

UNA INTERPRETACIÓN IGUALITARIA SOBRE EL ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE LA RELACIÓN DE CONSUMO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y USUARIO CONFORME EL MANDATO DEL ART. 46 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD

Esteban TZICAS ¹

I. ¿Que veinte años no es nada? ²

Tal vez en los tiempos de Gardel y Le Pera los cambios se producían a fuego lento, pero en las dos décadas transcurridas desde la sanción de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (C.C.B.A.) hasta hoy, el desembarco de las corporaciones internacionales a partir de la privatización de los servicios públicos en la última década del siglo pasado, la instalación de los shoppings, la consolidación de las grandes cadenas de supermercados, la conformación de un mercado oligopólico en materia de telecomunicaciones, el fortalecimiento de las empresas de medicina prepaga, el nacimiento del “e-commerce”, el avance imparable de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (Tics), entre tantos otros, generaron profundas transformaciones en los hábitos culturales de consumo que, en lo que aquí nos interesa, condujeron a las personas a reconocerse como “usuarios y consumidores” con derechos que debían hacer valer frente a las imposiciones de los proveedores de bienes y

1 Abogado (Facultad de Derecho UBA). Periodista (Taller, Escuela, Agencia- TEA). Cursó estudios de Historia en la Universidad del Salvador. Posgrado en Asesoría Jurídica de Empresas (Facultad de Derecho UBA). Profesor de Ética y deontología profesional en TEA. Asesor de la Comisión de Derechos y Garantías del H. Senado de la Nación. Abogado en diversas causas de interés público en materia de derechos humanos, y del consumidor y usuarios de bienes y servicios públicos.

2 Frase del célebre tango “Volver”, escrito por Alfredo Le Pera en 1935 e inmortalizado por Carlos Gardel, a la cual nos permitimos la licencia de colocarle signos de interrogación.

servicios; y al Estado, a fin de corregir esas desigualdades, a ocupar un rol en la economía hasta entonces inédito.

Así, con el vertiginoso crecimiento del mercado a partir de los avances en la ciencia y la tecnología, nació el *consumidor ciudadano*³, aquel que no sólo es protegido en sus derechos a partir de la relación de consumo, sino que se informa, participa en organismos de decisión sobre su problemática, y acude a la Justicia.

El reconocimiento y la protección del consumidor ciudadano en el artículo 46 de la C.C.B.A.⁴, dentro del Título de Políticas Especiales⁵, fue el resultado de un proceso lógico que en materia legislativa se inició a nivel nacional con la ley 22.262, de Defensa de la Competencia, y la ley 22.802 de Lealtad Comercial, y que tuvo su impulso clave con la ley 23.696 de Reforma del Estado, que condujo de manera directa a la ley 24.240, de Defensa del Consumidor (LDC), por la que se reglamentaron los derechos y obligaciones en materia de consumo. Éstos fueron luego incorporados en el artículo 42 de la Constitución Nacional -reformada

3 TAMBUSI, Carlos Eduardo, “Los derechos del consumidor como derechos humanos”, en ww.gordilo.com/DH6/capVII.pdf

4 Art. 46 C.C.B.A: “La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas.

Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación.

Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos.

El Ente Único Regulador de los Servicios Públicos promueve mecanismos de participación de usuarios y consumidores de servicios públicos de acuerdo a lo que reglamente la ley.

5 La ubicación de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios dentro del Libro primero: “Derechos, Garantías y Políticas Especiales” de la C.C.B.A. demuestra la importancia de su protección para el constituyente.

en 1994 ⁶, que reconoció la economía de mercado y sus formas de organización, y la consiguiente intervención del Estado en su regulación ⁷.

Pero el reconocimiento legal frente a los cambios en materia de consumo no se detuvo allí. El Congreso Nacional sancionó la ley 26.361 (principal reforma de la LDC), la ley 26.682 ⁸ de medicina prepaga, la ley 26.993 de sistemas de resolución de conflictos en las relaciones de consumo, e incorporó los contratos de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación ⁹. Amén de que seguramente surgirán nuevas leyes y se modificarán otras ante las transformaciones que a diario sufren la economía y los hábitos culturales.

El derecho del consumidor se define entonces como un instrumento de protección relacionado con derechos elementales de la persona humana, que reconocemos como derechos humanos, y sobre los cuales las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor ¹⁰ impusieron lineamientos mínimos a los Estados respecto de los cuales no pueden alejarse y que sirvieron de fuente,

6 En cuanto a los tiempos que corrían y su influencia en el texto de la Constitución Nacional, GELLI afirma que “En medio de ese impulso privatista, con predominio mercantil, actos de fe liberal y retroceso del Estado, se produjo la reforma constitucional de 1994 que incorporó algunos de los llamados derechos de la tercera generación. Así, la protección de usuarios y consumidores ingresó en la Constitución, mientras el espacio público disminuía ostensiblemente y cada persona se tornaba vulnerable, en un creciente mercado de consumidores”. Ver, GELLI, María Angélica (2008), *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Tomo I, pág. 582, 4ta. edición.

7 TARZIA, María Verónica (2016), “Modelo Regulador, Servicios Públicos y Derechos de Usuarios y Consumidores en la Constitución Nacional”, págs. 796/797, en *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Tomo II, Roberto GARGARELLA y Sebastián GUIDI.

8 Incluimos en esta enumeración a la ley 26.682 de medicina prepaga, dado que regula la relación contractual entre los usuarios y las prepagas, la cual es una relación de consumo.

9 El Código Civil y Comercial de la Nación regula los contratos de consumo entre los arts. 1092 a 1122.

10 Aprobadas por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1985, Resolución 39/248, ampliadas en 1999 y en 2015.

primero a la ley 24.240¹¹, y luego a los textos constitucionales mencionados.

II. La protección de los derechos de los consumidores y usuarios y el rol del Estado

El art. 46 de la C.C.B.A. reconoce y garantiza el ejercicio pleno de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en “su relación de consumo”, es decir dentro de ella; por lo que, a nuestro juicio, resulta imprescindible determinar el alcance de esta definición, que si bien es normativa merece una interpretación humanista, no mercantil, e igualitaria a la luz (i) de los lineamientos mínimos de protección establecidos por las Naciones Unidas, (ii) del especial reconocimiento que las Constituciones porteña y nacional otorgan a esos derechos, (iii) de las pautas fijadas por la ley 24.240¹² con sus modificatorias, y (iv) de la incorporación de los contratos de consumo al Código Civil y Comercial de la Nación¹³. Pero antes haremos un breve repaso de dichos derechos y del rol del Estado de la Ciudad como garante de su cumplimiento efectivo.

El artículo en análisis derivó de su par de la Constitución Nacional; de allí que la protección de los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios dentro de la relación de consumo, reconocidos por el art. 46, si bien presenta algunas diferencias posee un núcleo estructural equivalente al establecido por el artículo 42 C.N.¹⁴, que ya dijimos tuvo como antecedente la ley 24.240.

Al analizar dicho artículo de la C.N., ROSATTI¹⁵ reconoce una instancia “macro”, vinculada con el funcionamiento de la economía y

11 TAMBUSI, Carlos Eduardo, ob. cit.

12 A esta ley la llamaremos también “ley especial” o “LDC”.

13 A este plexo normativo lo llamaremos indistintamente también “nuevo Código”, “Código nuevo” o “Código unificado”.

14 QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1996), *Constitución Comentada de la Ciudad de Buenos Aires*, pág. 136.

15 ROSATTI, Horacio D. (2012), “La relación de consumo y su vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional”, en *Revista de Derecho privado Comunitario, Eficacia de los derechos de los consumidores*. Rubinzal-Culzoni, 1ª edición, Santa Fe.

en la cual el Estado cumple un rol preponderante; y una instancia “micro”, en la que el protagonista central es el usuario y consumidor como ciudadano responsable en el marco contractual de consumo.

Tales instancias se reproducen en el art. 46 de la C.C.B.A, de la cual se desprende que tanto la garantía de defensa que les debe brindar la Ciudad a los consumidores y usuarios “*contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten*”¹⁶, como la protección de la salud, la seguridad y el patrimonio, y de los demás derechos enumerados en el segundo párrafo de esa cláusula¹⁷, se circunscriben dentro de la relación de consumo con los proveedores de bienes y servicios, es decir que son resguardados por estar circunscriptas a dicha relación¹⁸. De allí la necesidad de determinar su alcance.

En igual inteligencia que el art. 42 de la C.N., el constituyente porteño decidió otorgar al Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires un rol regulador a través del ejercicio del poder de policía y del dictado de leyes, con el objeto de proteger el cumplimiento efectivo de los derechos de los consumidores y usuarios frente al poder infinitamente superior del mercado¹⁹, por lo que les garantizó la posibilidad de realizar acciones judiciales individuales y colectivas²⁰ ante la mínima afectación de esos derechos.

16 Garantía que ordena el texto constitucional en el primer párrafo del art. 46, y sobre la que vuelve en el tercer párrafo del art. 48: “Las autoridades proveen a la defensa de la competencia contra toda actividad destinada a distorsionarla y al control de los monopolios naturales y legales y de la calidad y eficiencia de los servicios públicos”.

17 Estos derechos son: el trato equitativo, la libertad de elección, y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna.

18 ROSATTI, Horacio D. (2012), ob. cit.

19 En cuanto a este nuevo rol del Estado en materia de consumo, a partir de la sanción del art. 42 de la C.N. ver: TARZIA, María Verónica, ob. cit., págs. 797 a 803; y ROSSATI, Horacio d., ob. cit., págs. 77 a 90.

20 El art. 14 de la C.C.B.A determina que están legitimados para interponer una acción de amparo “*cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derecho o intereses colectivos, cuando la acción se ejerza contra alguna forma de discriminación, o en los casos en que se vean afectados derecho o intereses colectivos, como la protección del ambiente, del trabajo y la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia*

En virtud de ello, el art. 46 establece el pleno ejercicio del Estado del poder de policía en materia de consumo y comercialización de todos los bienes y servicios que se expendan y brinden en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos, lo cual resulta una consecuencia lógica del ejercicio de las potestades concurrentes entre Nación y provincias determinadas por la Constitución Nacional.

Por ello, la ley 24.240 de Defensa del Consumidor determina en su artículo 41 que la Ciudad de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación *“ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones”*. Y como consecuencia de ello, la Legislatura de la Ciudad sancionó la ley 757 con el objeto de *“establecer el procedimiento administrativo para la efectiva implementación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de los derechos de los consumidores y usuarios, reconocidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, en las Leyes Nacionales de Defensa del Consumidor (24.240) y de Lealtad Comercial (22.802) y disposiciones complementarias, sin perjuicio de las competencias concurrentes de la autoridad nacional de aplicación”* (art. 1) ²¹.

En materia de servicios públicos, la C.C.B.A creó el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos (EURSP) ²², en el que reconoció la protección de los derechos de los usuarios y consumidores, la participación en su directorio de las asociaciones

del usuario o del consumidor”. No olvidemos, además, que el art. 12 inc. 6 del texto constitucional de la Ciudad garantiza *“el acceso a la justicia de todos sus habitantes”*.

21 El carácter eminentemente local del poder de policía fue ratificado por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en *“Centro Costa Salguero S.A. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”*, expte. n° 456/00 -y su acumulado expte. n° 457/00-, sentencia del 24/10/2000, además, de haberlo hecho la CSJN desde 1869 con el precedente *“Plaza de Toros” (Fallos, 7:150)* hasta la actualidad (320:89; 223); entre otros.

22 Los arts. 138 y 139 de la C.C.B.A. establecen el carácter y competencia del Ente Único Regulador, y su composición y forma de designación, respectivamente.

que los representan, y ordenó a la Ciudad promover mecanismos de participación de los usuarios y consumidores ²³. Cabe recordar aquí que el constituyente a través del art. 17 agravó el deber de la Ciudad en materia de servicios públicos al obligarla a promover su acceso a las personas con necesidades básicas insatisfechas.

En cuanto al ejercicio del poder de policía del EURSP, la empresa prestataria de los servicios de subterráneos de la Ciudad cuestionó la competencia del Ente para aplicar multas por el ejercicio de las facultades de autoridad de aplicación del contrato de concesión (antes de su transferencia del Estado nacional al porteño) y del régimen de defensa del consumidor. El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ) resolvió "... que las competencias reconocidas en cabeza del EURSP abarcan la policía de los servicios públicos y el poder sancionador previsto a su respecto cuando, como en el caso de autos, se prestan en el ámbito de la CABA. Los preceptos constitucionales supra citados, además de crear al EURSP con rango constitucional, definen su finalidad y objeto con idéntica jerarquía. Al órgano en cuestión se le otorga poder de policía en materia de servicios públicos; poder orientado a asegurar 'la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores' (art. 138 de la CCBA). En ese contexto, es indisputable que el constituyente atribuyó al Ente Único el poder de policía en materia de servicios públicos para asegurar la defensa y protección de los derechos de usuarios y consumidores (arts. 46 y 138 CCABA)" ²⁴.

Asimismo, el art. 46 amplía el poder sancionador del Estado a "*los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra*

23 Para una mayor y mejor comprensión sobre este tema ver: MORTIER, Natalia y PASQUALLINI, Ana Elisa, (2007), ponencia: "Algunas reflexiones sobre el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires, su concepción y sus conflictos", publicada en Revista Ada Ciudad N°1, Buenos Aires, septiembre de 2007.

24 TSJ, 19/09/2012, Expte. n° 8346/11 "Metrovías SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías SA c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'".

*mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas*²⁵, lo cual fue calificado como novedad por QUIROGA LAVIÉ, quien además destacó que el constituyente efectuó una regulación del ejercicio de la libertad de prensa cuyo control deberá ser judicial y a posteriori de la infracción, en razón a la prohibición de la censura previa impuesta por el art. 14 de la C.N.²⁶.

Por otra parte, la obligación de la Ciudad de legislar para proteger los derechos de los consumidores y usuarios surge no solo del art. 46, que además prevé el dictado de una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales²⁷ o promover la automedicación²⁸, sino también del art. 80 inc. 2 g) y h)²⁹.

Así la Legislatura dictó la ley 757, que como señalamos antes establece el procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario; la ley 941 que crea el Registro Público de Administradores de la Propiedad Horizontal; la ley 1493 por la que fija el sistema de información sobre precios al consumidor (hipermercados y supermercados); la ley 2013 del redondeo; la 2014 que instauró el registro “No llame”; la ley 2224 que obliga a incluir

25 Ver TSJ (2005): Expte. n° 3901/05 “Galerías Pacífico S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Galerías Pacífico S.A. c/G.C.B.A. s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones’”. En esta causa el TSJ rechazó el recurso de queja contra una multa impuesta por la Dirección General de Protección y Defensa del Consumidor en violación a la ley de lealtad comercial, en el cual se destaca la violación a los preceptos de los arts. 42 C.N y 46 C.C.B.A.

26 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, ob. cit., págs. 136/137.

27 La ley 1799, modificada por la ley 3718, prohíbe la publicidad del tabaco; y la ley 5708 regula la publicidad y promoción de la venta de bebidas alcohólicas en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, a efectos de prevenir y asistir a la población ante las consecuencias negativas de su consumo en exceso.

28 La ley 153/99 determina que la autoridad de aplicación en materia de salud regulará la publicidad sobre medicamentos y suplementos dietarios.

29 Art. 80: “La legislatura de la Ciudad: ...2: Legisla en materia: ... b) De educación, cultura, salud, medicamentos, ambiente y calidad de vida, promoción y seguridad sociales, recreación y turismo, ...g) De comercialización, de abastecimiento y de defensa del usuario y consumidor; h) de obras y servicios públicos, cementerios, transporte y tránsito”.

en la página web de los proveedores un enlace con el sitio de Defensa del Consumidor; la 2695 que obliga a las empresas de servicios a suministrar una copia del contrato a los consumidores que lo requieran, previo a la suscripción del servicio; y la ley 963 que crea el sistema arbitral de consumo, entre muchas otras.

Vemos entonces que se han dictado numerosas leyes en cumplimiento con el mandato constitucional, lo cual no quiere decir que todas ellas garanticen plenamente el ejercicio de los derechos que deben proteger, y mucho menos que el legislador haya culminado su tarea. Hay todavía muchos derechos por legislar, controlar y hacer respetar en materia de consumo.

En cuanto a los derechos enunciados en el art. 46, cabe recordar que se circunscriben a su resguardo dentro de una relación de consumo, ya que la salud, la seguridad y el patrimonio ³⁰ se encuentran tutelados por la C.C.B.A ³¹. GELLI ³² los agrupa en (i) “*derechos patrimoniales*” (la seguridad de no sufrir daño; los intereses económicos ³³; la libertad de elección; el trato equitativo y digno; la mayor protección cuando en la relación de consumo se constituya en la parte más débil); y (ii) “*derechos personales*” (la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquélla o en la vida ³⁴), a la vez que señala que

30 “Ahora bien, para determinar especialmente el contenido de los derechos a la protección a la salud, seguridad e intereses económicos, en el marco de la relación de consumo, la doctrina tiende a considerar que se trata de un plus de obligaciones de prevención y protección para dar lugar a la responsabilidad civil y también un plus en relación con los daños que se reconocen a los consumidores y usuarios en caso de que dicha responsabilidad efectivamente ocurra”, TARZIA, María V., ob. cit., pág. 808.

31 ROSSATTI, Horacio D., ob. cit., pág. 92. El autor se refiere a la tutela brindada a estos derechos por la Constitución Nacional, cuyo análisis y conclusión se aplica al supuesto que tratamos aquí.

32 GELLI, María A., ob. cit., pág. 586. Si bien esta clasificación la hace en relación al artículo 42 C.N. resulta válida para analizar el art. 46 C.C.B.A.

33 Recordemos que el art. 46 C.C.B.A. se refiere “al patrimonio de los consumidores” en lugar de los “intereses económicos”, términos que resultan semejantes.

34 El derecho a la salud y a la seguridad dentro de una relación de consumo fue reconocido por el T.S.J (2007) en Expte. n° 4912/06 “T., S. N. y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. Médica) s/recurso de apelación ordinario

el derecho a una información adecuada y veraz resguarda ambas categorías de derecho ³⁵.

Recordemos que en cuanto a las características de la información que debe recibir el consumidor y usuario, el art. 46 C.C.B.A., en relación al 42 C.N., agrega las calidades de “transparente” y “oportuna” ³⁶.

Todo este breve repaso nos lleva a concluir que el respeto del plus de protección que la C.C.B.A. otorga a los derechos de los consumidores y usuarios debe primar a la hora de analizar el alcance de la definición de la relación de consumo que los contiene y hace operativos, tarea que abordaremos a continuación.

concedido” en expte. n° 6400/0 “T. S. N. y otros c. GCBA y otros sobre daños y perjuicios (excepto resp. médica)”.

35 El consumidor y usuario tiene derecho a la información en materia de consumo, ya sea en el ámbito privado como en el público, en el que entendemos prima la ley 24.240, sobre cualquier norma que regule el acceso a la información pública. No podemos dejar de recordar que más allá del particular resguardo del derecho a la información en materia de consumo, el derecho al acceso a la información pública es un derecho reconocido por la C.N. y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que la integran, y fue reglamentada por la ley 104 en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y por la ley nacional 27.275. Para un pormenorizado análisis de la ley 104 ver: SCHEIBLER, Guillermo (2012), coordinador, *Acceso a la información Pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Adhoc editores.

36 En un precedente donde un prestador de salud no informó el aumento de la cuota conforme lo ordenado por el art. 46, el TSJ (2005) sostuvo: [“La Sala II de la Cámara dispuso “... rechazar el recurso directo de apelación interpuesto y confirmar resolución (*sic*) impugnada, con costas ...” (...). Para así decidir, el Tribunal entendió que la apelante no acreditó en sede administrativa haber cumplido con el deber de información previsto en el art. 4 de la ley n° 24.240, disposición que resulta concordante con lo prescripto por la CN, art. 42: “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a una información adecuada y veraz”, así como por la CCBA, cuyo art. 46 garantiza el acceso a la información transparente y adecuada. La Cámara consideró que, en el caso bajo consideración, este derecho había sido violado en perjuicio del denunciante,...]. Expte. n° 3546/04 “Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en “Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la CABA c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”.

III. La interpretación del alcance de la definición de relación de consumo y la protección de los derechos del consumidor y usuario a partir del análisis de constitucionalidad de un reciente fallo

Tanto el art. 42 de la C.N. como el 46 de la C.C.B.A. dejaron en manos del legislador la definición de la relación de consumo. Así, el artículo 3° de la ley especial la define como “*el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario*”, noción adoptada por el art. 1092 del Código Civil y Comercial³⁷. Este concepto se completa entonces con las definiciones que la LDC y el nuevo Código otorgan al “consumidor y usuario”, y también al “proveedor”.

El art. 1 de la ley especial, reformada por la ley 26.994³⁸, define al consumidor como “*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 utilice bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social*”³⁹.

37 El artículo 1092 del Cod. Civ. Com sólo tiene una leve diferencia de redacción con el art. 3 de la LDC, ya que habla de “un proveedor” y “un consumidor”.

38 Explica HERNÁNDEZ que la decisión de incorporar al Código Civil y Comercial de la Nación “una regulación de mínimos sobre las relaciones de consumo, ha exigido coordinar -...- la noción de consumidor, poniendo en sintonía del art. 1092 del nuevo Código, al art. 1° de la ley de Defensa del Consumidor -según reforma introducida por la ley 26.994-. Ello se explica en razón de la centralidad del concepto, que constituye el presupuesto que permite determinar el acceso al sistema normativo protectorio”, HERNÁNDEZ, Carlos A. (2016), “Relación de consumo”, en *Tratado del Derecho del Consumidor*, STIGLITZ, Gabriel y HERNÁNDEZ, Carlos A, tomo I, pág. 416, La Ley.

39 Las diferencias entre este artículo y el 1092 del Código unificado se limitan a que en este último se incluye la relación de consumo y al uso del término “persona humana”, en lugar de “persona física”. Cabe señalar que la definición adoptada pone fin a la vieja discusión sobre el concepto de consumidor, tomando partido por los postulados de la doctrina mayoritaria.

Conforme al art. 2 de la ley 24.240, el proveedor “*es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento...*”.

Por su parte, el art. 1093 del Código unificado define al proveedor como “*una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social*”, que como explica HERNÁNDEZ ⁴⁰ resulta una noción más amplia, pues abarca las contrataciones entre los consumidores y organizaciones empresariales sin personalidad jurídica, derivadas de los contratos asociativos establecidos por los arts. 1442 a 1478 del Código unificado (ejemplo: las uniones transitorias de empresas).

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires debemos recordar que con anterioridad a la sanción del Código nuevo, el TSJ comprendió que “subyace dentro del marco general de protección al usuario o consumidor la idea de vulnerabilidad de éstos en el marco de la relación de consumo y cualquiera sea la etapa por la que esta clase de relación transite (tratativas, ofertas, celebración, ejecución, etc.) e incluye un escrutinio especial sobre el plexo principal de obligaciones y, del mismo modo, sobre las denominadas obligaciones colaterales(...). La relación de consumo se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o

40 HERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 426. Explica también este autor que “La nota articuladora de la categoría parece referir a la noción de empresa, que sociológicamente se presenta como contrapunto natural de la categoría del consumidor, y que indica la relación de superioridad-vulnerabilidad. (Pág. 427).

usuario, sin que sea necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual...”⁴¹.

Si bien por todo lo referido hasta aquí podríamos pensar que la aplicación de la noción de “relación de consumo” y de los dos conceptos que la definen, “consumidor y usuario” y “proveedor”, hoy no merecerían ninguna discusión dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la realidad nos demuestra lo contrario.

En un caso reciente⁴² en el cual se inició una demanda por daños y perjuicios por mala praxis contra el Gobierno de la CABA, el Servicio de Atención Médica de emergencias (SAME), el Hospital General de Agudos “Dr. Ignacio Pirovano” y los médicos actuantes ante el fallecimiento del padre y concubino de las actoras, la Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria de esta Ciudad confirmó la sentencia de primera instancia y rechazó un recurso de apelación, por lo que se negó la aplicación de la gratuidad prevista por el art. 53 de la ley 24.240.

En lo que a nosotros nos ocupa cabe destacar que, conforme surge de la sentencia en cuestión, las actoras en su escrito de inicio de la demanda solicitaron expresamente la aplicación de la LDC por considerar que existió “una relación de consumo y una verdadera relación de adhesión entre los demandados y el beneficiario”.

Para arribar a tal resolución la Cámara, luego de transcribir el art. 53 de la ley 24.240, comprendió que: “De la lectura de la referida norma se observa que el beneficio de la justicia gratuita invocado se refiere a aquellas actuaciones que se inicien de conformidad con las disposiciones de la ley de Defensa del Consumidor. Sin embargo en el caso sub exámine nos hallamos frente a un reclamo por daños y perjuicios por una supuesta mala praxis en el ejercicio médico profesional cuyo procedimiento se encuentra previsto en las normas de derecho público local y en las disposiciones procesales establecidas en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad el cual -es oportuno destacar-, además prevé el beneficio de litigar

41 Del voto de la jueza Alicia Ruiz en “T.S.J (2007) en Expte. n° 4912/06 “T., S. N. y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. Médica) s/recurso de apelación ordinario concedido” en expte. n° 6400/0 “T. S. N. y otros c. GCBA y otros sobre daños y perjuicios (excepto resp. médica)”.

42 Cámara de Apelaciones CAyT, Sala I (09/03/2017), epte. 43885/2, en autos “Ulrich Ingrid y otros contra GCBA y otros s/otros procesos incidentales”.

sin gastos para aquellos casos en los cuales la parte solicitante acredite la carencia de recursos para afrontar el juicio, ...Así las cosas, cabe concluir en que la pretensión inicial de las actoras no se encuentra regulada por la ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240) y, por ende, no resulta alcanzada por la franquicia establecida en el artículo 53 de dicho cuerpo legal”.

Analicemos ahora la aplicación de los conceptos de “relación de consumo”, “usuario y consumidor” y “proveedor” sobre esta sentencia, para determinar si se respeta la protección especial a los derechos de los consumidores prevista por el art. 46 de la C.C.B.A. Creemos que, en razón de todo lo explicado, el lector ya conoce la respuesta.

En el caso que nos ocupa, a la luz de los arts. 1, 2, y 3 de la LDC y 1092 y 1093 del Cód. Civ.Com., hubo una persona física/humana (*usuario*) que *utilizó* en forma *gratuita* y como *destinatario final* los *servicios* brindados en forma *profesional* por un Hospital de la Ciudad (*proveedor*), por lo que se constituyeron las notas típicas de una “*relación de consumo*”. Por ello, resulta erróneo excluir de la protección de los arts. 42 C.N., 46 de la C.C.B.A, y de la LDC, el reclamo de daños y perjuicios producidos por la mala praxis de los médicos dependientes de un hospital, que afectaron directamente el “derecho a la salud y seguridad” del usuario del servicio dentro del marco de esa relación de consumo, cualquiera fuera el procedimiento de la acción judicial que se aplique ⁴³.

Tal como explica LORENZETTI, la empresa médica, privada o pública, entre las que se incluye a los hospitales, es un “*proveedor profesional de servicios destinados al consumo final*”, sin perjuicio de que los médicos se encuentren excluidos por ser profesionales liberales (art. 2 LDC). En razón de ello, la responsabilidad del hospital deriva de su deber de conducta y, de no existir un “vínculo convencional”,

43 El art. 52 de la ley 24.240 establece que “el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados”, ese procedimiento será el previsto por la norma procesal local para cada caso. Por su parte el art. 53 fija el principio de que “*en las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado*”.

proviene de la operatividad directa de la que goza el derecho a la seguridad en una relación de consumo. Es decir que estamos frente a una responsabilidad objetiva ⁴⁴, en la que no se pone en tela de juicio la culpa del médico sino que se juzga el incumplimiento de la institución médica de su obligación de organizar de manera adecuada el servicio que presta ⁴⁵.

Tal inteligencia fue recepcionada por otros tribunales ⁴⁶ en casos similares al recién señalado. Así, en un fallo del fuero federal en el que se reclamó a un Hospital por los daños y perjuicios ocasionados por una infección contraída por una persona durante su internación, se entendió de manera acertada, que “no se suele asociar la responsabilidad de las clínicas y de los establecimientos hospitalarios a la ley de defensa del consumidor por dos razones fundamentales, la primera es que la ley excluye de los sujetos comprendidos a los profesionales liberales y la segunda es que resulta más frecuente asociar la defensa del consumidor con la venta de productos que con la falla de los servicios. La ley 24.240 es de aplicación a los servicios médicos porque ésta establece que quedan obligadas todas las

44 Sobre la responsabilidad en materia de derecho del consumidor ver: PLANA, Carlos H (2012), “Factores de Atribución de responsabilidad por daños y defensa del consumidor” en Revista de derecho privado comunitario, Eficacia de los derechos de los consumidores, Rubinzal-Culzoni, primera edición, Santa Fe; y CHAMANTROPULOS, Demetrio Alejandro (2014), “La responsabilidad del Estado y el derecho del consumidor” en Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

45 LORENZETTI, Ricardo L. (1998), *La Empresa Médica*, a partir de pág. 354 a 363, Rubizal-Culzoni. El autor refiere que el fundamento de esta obligación no sólo deriva de la LDC, sino que proviene de la ley 23.661 que determina que el sistema Nacional del Seguro de Salud “...*tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva*”.

46 Ver: “CNCiv, Sala A “Torres Antonio R y otro c. Clínica Besone y otros s/Daños y perjuicios”, 14/05/2012; id. “Antúnez Norberto A c/Basso Armando y otro s/daños y perjuicios”, 25/09/2012; Sala L “C de A. O.R. c/Obra Social del Personal Rural y estibadores de la República Argentina y Otros”, 2012; y Cámara de Apelaciones en lo civil comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza “B.D.J c/Clínica Francesa S.R.L y otros s/daños y perjuicios”; entre otros.

personas físicas o jurídicas de naturaleza pública o privada que, en forma profesional aun ocasionalmente produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. El Hospital Aeronáutico Central es una persona jurídica de servicio público proveedora del servicio de salud, motivo por el cual se encuentran comprendidos en la ley 24.240 que si bien excluye de su ámbito de aplicación a los profesionales liberales, no excluye a la empresa de medicina ...”⁴⁷.

El fallo en análisis deviene entonces inconstitucional de acuerdo con los preceptos establecidos por el art. 46 C.C.B.A toda vez que, al adoptar un criterio restrictivo por el cual un reclamo por mala praxis sería causal automática de exclusión de la aplicación de la ley 24.240, el Poder Judicial de la Ciudad (i) no protegió el ejercicio del derecho del usuario del servicio de salud frente al daño causado por el incumplimiento del Hospital a su deber de seguridad, (ii) no tuvo en cuenta el principio *in dubio pro consumidor*⁴⁸, (iii) olvidó el carácter de orden público de la ley 24.240⁴⁹, y (iv) negó el beneficio de Justicia gratuita previsto por el art. 53 de la ley 24.240⁵⁰.

Para finalizar, entendemos que los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios comprendidos dentro de una relación de consumo que actúa como parámetro objetivo del límite

47 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala 3 (2010) “Rodríguez Alberto, c/Estado Nacional Fuera aérea Argentina s/daños y perjuicios”, causa n°13.940/04 del 21/12/2010.

48 Art. 3 ley 24.240: “...*En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor*”. Y art. 1094 del Cód. Civ. Com: “Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

49 Art. 65 ley 24.240: “*La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional...*”.

50 El art. 53 invierte la carga de la prueba, ya que a diferencia del beneficio de litigar sin gastos que señaló como posibilidad el tribunal en la sentencia analizada, es el demandado (proveedor) quien debe demostrar la solvencia del consumidor para afrontar los gastos de un juicio. Esta inversión de la carga probatoria obedece al principio protectorio.

del régimen tuitivo impuesto por el art. 46 de la C.C.B.A.⁵¹, obligan al Estado de la Ciudad a ejercer el poder de policía y a legislar o juzgar en materia de consumo con un criterio amplio, igualitario y humanista, alejado de una interpretación que favorezca los intereses del mercado y que, en cambio, privilegie las circunstancias y las necesidades económicas, sociales y ambientales de la población⁵², mandato que impone además el principio de no regresividad para cualquier reforma legislativa futura. Toda ínfima restricción a esos lineamientos mínimos determinados por el art. 46 resultará, por tanto, inevitablemente inconstitucional.

51 Tales características llevan a algunos autores, como Carlos H. PLANA, a hablar de un “derecho de las relaciones de consumo” en lugar de “derecho del consumidor”; ob. cit.

52 Ver Las Directrices para la Protección para el Consumidor, aprobadas por las Naciones Unidas, sobre las que ya nos referimos.