amparo contra la decisión escolar que había suspendido al adolescente con base en una carta que se le atribuyó, en la que amenazaba matar a una compañera, y que finalmente resultó falsa.

d) En la misma línea de lo resuelto por la sala I de la Suprema Corte de Mendoza, un tribunal de la provincia de Bs. As. condenó a un colegio privado por la negativa a re-matricular un niño autista, luego de haber cursado un primer año escolar en ese instituto⁽⁵⁷⁾.

8.7. La condición social

Se ha decidido con razón que "es discriminatorio y da lugar a resarcimiento el hecho de obsta-

(55) No he tenido el expediente a la vista, por lo que no he podido controlar el material probatorio.

(56) Resp. civil y seguros, año X, n° 6, Junio 2008, pág. 50, con nota de HERSALIS, Marcelo. ¿Un supuesto de discriminación en el ámbito educativo?

(57) 3° Cám. Apel. CC Junín, 3/7/2007, cit. por ROSALES, Pablo Oscar. Daños y discriminación a personas con discapacidad, en Rev. Derecho de Daños, 2011-3-425.

culizar a una familia el acceso a un supermercado, siendo éste un lugar abierto al público en general, lo que hace presumir que la prohibición de ingreso se debió a su condición social humilde y a sus rasgos étnicos, máxime cuando el demandado no dio explicaciones que pudieran tomar legítima o razonable la medida⁽⁵⁸⁾.

Con criterio similar se condenó a pagar daño moral a favor de quien fue expulsado de un local comercial "en razón de su aspecto físico y de presuntas actitudes sospechosas, como hablar en voz baja, ir con una mochila y ponerse las manos en los bolsillos"⁽⁵⁹⁾. Se reiteró que "si bien una empresa tiene derecho a tomar todas las medidas para evitar hurtos de mercaderías, tales procedimientos deben respetar límites de razonabilidad y no pueden deshonrar a sus clientes (reales o potenciales)".

8.8. La orientación sexual

a) Un caso paradigmático fue decidido por la Suprema Corte del Reino Unido el 27/11/2013 en *Bull and another (Appellants) v. Hall and another (Respondents)*⁽⁶⁰⁾.

La Corte comenzó preguntándose:

— ¿Es contrario a la ley que el propietario de un hotel⁽⁶¹⁾, que practica la religión cristiana y cree sinceramente que las relaciones sexuales fuera de matrimonio son un pecado, rechace cumplir un contrato, celebrado por internet, y rehúse albergar a una pareja del mismo sexo en una habitación matrimonial?

— ¿La respuesta sería la misma si fuese una pareja en unión civil?

Antes de contestar, dijo que estas preguntas habrían sido impensables, dos décadas atrás, en los tribunales británicos.

Concluyó, después de un minucioso estudio que la conducta del propietario era ilegal, pues si presta un servicio al público no puede hacer predominar sus propias pautas religiosas.

(58) Cám. 3º CC Córdoba, 20/11/2006, Rev. Resp. civil y seguros, 2009-III-marzo pág. 187.

(59) Cám. Nac. Com. sala E, 12/3/2008, Rev. Resp. civil y seguros 2008-VII-73.

(60) http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2012_0065_Judgment.pdf. Revisado el 31/1/2016.

(61) Se trataba de un "Bed and Breakfast".

b) En el mismo sentido, un superior tribunal estadual de Canadá⁽⁶²⁾ confirmó una sentencia que hizo responsable a un médico que practica técnicas de reproducción humana asistida y se negó a atender a una pareja de mujeres lesbianas. Consideró insuficiente las dos razones dadas por el médico: i) el Código de Ética autoriza al médico a rechazar a un paciente si el caso no presenta urgencia; ii) él no quería quedar involucrado en un litigio si finalmente las mujeres se separaban.

8.9. La nacionalidad (a veces, disfrazada de domicilio)

(a) Comparación de textos

El art. 1998 menciona esta pauta expresamente: "No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores".

Su fuente, el art. 8 bis de la ley 26.361, dice: "No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas".

La comparación de ambos textos muestra dos diferencias: i) la ley especial enumera que la diferencia no puede alcanzar el precio, las calidades técnicas, o cualquier otro aspecto relevante; ii) permite excepcionar a la regla a través de una autorización fundada en razones de interés general.

La primera no es significativa, pues se trata de una simple ejemplificación, no taxativa.

La segunda, en el CCyC es más protectora de los derechos del consumidor, pues no permite que, a través de una decisión administrativa, se distinga a consumidores por el solo hecho de su nacionalidad.

(b) La reacción de la doctrina

La norma originaria fue recibida de distinta manera por la doctrina.

(62) British Columbia Supreme Court, Canadá, *Korn v. Potter*, con fecha del 2/4/1996, cit. por John R. Williams, en *Journal International de Bioéthique*, 1997, pág. 140.

Una posición minoritaria afirmó que la prohibición de discriminar al extranjero "puede perjudicar a los nacionales, sobre todo en lugares de turismo donde es común encontrar tarifas preferenciales para los nacionales que obviamente pagan con una moneda depreciada"⁽⁶³⁾ y converge, "si no se la aplica con verdadero criterio de justicia social, en un elemento contrario al acceso al consumo"⁽⁶⁴⁾.

No comparto esta posición. Por el contrario, adhiero a la mayoría que se pronuncia a favor de la regla⁽⁶⁵⁾. Más aún, algunos autores sostienen, con razón, que en determinadas circunstancias, hay que diferenciar a favor del consumidor extranjero, quien puede ser calificado de sub-consumidor o consumidor particularmente frágil, por no conocer la lengua ni las prácticas locales⁽⁶⁶⁾.

Fundo mi afirmación en los siguientes razonamientos:

* Los derechos civiles de los extranjeros están constitucionalmente amparados (art. 20 CN).

* Las discriminaciones injustas contra los turistas extranjeros son de público y notorio, como ocurre, por ej., con los pasajes aéreos de cabotaje.

* La excepción (autorización por decisión administrativa) debilita, casi minimiza la censura de estas prácticas discriminatorias⁽⁶⁷⁾.

* No discuto que, en algunos casos, las diferencias de precio pueden ser absolutamente necesarias para facilitar el ingreso de cierto grupo de nacionales, que de otro modo, no podrían acceder a ciertos lugares. Es lo que ocurre, por ej., con el precio de la entrada al Machu Pichu, un día de la semana, para las personas que viven en la zona. En estos casos, absolutamente excepcionales, la justificación está en la igualdad real, desde que ese patrimonio histórico de la humanidad tiene para esas personas, de escasa capacidad económica, un valor cultural y religioso superior al de los turistas, razón suficiente para establecer en su favor un precio menor.

* Esa excepcionalidad encuentra solución en otras medidas razonables; no es necesario que se establezca en la ley una especie de autorización genérica a la administración para discriminar, aunque se la minimice con la exigencia de la fundamentación.

(c) Algunos precedentes en la jurisprudencia extranjera

El tema preocupa en el derecho comparado⁽⁶⁸⁾. En la sentencia de 1/1/1985, recaída en el caso *Orphanos v. Queen Mary College*, un tribunal inglés, en favor de un alumno chipriota, consideró indirectamente discriminatoria la cláusula del reglamento del colegio que, para no pagar una cuota más alta, exige que los postulantes hayan tenido residencia en Inglaterra, como mínimo, tres años antes.

(d) La cuestión en la jurisprudencia argentina

El tema ha tenido respuestas discordantes ante los jueces argentinos. Así, por ej.

—Se rechazó la demanda interpuesta por una asociación de consumidores para que se devolviera

(63) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto y AVALLE, Damián, *Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios*, LL 2008-D-1068.

(64) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, *La reforma de la ley de defensa del consumidor*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 113.

(65) Ver muy completo listado de la doctrina nacional que se pronunció a favor en cita n° 11 de PÉREZ HAZAÑA, Alejandro, *La discriminación a los consumidores extranjeros en un caso colectivo*, Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año V, n° 6, Dic. 2014, pág. 97.

(66) CUAGLIA, Marcelo C., *Trato digno y prácticas abusivas*. Análisis del art. 8 bis de la ley 24.240, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XIII, n° 3, marzo 2011 pág. 45. El autor recuerda que el art. 37 de la ley nacional de turismo 25.997 dispone que la autoridad de aplicación debe instrumentar normativas de procedimiento eficaces tendientes a la protección de los derechos del turista. La ley también es citada por LOVECE, Graciela, *Una nueva base para seguir creciendo*, en VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Reforma a la ley de defensa del consumidor*, Bs. As. ed. La Ley, 2008, pág. 77.

(67) FRUSTAGLI, Sandra y HERNÁNDEZ, Carlos, *Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de defensa del consumidor, con especial referencia a la materia contractual*, en JA 2008-II-1218; SOZZO, Gonzalo, *Derecho a la dignidad en las relaciones de consumo*, en Rev. de Derecho privado y comunitario, 2009-1-581.

(68) Ver, por ej., MOROZZO DELLA ROCCA, Paolo, *Anti discriminatori contro gli stranieri e le altre minoranze*, en Cendon, Paolo, *Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, Cedam, 2001, t. II, pág. 1019.

viera a los usuarios extranjeros las diferencias de precio cobradas al venderles pasajes de un bus turístico. El tribunal argumentó que el cuadro tarifario no se efectuó tomando en cuenta la nacionalidad sino el domicilio de los usuarios; sostuvo que el otorgamiento a los consumidores locales del servicio de bus turístico de la ciudad de Bs. As. a una tarifa que resulta más atractiva que la otorgada a los no residentes configura una acción positiva razonable, pues i) ellos son, los que con el pago de sus impuestos, contribuyen al sustento de los atractivos más importantes de la ciudad; ii) las tarifas se inscribieron dentro de las políticas de acción social, en beneficio de los vecinos de la ciudad para alentar a quienes, por vivir allí, no portan el mismo interés en que la ciudad les sea mostrada; iii) coadyuva a mantener la sustentabilidad del servicio en tiempo de bajo ingreso turístico.⁽⁶⁹⁾

Las argumentaciones no resultan convincentes.

* Como se vio en el caso inglés, el domicilio puede encerrar indirectamente una discriminación fundada en la nacionalidad.

* El pago de los impuestos por parte de los nacionales prueba demasiado; justificaría que en todo supuesto se cobre más a un extranjero por el solo hecho de ser tal en contradicción a la garantía constitucional de igualdad.

* El incentivo al turismo local no debe fundarse en la discriminación con el extranjero sino en un servicio de calidad.

* Las épocas de bajo turismo justifican tarifas más reducidas para todos, nacionales y extranjeros.

—En cambio, en otro caso, se protegió adecuadamente a un consumidor extranjero del servicio educativo⁽⁷⁰⁾. Los hechos, sintéticamente expuestos, eran los siguientes:

Al momento de inscribirse, una estudiante de nacionalidad paraguaya presentó su permiso de

(69) Cám. Nac. Com. sala C, 14/10/2014, Cita on line: AR/JUR/53270/2014, Rev. Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año V, nº 6, Dic. 2014, pág. 89, con excelente nota crítica de PÉREZ HAZAÑA, Alejandro, La discriminación a los consumidores extranjeros en un caso colectivo.

(70) CNCIV, SALA K, 08/09/2010, elDial.com - AA6673 y en JA 2011-I-615, con nota de KAUFMAN, Gustavo, Las leyes de migraciones ante el derecho a aprender de los extranjeros.

residencia precaria, documentación renovable cada 90 días que la autorizaba entre otras cosas, a estudiar dentro del territorio argentino. Fue aceptada como alumna con su documento paraguayo y el título de estudios secundarios certificado por el Ministerio de Educación de la República de Paraguay, legalizado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Cursó los tres años de la carrera y aprobó la totalidad de las materias correspondientes. Concluido sus estudios, su solicitud de tramitación del título fue rechazada por el establecimiento educativo por no contar con DNI argentino, único documento que acredita identidad, exigible para otorgar título o certificado según la ley 17.671. La demandada también argumentó que al solicitar la inscripción, la estudiante declaró conocer y aceptar como requisito de ingreso y permanencia en la institución: i) las condiciones establecidas en los Estatutos y Reglamentación; ii) las pautas fijadas en los planes de Estudio y Normas Académicas; iii) que su inscripción estaba condicionada al cumplimiento de los requisitos de ingreso exigidos y que de no presentar la documentación requerida, podía cancelarse su matrícula; en tal caso, los estudios cursados serían considerados de carácter académico y sin derecho a certificación.

El tribunal rechazó estas defensas. Razonó del siguiente modo: Si el extranjero ha ingresado legalmente al país obteniendo radicación temporal, ha cursado y aprobado toda la currícula de la carrera, resulta irrazonable y contrario a los fines de la ley condicionar la entrega del título al documento de identidad argentino. Si se le admitió el derecho a estudiar durante tres años, cumpliendo con todas las cuotas pactadas, la actora se ha hecho acreedora a la entrega del título obtenido, máxime cuando no se trata en el caso de un cuestionamiento sobre la ilegalidad de su residencia en el país ni sobre su identidad.

9. Libertad de contratar

(a) Preliminares

El art. 1099 cierra la sección prohibiendo las prácticas que "limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo".

Todo consumidor debería gozar de la efectiva libertad de elección mencionada en el art. 42 de la CN ya transcripto. Se ha sostenido con razón que "la libre elección, basada en precios justos y variedad de productos y servicios, supone un ade-

cuado funcionamiento de las reglas de libre competencia y abastecimiento y, fundamentalmente, la eliminación de políticas económicas que excluyen a determinados sectores de la población al acceso al consumo"⁽⁷¹⁾.

(b) Pluralidad de variantes

Las maneras como el consumidor pierde o limita su libertad de elección son muy variadas.

Así, por ej., la directiva 2005/29 CE, distingue entre prácticas engañosas y agresivas.

Las agresivas están definidas en el art. 8: "Se considerará agresiva toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, merme o pueda mermar de forma importante, mediante el acoso, la coacción, incluido el uso de la fuerza, o la influencia indebida, la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y, por consiguiente, le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

El art. 9 completa el panorama con el siguiente texto: "Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta: a) el momento y el lugar en que se produce, su naturaleza o su persistencia; b) el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante; c) la explotación por parte del comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, de los que el comerciante tenga conocimiento, para influir en la decisión del consumidor con respecto al producto; d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante; e) la amenaza de ejercer cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse".

En la República Argentina, los términos amplios de la norma también comprenden otras prácticas vedadas en las leyes de libre competencia, como rehusar a un consumidor la venta de un producto o la prestación de un servicio, sin motivo legítimo; predeterminar el nombre de aseguradoras a través

(71) STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Rubén, Derechos y defensa del consumidor, Bs. As., ed. La Rocca, 1994, pág. 42.

de contratos conexos de manera tal que se limite la libertad de elección del asegurado, imponer por parte de empresas cuyo objeto social no es la actividad aseguradora, la contratación de seguros sobre riesgos ajenos al contrato básico⁽⁷²⁾.

(c) Un caso específico: los contratos o ventas "atadas"⁽⁷³⁾

Esta práctica coercitiva fue señalada como ilícita hace ya mucho tiempo en las leyes que gobiernan las prácticas restrictivas de la competencia. De hecho, en la Argentina, el art. 2 inc. i) de la ley de defensa de la competencia 25.516/1999 describe como prohibida la conducta que consiste en "Subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro o a la utilización de un servicio, o subordinar las prestaciones de un servicio a la utilización de otro o a la adquisición de un bien".

Por eso, la cuestión también se vincula a la temática del abuso de posición dominante en el mercado, regulada en el art. 11 del CCyC.

Aunque la figura aparece en numerosas disposiciones del derecho comparado (art. 17 H de la ley chilena de protección de los consumidores; 56 de la ley peruana, 111 de Bolivia, etc.), la determinación no siempre es fácil.

Así, por ej., hay productos que, por necesaria *completitud* funcional, deben comprarse juntos: los dos guantes, las dos medias, el juego de sábanas, el juego de desayuno compuesto de taza y plato, etc.

En la práctica prohibida, en cambio, se trata de la imposición de productos atados, que no guardan relación directa con la naturaleza de los productos vinculantes y que, por eso, aparece como lesiva para los derechos del consumidor desde que genera un desperdicio de recursos y una distorsión en el consumo, en tanto obliga al cliente a adquirir productos que no necesita.

En el derecho norteamericano de la *libre competencia*, esta modalidad se conoce con el nombre de "tying contracts" o "full forcing". Se está frente

(72) STIGLITZ, Rubén, Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el código civil y comercial de la Nación, en LORENZETTI, Ricardo (director) Código civil y comercial de la Nación, Bs. As. Suplemento especial La Ley, 2014, pág. 104.

(73) El tema ha sido desarrollado con maestría por JARAMILLO J., Carlos I., La compraventa en el derecho del consumo, Bogotá, ed. Universidad Javeriana y otros, 2015, págs. 133/207, estudio al que cabe remitirse.

a un acuerdo o cláusula atada toda vez que el vendedor de un producto A (*tying*) condiciona o ata la venta al hecho de que el comprador también lleve el art. B (*tied*)⁽⁷⁴⁾. Comprende no sólo los bienes materiales sino que puede incluir la prestación de un servicio. En los primeros años de aplicación de este tipo de normas, en la jurisprudencia se visualizaron dos tendencias: la de la *strict rule* (prohibición per se de la cláusula) y la *rule of reason*, que exige la verificación de que, en definitiva, el acuerdo o la maniobra resulte perjudicial⁽⁷⁵⁾. Hoy estas cláusulas son juzgadas bajo la regla de la razonabilidad (*rule of reason*); son válidas si existen razones comerciales apropiadas; o sea, en cada caso, el tribunal debe mirar los hechos y determinar los efectos económicos —buenos y malos— producidos con el contrato; en ese análisis, debe ir más allá del lenguaje del contrato, y tener en cuenta, entre otras pautas: la fuerza relativa de las partes, el volumen proporcional del comercio en el área de mercado relevante, los efectos probables inmediatos y futuros que la captación de esa porción del mercado pueda tener en la competencia efectiva⁽⁷⁶⁾. Así, por ej., en el contrato de *franchising* es válida la cláusula que obliga a comprar los productos íntimamente unidos a la cosa vendida (por ej., la carne de las hamburguesas) pero inválida si no tiene esa vinculación (por ej., el detergente para limpiar la cocina).

La prohibición implica:

— la existencia de *productos diferentes*. Sin embargo, existen casos en que no es fácil determinar si hay un mismo producto o no. En el caso *Time Picayune* se consideró que no había cláusula atada al obligar a un avisador a publicar sus avisos en el diario de la mañana y en el de la tarde, puesto que se trataba de un mismo producto (material de lectura, diarios), y de un mismo mercado.

— un poder que el vendedor ejerce sobre el comprador para obligarlo a comprar un segundo

(74) MANZINI, Pietro, *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust comunitario*, Milano, ed. Giuffrè, 1994, pág. 48 y ss.; OTAMENDI, Jorge, *Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia*, Bs. A., A. Perrot, 1978, pág. 11.

(75) Para la "rule of reason" y su aplicación en el derecho de la competencia ver NAPOLETANO, Guido, *Diritto della concorrenza*, Roma, ed. Lithos, 1996, pág. 5.

(76) Cit. por OTAMENDI, Jorge, *Las relaciones comerciales y las restricciones a la competencia*, Bs. As., A. Perrot, 1978, pág. 64.

producto. Ese poder es la consecuencia de la dominación que el vendedor posee sobre el producto deseado; si este predominio no existiera, difícilmente el vendedor podría ejercer algún poder y el comprador sería libre de comprar a quien deseara.

En definitiva, aún en el derecho de protección de los consumidores, el hecho de que varios productos se vendan en forma conjunta no es suficiente, sin más, para que se concluya que media una venta atada ilegal. Así, por ej., la venta de "combos" en las casas de comidas rápidas, está permitida prácticamente en todos los países; el tema es que esos productos puedan ser adquiridos también por separado. Así, por ej., una casa puede vender conjuntamente máquinas impresoras y cartuchos de tinta; zapatos y pomada para el calzado. Lo que se prohíbe es la obligada adquisición de un bien como condición para la adquisición de otro. Así, por ej., es válido que se venda el *shampoo* y el acondicionador juntos, pero no que se me obligue a comprar un acondicionador que no quiero, para poder comprar el *shampoo*⁽⁷⁷⁾.

Un caso resuelto en la Argentina muestra la dificultad. Ciertas cooperativas de electricidad, con monopolio local en la prestación de ese servicio público, exigían la incorporación de los usuarios de ese servicio a un sistema de sepelios, cuyos costos eran facturados conjuntamente con la electricidad suministrada; de esta manera, en la práctica, se colocaba al servicio de sepelio en dependencia respecto del de energía eléctrica. En razón de ese efecto, se sancionó a las cooperativas por imponer la adquisición de servicios fúnebres sobre la base del control del mercado de la electricidad⁽⁷⁸⁾. En opinión de Otamendi, en cambio, en el caso no se trataba de cláusulas atadas, porque el socio cooperativo no estaba obligado a contratar el servicio de sepelio como condición de la venta de energía; en cambio, existía posición do-

(77) Ejemplos proporcionados por JARAMILLO J., Carlos I., *La compraventa en el derecho del consumo*, Bogotá, ed. Universidad Javeriana y otros, 2015, pág. 169).

(78) Cám. Fed. Bahía Blanca 8/3/1985, JA 1985-III-509. El fallo mereció severa crítica de CRACOGNA, Dante, *El mito del mercado y las consecuencias antisociales de su pretendida defensa en la aplicación de la ley 22.262, RDCO año 16-157*; del mismo autor, *Ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia*, JA 1985-III-515.

minante, porque las cooperativas podían dar al cliente facilidades que no daban las pompas fúnebres; las cooperativas aprovechaban el poder que una concesión oficial les daba para competir con quienes no poseían tal posición⁽⁷⁹⁾.

10. Una breve conclusión

El proceso de constitucionalización del derecho privado recogido en los arts. 1 y 2 del CCyC de la República Argentina justifica plenamente la incorporación del llamado "núcleo duro" del derecho de los consumidores, tal como se explica en los fundamentos que acompañaron el anteproyecto. La regulación legal de las prácticas abusivas es un ejemplo claro de cómo el legislador hoy mira en la misma dirección que la Constitución Nacional. ♦

(79) OTAMENDI, Jorge, *Criterios de la Comisión Nacional de Defensa de la competencia*, LL 1982-D-561.