

EL DIÁLOGO DE FUENTES EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR ARGENTINO

por GONZALO SOZZO

SUMARIO: I. La teoría del diálogo de las fuentes. Primera Parte. *Contexto de formación de la teoría del diálogo de las fuentes*. Segunda Parte. *El estilo del Derecho del Consumidor en el nuevo Código*. Sección Primera. *Las opciones de la codificación argentina*. Sección Segunda. *Las opciones en la regulación del consumo en la recodificación argentina*. Tercera Parte. *El sistema del Derecho del Consumidor*. Sección Primera. *El estado de situación antes del Código Civil y Comercial*. Sección Segunda. *La resistematización de la regulación de las relaciones de consumo en Argentina*. II. El método del diálogo de las fuentes. Cuarta Parte. *Las fuentes normativas del diálogo*. Quinta Parte. *Las reglas del diálogo de fuentes*. Sexta Parte. *Las “zonas” de los diálogos*.

1. Hacia un paradigma de Derecho Privado dialógico

¿Es posible un paradigma de funcionamiento dialógico para el Derecho Privado? ¿Pueden las instituciones del Derecho Privado “reconocer” e internalizar el debate social y democrático? ¿Sería deseable que lo hicieran?

Mis respuestas siempre han sido por la afirmativa¹. Si, por ejemplo, entre los “contratos cotidianos” y el tejido social que se obtiene existe una ligazón estrecha propuesta por la filosofía política liberal y plasmado en los códigos civiles decimonónicos, y si la profundización de un “lazo social” más robusto (como planteó el solidarismo de la Tercera

¹ SOZZO, Gonzalo, *El contrato dialógico*, tesis doctoral, UNL, 2003, inédita; del mismo autor, *Los contratos reflexivos (Como estrategia de la racionalidad reflexiva)*, edición homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, UNL; *La renegociación como estrategia democratizadora de la teoría contractual*, en revista *Isonomía*, N° 23, octubre de 2005, Itam, México, DF.

República) exige un “giro solidarista” de las instituciones del Derecho Privado que deberían adquirir una “función social”, si contemporáneamente predomina la convicción de que el debate democrático lo más intenso posible es la dirección en la que deberían avanzar las sociedades contemporáneas, ¿por qué no aceptar que el Derecho Privado debería concebirse de manera dialógica y privilegiar reglas procedimentales para ello como el diálogo de las fuentes?

En la primera parte se presenta la teoría del diálogo de las fuentes tal como ha sido elaborada por la doctrina extranjera; en la segunda parte se analizan las “líneas de diseño” del nuevo Código Civil y Comercial y, en particular, cómo estas líneas perfilan el diseño de la codificación del Derecho del Consumidor en el Código; en la tercera parte se aborda la cuestión del diálogo de las fuentes en el Derecho del Consumidor argentino, para lo cual en la sección primera se estudia el estado de situación anterior al Código del Derecho del Consumidor y en la sección segunda el esfuerzo por resistematizar las relaciones de consumo que significa el nuevo Código Civil y Comercial. Las tres últimas partes intentan constituir un aporte a la teoría del diálogo de las fuentes; en ellas se analizan las “fuentes normativas del diálogo” (cuarta parte) en el particular caso del modelo regulatorio elegido por el nuevo Código para el Derecho del Consumidor argentino; las “reglas del diálogo”, es decir las ideas que ordenan el procedimiento dialógico (quinta parte) y, por último (sexta parte), las geografías del diálogo, es decir las “zonas” que se configuran como “diálogos típicos” originados entre los diferentes tramos en los que la ley ha sido fragmentada.

I. LA TEORÍA DEL DIÁLOGO DE LAS FUENTES

PRIMERA PARTE – CONTEXTO DE FORMACIÓN DE LA TEORÍA DEL DIÁLOGO DE LAS FUENTES

2. La complejización de las fuentes del Derecho Privado

El sistema de fuentes del Derecho Privado se ha vuelto crecientemente más complejo por una pluralidad de fenómenos convergentes y como parte de fenómeno de cada vez mayor dificultad por internalizar

la complejidad del “entorno”² y como un subproducto de ello también es más “opaco”³, desordenado, contradictorio y por momentos incomprensible.

Lo que es más complejo –y esto es lo relevante– es el funcionamiento, no la proliferación de las fuentes en sí mismas, sino el resultado de conjunto que ello genera por la multiplicación de operaciones de relacionamiento de unas con otras que debería efectuar cualquier operador del sistema. En otras palabras las interacciones no pautadas entre los diferentes tramos del sistema es lo que produce el problema del desarrollo de la “ley” en diferentes sedes.

El resultado de ello es que el “sistema” del Derecho Privado es más complejo, no se limita al Código Civil, de modo que el operador del campo legal en el Derecho Privado debe incorporar el análisis de otras fuentes normativas que no son el Código Civil en su quehacer cotidiano.

3. La fragmentación de la fuente legal

El problema que capta el “diálogo de fuentes” es la fragmentación de la fuente legal aunque el fenómeno de mayor complejidad también está dado por la proliferación de instancias de producción de decisiones regulatorias como, verbigracia, de tribunales regionales, internacionales o supranacionales.

La mayor complejidad de las fuentes con relación a la ley es producto de:

- a) El proceso de descodificación del Derecho Privado;
- b) un proceso de constitucionalización del Derecho Privado;
- c) la humanización del Derecho Privado;
- d) la internacionalización y globalización;
- e) la aparición de fenómenos con “fuerza normativa”;
- f) la proliferación de normas *soft*, y
- g) las competencias regulatorias concurrentes en el sistema federal existentes en algunas materias antes desconectadas del Derecho Privado pero ahora vinculadas, verbigracia, el Derecho Ambiental.

² Es una referencia genérica a las tesis de Nicklas Luhmann y Gunther Teubner.

³ CARCOVA, Carlos, *La opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid, 1998, Cap. II, ps. 47 y ss.

En el fondo la fragmentación de la fuente legal es el resultado de la paulatina admisión de diferentes “espacios de producción normativa”. En efecto, mientras que la primera modernidad privilegió el espacio nacional –y la estatización del Derecho– como único espacio de producción normativa, la modernidad tardía deja ver un proceso de paulatino relajamiento de esta premisa en favor del reconocimiento de nuevos espacios de generación de normas. Esto ocurre tanto “por encima” del espacio nacional, con el advenimiento de los derechos “supranacional” y “transnacional”, como “por debajo” del espacio nacional con la aparición no sólo de un Derecho subnacional –al cual estamos más acostumbrados en los países de esquema federal– sino también de derechos producidos por sujetos no estatales que actúan en el interior del mismo Estado-Nación.

Este proceso que la sociología jurídica ha explicado excelentemente se suma a otro que puede considerarse “interno” al propio campo del Derecho Privado que está dado por la “descodificación” con la consecuente proliferación de leyes especiales microsistémicas y la constitucionalización.

El resultado final es una fisonomía mucho más difícil de comprender y de manipular.

4. Pluralismo jurídico y pluralismo de fuentes

Pluralismo de fuentes no es lo mismo que pluralismo jurídico.

Pluralismo de fuentes es reconocer que existe una pluralidad de fuentes de reglas legales o como he planteado para mejorar la diferenciación consiste en la “fragmentación de la fuente legal”.

El problema de la fragmentación de la fuente legal no coincide con la preocupación que en los últimos años ha despertado el (nuevo) pluralismo jurídico; el pluralismo jurídico es un heterogéneo movimiento que en el campo de la filosofía del Derecho y la sociología y antropología jurídica comparte el intento por explicar la crisis del monopolio estatal en la producción normativa y la aparición de nuevos “espacios” y actores sociales que disputan el territorio de la legalidad al Estado⁴.

⁴ WOLKMER, Carlos, *Pluralismo jurídico*, Alfa-Omega, Brasil, 2001; SANTOS

De todas maneras existen puntos de contacto entre pluralismo de fuentes, pluralismo jurídico y diálogo de fuentes si se piensa que un Derecho más plural pasa por aceptar que no debería haber una sola “voz” que produjera las reglas legales sino que debería originarse en una “polifonía” proveniente de sujetos que defendieran distintos órdenes valorativos, intereses, etcétera.

5. La respuesta del Código Civil y Comercial a la mayor complejidad

La mayor complejidad del sistema del Derecho Privado no puede tener como respuesta la insistencia sobre la subsunción normativa como única herramienta.

La respuesta a la mayor complejidad de la fuente legal se integra en el nuevo Código Civil y Comercial por una pluralidad de “nuevas tareas” que deben llevar adelante los operadores del campo jurídico.

Básicamente esas nuevas tareas son tres: (a) los “juicios de ponderación”; (b) el control de constitucionalidad y convencionalidad; (c) el “diálogo de fuentes”.

La respuesta no pasa entonces por la simplificación sino por encontrar un método que respete la exigencia de un nivel de complejidad adecuado a la complejidad del entorno. La metáfora de la cartografía es excelente para explicar este punto: si un mapa fuera demasiado simple, como, por ejemplo, un triángulo irregular que representara “la Argentina”, es probable que quien decidiera guiarse por él se extraviara al minuto, por el contrario, en el otro extremo, si decidiéramos construir un mapa de “tamaño real” dejaría de ser una representación del objeto y en consecuencia no cumpliría la función que todo mapa tiene. Dicho de otro modo: el Derecho no puede simplificar con una regla lo que en el campo social se presenta como una problemática compleja de la cual distintos actores sociales tienen enfoques divergentes pero sustentables constitucional y democráticamente.

La mayor complejidad del sistema del Derecho Privado es el re-

BOAVENTURA DE SOUZA, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Trotta, Madrid, 2009, Cap. II, ps. 52 y ss.; del mismo autor, *Crítica a la razón indolente*, Desclée, España, 2003, Cap. V, ps. 297 y ss.; CARCOVA, *La opacidad del Derecho* cit., ps. 47 y ss.

sultado de la mayor complejidad del “entorno”. Es decir, sociedades más complejas y plurales generan sistemas legales también más complejos en los que los asuntos no tienen un solo enfoque posible sino múltiples y en los cuales la respuesta no es apriorística sino que se organiza procedimentalmente. En otras palabras, al mismo tiempo que el Código Civil y Comercial simplifica aspectos que la regulación anterior invisibilizaba o no resolvía, aquí reciben una respuesta precisa a través de una “regla” legal. En estos casos la “subsunción normativa” es el método que deberían emplear los operadores del campo legal. El problema es que al mismo tiempo la complejidad no permite una respuesta *a priori* sino sólo *a posteriori* y allí otros métodos se requieren para “encontrar” una respuesta legal. Estos métodos lejos de aumentar la inseguridad la disminuyen pues en estos casos una respuesta del tipo de las que ofrecen las reglas legales no resulta satisfactoria pues aplicarla implica invisibilizar el resto de los puntos de vista en juego.

6. ¿Qué es el diálogo de fuentes?

El “diálogo de fuentes” es una teorización alternativa y superadora del dispositivo de resolución de antinomias del Derecho moderno que se basaba en la idea de que una regla debe excluir a la otra por razones temporales, de especificidad o de jerarquía.

La tesis fue desarrollada originalmente por el profesor de la Universidad de Heidelberg Erik Jayme en su curso de 1995 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya⁵ con relación al Derecho Internacional Privado. La traspolación de la teoría al Derecho Privado ha sido una elaboración muy importante que se debe a Cláudia Lima Marques⁶ –que ha escrito diversos y muy profundos textos la respec-

⁵ *Identidad cultural e integración económica: el Derecho Internacional Privado posmoderno*, Recueil des Cours, t. 251, ps. 39 y ss. En el curso sostiene que “Desde que se evoca la comunicación en Derecho Internacional Privado, el fenómeno más importante es el hecho que la solución de conflictos de leyes emerge como un resultado de un diálogo entre las fuentes más heterogéneas. Los derechos del hombre, las constituciones, las convenciones internacionales, los sistemas nacionales: todas estas fuentes no se excluyen más mutuamente; ellas ‘hablan’ la una a la otra: los jueces están obligados a coordinar esas fuentes escuchando lo que ellas dicen” (p. 259).

⁶ Vid. LIMA MARQUES, Cláudia, *Direito na pos-modernidade e a teoria de Erik*

to—, dándole un importante grado de avance e impulso al diseño de la teoría en el Derecho Privado con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil (Lei 10406/2002) en 2003 y la necesidad de prever los efectos sobre el Código de Defensa del Consumidor (Lei 8078/90). La vía de “entrada” formal de la idea del diálogo de las fuentes fue el artículo 7º del CDC. La doctrina y jurisprudencia de Brasil se la ha apropiado de la teoría y la ha aplicado a numerosos casos concretos⁷.

Según la postura del diálogo de fuentes, el sistema es un complejo producto de la convivencia de diferentes racionalidades regulatorias; por ello unas reglas de resolución de conflictos normativos que hicieran prevalecer unas por sobre otras equivaldrían a una pérdida de riqueza por disminución de la diversidad, que es uno de los valores de la posmodernidad.

Por esta razón el objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas, para el caso de conflictos normativos, es poner en práctica una labor de “coordinar las fuentes”⁸, es decir, integrar las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto.

Jayme, en AA. VV., ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JUNIOR, José (org.), *Faces do multiculturalismo*, Ediuri, Brasil, 2007, ps. 21 y ss.; de la misma autora, *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, en *Revista Direito do Consumidor*, julio 2004, vol. 51, p. 34; *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. Do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas*, en *Revista Direito do Consumidor*, vol. 45, janeiro 2003, p. 71; *O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jaime*, en AA. VV., LIMA MARQUES, Cláudia (coord.), *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de norma no Direito brasileiro*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

⁷ LIMA MARQUES, Cláudia, *Post-criptum: o diálogo das fontes nas cortes brasileiras*, poscriptum a la introducción a la 3ª edición de *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, ps. 61 y ss.

⁸ Señala Erik Jaime que frente a la existencia de una pluralidad de fuentes “...se dispone, en principio, de dos vías para resolver esos conflictos. La primera consiste en dar prevalencia a una fuente descartando la otra, es decir, aplicando una cierta jerarquía entre ellas [...] La segunda solución consiste en buscar coordinar las fuentes [...] en mi opinión, un método que tiende a coordinar las fuentes es preferible a una solución jerárquica” (ps. 60 y 61).

Para el Derecho Privado, que por décadas logró sus mayores avances en el campo de las leyes microsistémicas, el diálogo de las fuentes –es decir de los documentos legales que integran la fuente ley, en el Derecho Privado– es vital.

Es un método reflexivo, es decir autocrítico de la marcha del Derecho Privado moderno en los últimos años, pues admite que ha existido un proceso de descodificación que ha conducido a la fundación de microsistemas y que la recodificación no puede consistir en reacumular todas las materias en un solo cuerpo normativo.

Es un método que se adapta a la realidad del aumento de los espacios de producción normativa propio del Derecho de la “transición posmoderna”.

Si se lo compara con las tareas más comunes a las que estamos habituados en el campo del Derecho Privado como la subsunción normativa, el diálogo de fuentes aparece como un enorme –y muy exigente– desafío para la cultura del Derecho Privado.

A través del diálogo de fuentes el Código se transforma en un “punto de paso obligado” y de clivaje, en el cual las diferentes fuentes “dialogan” para extraer de allí una regla del caso.

Es una superación del método de interpretación sistemática porque no se limita solamente a interpretar y aplicar una sola regla (que por supuesto ha sido previamente interpretada sistemáticamente). El diálogo de fuentes tiene como resultado –aunque no en todos los casos–: la aplicación de dos o más reglas de manera complementaria⁹, que, como señalé, son “la regla del caso”.

SEGUNDA PARTE – EL ESTILO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL NUEVO CÓDIGO

En la “modernidad reflexiva” y sus subproductos –el Derecho reflexivo y la teoría contractual reflexiva– codificar el campo de las relaciones de consumo es un enorme desafío que encierra una opción

⁹ MIRAGEM, Bruno, *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no Direito brasileiro*, en AA. VV., LIMA MARQUES (coord.), *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de norma no Direito brasileiro* cit., ps. 89 y 90.

entre, por un lado, un estilo del Derecho del Consumidor más vinculado a objetivos de racionalización de las relaciones de mercado en las cuales existe un sujeto estructuralmente débil y, por otro, un Derecho del Consumidor mucho más vinculado a la preocupación por la persona humana, su salud y dignidad y, por consiguiente, a la agenda de los derechos humanos de segunda generación y guardando una línea coordinada con el Derecho Ambiental y la agenda de protección de los bienes colectivos.

Defiendo la tesis de que entre estas dos opciones el nuevo Código Civil y Comercial, al regular el “núcleo duro” de la tutela del consumidor, está mucho más vinculado al segundo estilo, que es el que viene impuesto por la Constitución argentina.

El diálogo de las fuentes se inserta –y forma parte– de esa postura elegida por el nuevo Código Civil y Comercial y que viene marcada por la presencia de las “líneas de diseño” que trazan el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina (2014)¹⁰ y en particular a la hora de organizar las cuestiones relativas a las relaciones de consumo.

El objetivo central es explicar este diseño a través de las opciones centrales que el Código efectúa. Para ello recorro las opciones (A) que el Código realiza en general en tanto intento de recodificación y luego abordo (B) las opciones que en materia de regulación de la defensa del consumidor se efectúan, mostrando la interrelación existente entre el programa del Código y las decisiones que puntualmente se han seguido al regular la cuestión del consumo.

SECCIÓN PRIMERA – LAS OPCIONES DE LA CODIFICACIÓN ARGENTINA

7. La constitucionalización del Derecho Privado en Argentina

A partir de la reforma constitucional de 1994 la doctrina, jurisprudencia y legislación de Derecho Privado ha reconocido que la primacía de la Constitución Nacional debe ser explotada prácticamente, dando

¹⁰ Ley 26.994, sancionada: 1-10-2014, promulgada: 7-10-2014, fecha de publicación: B. O. del 8-10-2014.

a los derechos fundamentales una posición nuclear en el sistema de Derecho Privado, posición que otrora ocupara el Código Civil.

En general, se trata de una reacción al fenómeno de descodificación que a lo largo del siglo XX afectó la estructura decimonónica del sistema de Derecho Privado basado en el Código Civil como piedra angular.

Este movimiento del Derecho Privado de aproximación hacia la Constitución, conocido como “constitucionalización del Derecho Privado”¹¹, resulta relevante en tanto en cuanto se extraigan consecuencias decisionales que no podrían obtenerse sin la referida constitucionalización¹².

Bajo esta perspectiva lo que se destaca es cómo se produce la conexidad entre derechos fundamentales y Derecho Privado, es decir cómo se transforma la técnica de resolución de los casos de Derecho Privado a partir de nuevas tecnologías propias del sector constitucional¹³ como el juicio de ponderación, la regla de proporcionalidad o los procedimientos de cierre de cláusulas generales.

8. La humanización del Derecho Privado

Desde hace tiempo la dogmática iusprivatista señala la existencia de un proceso de humanización. En particular se ha detenido en el proceso de humanización de las obligaciones¹⁴.

Ese proceso ha sido fuertemente revitalizado en Argentina desde la reforma constitucional de 1994 en adelante. No sólo por las reformas introducidas ampliando el catálogo de derechos e incorporando al blo-

¹¹ Este proceso de constitucionalización o de acercamiento hacia la teoría de los derechos fundamentales y su sistema de decisión judicial debe ser claramente diferenciado del proceso de aproximación del Derecho Privado a la teoría de los derechos humanos.

¹² Suele recurrirse a la cita de normas constitucionales en las decisiones judiciales vinculadas al Derecho del Consumidor pero sin extraer argumentos iusfundamentales, que permitan explicar la decisión final. Esto es una mera constitucionalización aparente.

¹³ Mucho más vinculadas con las normas con forma de principios, cláusulas generales o estándares que con las reglas.

¹⁴ NICOLAU, Noemí, *Visión humanista del Derecho de las Obligaciones, acerca del pago, el beneficio de competencia y el término de gracia*, en www.academiaderecho.org.

que de constitucionalidad el núcleo de las declaraciones y convenciones de derechos humanos, sino por:

- a) La labor de las organizaciones internacionales encargadas de difundir y defender esos derechos con un “circuito” de financiamiento internacional;
- b) la publicación de obras especializadas que se ocupaban centralmente de la constitucionalización del Derecho Privado¹⁵;
- c) muy destacadamente, la aparición de una jurisprudencia que aunque puede ser calificada como heterogénea –por diversos motivos– fue marcando un camino de preponderancia argumental de los derechos humanos como guía de transformación de las líneas jurisprudenciales existentes¹⁶, y
- d) el rol que en la construcción de esta jurisprudencia constitucional del Derecho Privado desempeñó y desempeña la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En otras palabras, puede sostenerse que existe un proceso de “humanización del Derecho Privado”, que consiste en el acercamiento del Derecho Privado a la teoría de los derechos humanos –entendida como una de las principales formas del Derecho global–, su bagaje conceptual y argumental, su capital social e institucional y prácticas de funcionamiento.

9. El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina 2014 o la recodificación como resistematización

Hace más de 10 años escribí un artículo que provocativamente titulé: *¿Es tan importante recodificar?*¹⁷ Era provocativo pues intentaba deconstruir la oposición entre quienes opinaban a favor del por entonces

¹⁵ Lo que marca una conexión entre los procesos de humanización y constitucionalización. LORENZETTI, Ricardo, *Normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

¹⁶ La lista no es exhaustiva: CSJN, “Ferreyra c/Vicovsa”; “Mosca”; “Smith”; 20-6-2006, “Mendoza, Beatriz S. y otros c/Estado Nacional y otros”, J. A. 2006-III-294; 24-2-2009, “Halabi, Ernesto c/Estado Nacional. Poder Ejecutivo”; SCJ de Mendoza, en pleno, 6-12-91, “Ongaro de Minni y otros en Minni, Miguel A. y otro en Gómez H. c/Grozona p/ord. p/tercería s/Casación”, J. A. 1992-I-461 y ss.

¹⁷ *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNL, N° 1, Nueva época, 2001.

Proyecto de Código Civil 1998 y quienes se expresaban en contra. La tesis central de ese texto era que lo realmente relevante era asumir la necesidad de resignificar el Código en el funcionamiento del sistema abierto, que ese objetivo no puede desarrollarse sin que el proyecto de reformas asuma esa tarea y que de otra manera las transformaciones operativas que un nuevo Código podía introducir eran limitadas.

Un nuevo Código puede ser: (a) un intento de modernización, como ocurrió con la codificación del siglo XIX; (b) un intento de modernización tardía, como ocurrió con aquellos países que tuvieron un ingreso tardío a la modernidad occidental producto de la descolonización en el siglo XX o como resultado de los acuerdos derivados de las posguerras mundiales; (c) un intento de actualización, como sucedió con los países socialistas en el siglo XX o en América Latina, también en el siglo XX; (d) un intento de resignificación del Código Civil por oposición al intento de recentralización del Código Civil.

Entre estos diferentes programas de gobierno, el Código se inscribe decididamente en el último.

La resignificación del Código pasa por aceptar que el Código ya no es sinónimo de sistema, en este caso, de sistema de Derecho Privado. Dicho de otra forma, que la ley privada como fuente se compone de una pluralidad de documentos que exceden al Código y que incluso pueden provenir del campo del Derecho Público¹⁸.

Por ello la mayor manera de definirlo es como un intento de re-sistematización, es decir, de reconstrucción del sistema, esta vez partiendo de la aceptación de las experiencias de descodificación, constitucionalización del Derecho Privado y humanización del Derecho Privado. Se trata en este sentido de asumir una actitud reflexiva¹⁹.

¹⁸ Aquí sólo me limito a señalar que la resignificación del Código Civil implica aceptar explícitamente que es necesario profundizar la tarea de deconstrucción de la dicotomía público-privado como tal y reconstruirla como una asociación, lo que implica: (a) desarrollar más profundamente puentes para efectuar pasajes, y (b) reescribir la historia de algunas instituciones ya conocidas en el Derecho Privado como instituciones que albergan “lo público” en el Derecho Privado, v. gr., el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios ajenos, en general obligaciones de fuente legal o el principio de buena fe.

¹⁹ En el sentido de un Derecho que acepta la existencia de un volumen basal de Derecho material –en sentido weberiano– pero desarrollando luego una posición crí-

El desafío pasa a ser en este programa crear un estilo de funcionamiento nuevo.

10. El diálogo de fuentes en el Código Civil y Comercial de la Nación

En la fundamentación del Anteproyecto se hace referencia explícita al “diálogo de fuentes” en el sentido de que “es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores...”²⁰

En el campo de la interpretación, se establece un “diálogo de fuentes” de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor²¹.

Estas referencias se concretan luego en:

(a) La adopción de un sistema de fuentes más complejo (art. 1º), que no se limita al propio Código Civil; es por ello que se hace en el artículo 1º una referencia a la Constitución Nacional y “los tratados en los que la República sea parte” (art. 1º).

(b) Pues la “conurrencia normativa” en lugar de la “exclusión” –propia de las reglas de resolución de antinomias– surge con claridad de la primera expresión del artículo 1º, que dice que “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según *las leyes* que resulten aplicables...”, lo que implica –admitir el plural– que dos o más cuerpos normativos pueden aplicarse al mismo tiempo en un solo caso.

(c) La referencia a los “tratados de derechos humanos” como fuente

–reflexividad como autocrítica–. Ambas actitudes me parecen centrales –aunque no suficientes– a la hora de construir una opción progresista en el campo del Derecho Privado.

²⁰ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 512.

²¹ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., p. 617.

de interpretación de la ley (art. 2º) y la remisión a “los tratados de derechos humanos” al tratar la dignidad del consumidor (art. 1097).

(d) La fuerte presencia de las leyes especiales a lo largo del Código.

(e) La actitud de “respeto” de los microsistemas, se dice en los Fundamentos del Anteproyecto al comentar el Título Preliminar que el vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Es inevitable una reforma parcial de la ley de defensa de consumidores, a fin de ajustar sus términos a lo que la doctrina ha señalado como defectuoso o insuficiente. También ha sido inevitable una reforma parcial a la ley de sociedades, para incorporar la sociedad unipersonal y otros aspectos también sugeridos por la doctrina. En otros casos se incorporan las leyes con escasas modificaciones, como ocurre, por ejemplo, con las fundaciones y el leasing. Finalmente, en otros, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras...

“Es una decisión de política legislativa no modificar las leyes que presentan una autonomía de microsistema” expresan los Fundamentos del Anteproyecto al referirse a las modificaciones a la Ley de Sociedades²².

(f) La necesidad de coordinar o armonizar los microsistemas con el Código: “Hay que considerar que, si se introducen reglas respecto de las fuentes y la interpretación, se debe valorar su coordinación con otros microsistemas. Ello es así porque, sea cual fuere el grado de centralidad que se le reconozca al Código, una norma de este tipo tiene un efecto expansivo indudable”²³.

(g) Tres normas de “prelación normativa” (arts. 963, 1094 y 1709) en las que se reconoce la necesidad de considerar las “leyes especiales”.

(h) Cuando se emplean como fuentes inspiradoras de las normas del Código reglas de *soft law*.

(i) Cuando reenvía a las normas internacionales en reglas específicas.

²² *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., p. 713.

²³ *Ídem*, p. 512.

Digo que se concreta en estas reglas pues aunque no se menciona expresamente en ningún momento el diálogo de las fuentes en los textos de los artículos, las normas que refiero: (a) reconocen otras fuentes legales diferentes del Código actuando en los casos de Derecho Privado junto con el Código; (b) se organiza un sistema para que el operador del campo legal resuelva los casos de conflictos normativos que se compone de (b.1) órdenes de prelación normativa, y (b.2) principios de organización del diálogo (v. gr., la norma más favorable al consumidor o al consumo sustentable).

SECCIÓN SEGUNDA – LAS OPCIONES EN LA REGULACIÓN
DEL CONSUMO EN LA RECODIFICACIÓN ARGENTINA

11. La constitucionalización del Derecho del Consumidor

La decisión de codificar el Derecho del Consumidor tomó como punto de partida la preexistencia de un proceso que llevó a la constitucionalización de los derechos del consumidor, lo que incluyó como un hito relevante el establecimiento de derechos fundamentales de los consumidores en la Constitución Nacional de Argentina en la reforma de 1994 a través de una norma muy detallada que establece una verdadera “Carta” de derechos fundamentales de los consumidores difícil de encontrar en el Derecho Constitucional Comparado.

El Código asume que el máximo nivel normativo en materia de regulación de las relaciones de consumo se encuentra en la Constitución Nacional, lo cual surge a todas luces de la referencia expresa a este “nivel normativo” en los fundamentos que se traduce normativamente en el artículo 1º.

El Código se propone revisar y poner en cuestión la división entre Derecho Público y Derecho Privado al receptor la constitucionalización del Derecho Privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el Derecho Público y el Derecho Privado. Se propone, en tal sentido, la reconstrucción de la coherencia del sistema de Derecho Privado a partir de los derechos fundamentales.

Un aspecto escasamente advertido y destacado en la discusión en torno al Código es cómo asume que el eje del sistema del Derecho Privado lo constituyen las normas que conforman el “bloque de cons-

titucionalidad”, es decir la Constitución y los tratados de derechos humanos que la integran (art. 75, inc. 22).

En efecto, en primer lugar, el artículo 1º del Código establece que la interpretación debe ser “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”; en segundo lugar, en el artículo 2º decide que “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta [...] las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos...”

12. La humanización del Derecho del Consumidor²⁴

Lo que interesa mostrar es cómo se produce un acercamiento del Derecho Privado hacia los derechos humanos, su teoría y sobre todo su peso retórico, en el campo de los conflictos de consumo, y las transformaciones que para el Derecho del Consumidor importa este fenómeno.

Las transformaciones son dos: en un plano –que podríamos llamar interno–, (a) el Derecho del Consumidor, y la teoría del contrato, se “apropia” de la construcción de los derechos humanos, lo que impacta a nivel retórico, es decir acerca del modo de argumentar los casos, y luego al hacer esto, (b) inscribe estos casos en la agenda de numerosas organizaciones que se ocupan de observar el respeto de los derechos humanos. En un segundo plano –que podríamos denominar externo–, esta aproximación tiene efectos para la propia construcción de la teoría de los derechos humanos.

Este proceso de acercamiento del Derecho del Consumidor hacia los derechos humanos reconoce diferentes canales, algunos de los cuales son propulsados por el Código. El primer canal es la difusión en la ley y la jurisprudencia de la idea de dignidad del consumidor ya que como se sabe la idea de dignidad humana constituye el núcleo duro de los derechos humanos de segunda generación. En efecto, los derechos económicos, sociales y culturales constituyen un grupo de

²⁴ Amplió en SOZZO, Gonzalo, *Consumo digno y verde: humanización y medioambientalización del Derecho del Consumidor (sobre los principios de dignidad del consumidor y de consumo sustentable)*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2012-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 139 a 166.

derechos “existenciales” en cuanto pretenden asegurar la existencia vital de un hombre ya constituido –por los derechos de primera generación–, procurando garantizar el logro progresivo del mayor grado de desarrollo humano. La consagración de una serie de normas legales de diferente rango que se fundan en la idea de dignidad del consumidor y la proliferación de sentencias judiciales que se apoyan en el derecho fundamental a la dignidad del consumidor aproximan el Derecho del Consumidor a la racionalidad, tecnologías y prácticas de funcionamiento de los derechos humanos de segunda generación. Este proceso es no sólo reconocido sino explícitamente potenciado en el Código al señalar en su artículo 1097 luego de reiterar la regla general del artículo 8° bis de la ley 24.240 (“Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios”) que “La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos”. La referencia explícita a los tratados de derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional en esta norma y en el artículo 2° permite dotar de contenidos concretos a la idea de dignidad y refuerza la vinculación entre el Derecho del Consumidor y los derechos humanos de segunda generación, que son los derechos que se apoyan en la idea de dignidad. El segundo canal es el reconocimiento de la Constitución Nacional como piedra angular del Derecho del Consumidor²⁵; finalmente el tercer canal consiste en el ajuste del objeto del contrato al derecho fundamental a la dignidad del consumidor, ya que el objeto del contrato tiene como límite en el Código (art. 1004) la “dignidad de la persona humana”²⁶. Estas manifestaciones de la idea de dignidad muestran que se trata de un principio del Derecho del Consumidor en el cual se fundan otros derechos²⁷.

13. La medioambientalización del Derecho del Consumidor²⁸

Otra dirección en la cual evoluciona el Derecho del Consumidor

²⁵ Vid. supra.

²⁶ Amplió en SOZZO, Gonzalo, *Problemas en torno al objeto del contrato*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2007-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

²⁷ Amplió en SOZZO, *Consumo digno y verde...* cit., ps. 139 a 166.

²⁸ Amplió en SOZZO, *Consumo digno y verde...* cit., ps. 139 a 166.

es hacia su vinculación con el Derecho Ambiental. Por muchas razones el Derecho Ambiental plantea un diálogo desafiante al Derecho del Consumidor ya que el Derecho Ambiental constituye un modelo regulatorio vanguardista que se asienta sobre premisas que en muchos casos significan una ruptura con el Derecho moderno.

Esta tendencia tiene a mi modo de ver dos facetas.

La primera es el reconocimiento en el Derecho positivo del consumo sustentable como el principio del Derecho del Consumidor. En efecto la reforma de la ley 26.361 realizó sólo un agregado en el artículo 43 de la ley 24.240 en el inciso a, al referirse a la facultad de la autoridad de aplicación de elaborar y proponer aspectos de una política de defensa del consumidor –que era la regla vigente en la ley 24.240–, establece que una de las direcciones en las que deberá confeccionarse dicha política es “...a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente”. La regla es de una gran trascendencia pues se trata de una directiva de la política del consumidor que coordina el Derecho del Consumidor con los postulados ambientales. La norma introducida va en la misma dirección que la del inciso final del artículo 61 y con relación a ella debe analizarse. En este contexto la regla del artículo 43 tiene muchísimo valor pues deja en claro que la cuestión del consumo sustentable no es sólo una directriz que debe ser inculcada a los consumidores, sino que es responsabilidad del Estado ejecutarla y hacerla efectiva. En otras palabras: un principio de la política de protección del consumidor es promover el consumo sustentable²⁹. En efecto, la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor producida por la ley 26.361 de 2008 introdujo un inciso final en el artículo 61 dedicado a la educación para el consumo, que reza: “e) Protección del medio ambiente y utilización eficiente de materiales”.

Esta faceta ha sido profundizada por el Código, que avanza en la línea de reconocer el principio del consumo sustentable como un prin-

²⁹ El agregado jerarquiza la cuestión de la elaboración de la política de defensa del consumidor. Sin embargo no lo hace de manera suficiente. Es central establecer en una ubicación destacada, con claridad y la extensión necesaria, cuáles son las directrices de la política de protección del consumidor. Pueden verse en este sentido los arts. 4º y 5º del Código de Defensa del Consumidor de Brasil.

cipio del Derecho del Consumidor³⁰. Así el Código recoge expresamente este principio en el ámbito de la interpretación de las normas relativas a la regulación de las relaciones de consumo: “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” (art. 1094, primer párrafo). Son dos reglas diferentes: (a) una regulación de las interpretaciones de las normas existentes en el interior del campo del Derecho del Consumidor. La regla debe ser analizada a la luz del artículo 3° de la ley 24.240³¹; (b) una regla de aplicación, es decir de “diálogo de fuentes”.

La segunda faceta consiste en la visibilización del principio de protección ambiental desde la perspectiva del Derecho del Consumidor. Más allá de la directriz del consumo sustentable³², el ajuste del Derecho del Consumidor al paradigma ambiental implica una serie de transformaciones internas para el Derecho del Consumidor. Por un lado, en el ámbito de la protección contractual del consumidor la interpretación proconsumidor debe incluir el análisis de las diferentes interpretaciones posibles a la luz del efecto que cada una de ellas conlleva a los bienes ambientales: la interpretación a favor del consumidor (art. 37 de la ley 24.240) debe incluir la interpretación pro bien ambiental³³. Asimismo, en la misma línea que plantea el Código de De-

³⁰ El pre-Proyecto de Código Civil avanzaba más definidamente en la profundización del campo de interfase, v. gr., al consagrar el derecho humano al agua en el art. 241.

³¹ Es decir que en caso de existir dos interpretaciones posibles de una norma relativa a las relaciones de consumo debe optarse por la interpretación que se alinea y desarrolla en la mayor medida de lo posible la directriz del consumo sustentable.

³² En efecto, no deben ser confundidas las cuestiones: un problema es cómo el Estado y los consumidores deben orientar su “política” de consumo atendiendo a la transferencia de un volumen de bienes que permita que las generaciones futuras tengan igual o mayor nivel de opciones que la generación actual. Otra muy diferente es cómo la existencia de un acuerdo fundamental en las sociedades contemporáneas acerca de la protección del medio ambiente pone límites “externos” a las publicidades, las prácticas comerciales, los contratos de consumo, etc.

³³ Sobre la idea de que los contratos deben ser interpretados a favor del bien común –el ambiente, la cultura, etc.–, amplió en SOZZO, Gonzalo, *Riesgos ambientales (contratos creadores de riesgos y principio de precaución)*, en *Revista de Derecho*

fensa del Consumidor de Brasil (art. 51, XIV): (a) son cláusulas abusivas y, por tanto, se considerarán no escritas, las cláusulas contractuales que infrinjan o posibiliten la violación de normas ambientales; (b) el deber de información al consumidor (art. 4º, ley 24.240) debe incluir la información ambiental que le permita una elección racional. Finalmente, (c) las publicidades no pueden perforar el derecho fundamental al medio ambiente sano, al igual que (d) debe considerarse un ejercicio abusivo de derecho la ejecución de un contrato que pueda perjudicar el medio ambiente³⁴.

Por otro lado, en el campo de los daños al consumidor, la interfase que plantea la norma fundamental del artículo 41 entre salud humana y ambiente (a través de la expresión “ambiente sano”) permite exportar el “principio precautorio” (sólo consagrado en el microsistema ambiental) al campo del Derecho del Consumidor cuando el daño ambiental directo e indirecto tengan origen en un producto.

14. Hacia el programa global de la “Constitución infinita”

El proceso de globalización del Derecho es reconocidamente muy heterogéneo y los plurales ejemplos de globalización del campo legal así lo muestran. No hay una globalización del Derecho como no hay una globalización. En razón de este dato es que el planteo acerca de la existencia de racionalidades opuestas en las cuales pueden ser inscriptos los diferentes casos de Derecho global constituye una matriz analítica muy útil³⁵.

Desde mi perspectiva, el Derecho del Consumidor, en tanto dispositivo que procura resolver centralmente la relación del consumidor

Privado y Comunitario, N° 2008-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe; del mismo autor, *Contratos sobre bienes colectivos*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2008-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

³⁴ La regla se encuentra reconocida en el art. 14 *in fine* del Código: “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general” y en el art. 240.

³⁵ SANTOS BOAVENTURA DE SOUZA, *A Globalização e as ciencias sociais*, Cortez, 2002; del mismo autor, *La globalización del Derecho*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Univ. Nac. de Colombia-ILSA, 2002.

con la “opresión” que significan los tratos indignos, los riesgos y daños a la salud que pueden ocasionar los productos y los servicios y los perjuicios económicos, puede constituir un núcleo de problemas que pueden ser regulados en dirección de la globalización de los mercados o en dirección alternativa hacia la globalización del Derecho más humanista y cosmopolita³⁶.

La disyuntiva está clara: si una de las dimensiones de la globalización es la globalización económica que significa la globalización de la producción para permitir su “oferta” global de la mano de la acción de las empresas transnacionales, se requiere una correlativa globalización de la demanda que se obtiene a partir de la acción de los medios masivos de comunicación, las empresas de marketing y otros actores, mediante la globalización de la “demanda” de consumo vía la globalización de la “cultura-ideología del consumo”³⁷. La otra posibilidad es que la cultura del consumo incorpore un elemento reflexivo que le permita autocriticarse; en este sentido ambos principios, el de dignidad del consumidor y el de consumo sustentable, contienen en buena medida este tipo de potencial crítico³⁸.

Como he afirmado la tendencia a humanizar las relaciones de consumo y los contratos de consumo acercan la regulación en general del Derecho del Consumidor al campo de atracción de los derechos humanos. Luego esta aproximación constituye una aproximación a un determinado tipo de proceso de globalización del campo legal; la escritura de una “Constitución infinita”³⁹ como contracara de la globalización que es guiada por los objetivos regulatorios del mercado.

³⁶ SANTOS BOAVENTURA DE SOUZA, *A Globalização e as ciências sociais* cit.; del mismo autor, *La globalización del Derecho* cit.

³⁷ SKLAIR, Leslie, *Sociología del sistema global*, Gedisa, España, 1995.

³⁸ “Las políticas verdes están muy conectadas con el surgimiento de un movimiento de consumo crítico” (SKLAIR, ob. cit., p. 108). Sin embargo, desde mi perspectiva el potencial crítico de la idea de progreso que contiene la directriz del consumo sustentable no excede la del desarrollo sustentable. Para más radicalidad, se requieren otros conceptos guía, vid., SOZZO, Gonzalo, *El principio de no retroceso en el campo de la teoría jurídica: el progreso como perdurabilidad para las generaciones futuras*, en PRIEUR, Michel y SOZZO, Gonzalo (dirs.), *La no regression en droit de l'environnement*, Bruylant, Bélgica, 2012.

³⁹ FERRARESE, María Rosaria, *Diritto sconfinato*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

TERCERA PARTE – EL SISTEMA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR

La nueva sistematicidad se obtiene como un resultado a posteriori de la aplicación de un método: el diálogo de las fuentes o el juicio de compatibilidad. El diálogo de las fuentes es el método que permite recuperar la sistematicidad en un Derecho del Consumidor distribuido en diferentes niveles y fuentes normativas: Constitución Nacional, Código Civil y Comercial, ley especial microsistémica (de defensa del consumidor), otras leyes especiales (que integran el microsistema de protección del consumidor), etcétera.

Los Fundamentos del Anteproyecto lo plantean expresamente en el campo de las relaciones de consumo explicando cuál es el sentido específico que en este sector tiene el método.

El “diálogo de fuentes” es planteado en el nuevo Código en el campo de las relaciones de consumo en el artículo 1094, que acepta implícitamente que más de una norma puede aplicarse concurrentemente en el campo de las relaciones de consumo.

Se trata de una regla legal compleja que no se limita a sentar las bases para el diálogo de fuentes sino también el principio del “consumo sustentable” y el de “acceso al consumo”.

En lo que se refiere al diálogo de las fuentes lo relevante es que esta norma establece que el operador del campo legal debería: (a) coordinar las diversas normas aplicables al caso (art. 1º), y (b) guiándose por el principio que manda a maximizar la “protección del consumidor” (arts. 1094, CCC y 42, Const. Nac.).

SECCIÓN PRIMERA – EL ESTADO DE SITUACIÓN ANTES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

15. Los “componentes” del microsistema de protección del consumidor

El segundo párrafo del actual artículo 3º de la ley 24.240 ya existía en el texto original de la ley 24.240, pero fue reformulado.

La primera parte establece lo que puede ser calificado como regla fundacional del microsistema de tutela del consumidor en tanto señala

que “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo...”

Se trata de una regla de gran importancia pues proporciona el espacio necesario para confirmar el carácter microsistémico de la tutela del consumidor, lo cual redundará en una manera muy particular de funcionamiento que debe ser debidamente tomada en cuenta por los operadores del campo jurídico.

La regla, al señalar que la ley se integra con otras leyes dirigidas a proteger al consumidor, significa que la ley 24.240 constituye el cuerpo normativo que contiene la regulación central y general del microsistema pero que, al mismo tiempo, este último no se agota con la regulación que hace aquella ley, sino que se integra con otras leyes especiales que también persiguen como finalidad política la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

En este contexto debe interpretarse que la referencia expresa a los regímenes de lealtad comercial y defensa de la competencia no es limitativa; la intención de la regla no es limitar la integración del microsistema a estos dos cuerpos normativos solamente, sino que se trata de dos casos de particular relevancia, ya que concurren indirectamente coadyuvando a la tutela de los consumidores y usuarios, lo que evidentemente ha querido ser particularmente destacado haciendo una referencia expresa.

En fin, éste es el primer tema sobre el cual corresponde tomar nota: en la disposición legal bajo comentario subyace la idea de que el Derecho del Consumidor tiene fisonomía microsistémica, lo cual no deja de tener particulares consecuencias prácticas para los operadores del campo jurídico, ya que los microsistemas tienen particulares reglas de funcionamiento interno y para establecer su relacionamiento con el sistema general. Amplió al explicar la arquitectura del Derecho del Consumidor.

Lo que esta regla legal no dice –pero que debe ser considerado– es que la norma fundamental de artículo 42 de la Constitución Nacional también integra el microsistema de tutela del consumidor y en verdad es la norma que constituye el punto arquimédico sobre el cual se apoya el mismo, ya que contiene los principios que lo orientan, lo cohesionan y le proporcionan una racionalidad.

La regla que comento constituye, por tanto, una descripción parcial del microsistema que debe ser debidamente completada para su cabal comprensión si se pretende un funcionamiento adecuado.

Entre las demás leyes especiales que integran el microsistema se cuentan: (a) las que regulan servicios públicos domiciliarios; (b) las que establecen controles administrativos previos para tipos contractuales o sujetos comprendidos en esta ley, y (c) las que regulan la publicidad que hacen determinados sujetos o que publicitan ciertos productos o servicios.

Pienso que lo verdaderamente relevante es que, de acuerdo a esta regla, las leyes especiales al interior del microsistema deben “dialogar” y coordinarse –y no resolverse sus conflictos sobre la base de reglas de resolución de antinomias–, es decir, integrarse, sobre la base de las directrices constitucionales. En otras palabras, las leyes especiales que integran el microsistema se integran en el mismo y quedan resignificadas a la luz del mandato constitucional general de tutela del consumidor establecido en el artículo 42 de la Constitución Nacional y deben ser reorientadas en base a las diferentes directivas establecidas en la mencionada norma constitucional.

16. La regla de reordenamiento interno del microsistema

El tercer párrafo del artículo 3º fue introducido por la ley 26.361. Esta previsión legal constituye una regla ordenatoria que procura explicar de manera más clara la organización interna del microsistema –con leyes especiales que lo integran– y su vinculación con otras leyes especiales que no lo integran.

La regla es necesaria pues el problema que se plantea en el funcionamiento del sistema es que, (1) permitido por la construcción caótica –no siempre libre casual– de los sistemas normativos –a lo cual no escapa el microsistema de tutela del consumidor– y por (2) la existencia de reglas en la misma ley 24.240 que establecían aplicaciones subsidiarias, (3) se producía el efecto final de la desprotección del consumidor al quedar postergada la vigencia de las reglas normativas que desarrollaban sus derechos fundamentales al agotamiento previo

del funcionamiento de sistemas normativos específicos –de servicios públicos domiciliarios, del sistema financiero, de las agencias encargadas de controlar administrativamente ciertos tipos contractuales o sujetos–.

En este contexto, la aclaración acerca de que la regla es –como ya lo había establecido en diversos sectores la jurisprudencia– la vigencia concurrente y diferenciada del microsistema de defensa del consumidor con las leyes que específicamente regulen problemas, contratos y sujetos comprendidos por la primera normativa, fue bienvenida.

17. Integración del microsistema de protección del consumidor con el sistema del Código Civil y de Comercio

El artículo 3° de la ley 24.240 establecía una regla que manda a integrar el microsistema de protección del consumidor con el sistema general del Derecho Privado; esto es, con el Código Civil y el Código de Comercio. En su momento consideré que era un retroceso que la ley 26.361 haya quitado la mención al Código Civil y al Código de Comercio que contenía el artículo original de la ley 24.240: no obstante la norma decir que “...se integran con las normas generales”. Se trataba de una regla que establecía, aunque insuficientemente, el tipo de relación que el microsistema guarda con el sistema general. Ahora esta regla se encuentra en el artículo 1094 del Código.

La teoría del contrato contemporánea y la teoría del Derecho estaban ya en condiciones de proporcionar las herramientas teóricas para ello; así, utilizando estos recursos se podía haber mejorado la idea diciendo por ejemplo que la integración con el Código Civil y Comercial debe hacerse dialógicamente y siempre desde el microsistema hacia el sistema, esto es, respetando la racionalidad del microsistema.

El Código intenta responder a este vacío de una regla de relacionamiento clara entre el sistema y el microsistema con la disposición legal del artículo 1094. Esta regla marca en primer lugar una apertura del microsistema hacia el sistema general y, en segundo término, un problema: la aparición de potenciales conflictos entre el sistema y el microsistema.

18. Las antinomias entre el sistema y el microsistema

El punto de partida es la constatación acerca de que las reglas de solución de antinomias propias del sistema codificado no resultan aquí suficientes para resolver este problema del conflicto entre reglas ubicadas en el sistema y en los microsistemas.

Es que el microsistema es derogatorio del Código Civil, y lo es pues –como ya se dijo– tiene principios propios, o, mejor aún, siendo los principios en su mayoría los mismos –libertad, buena fe, protección de la parte débil, etcétera– el peso relativo de cada uno de ellos (atribuido por el legislador) no es igual que en el Código Civil, y ello es así pues, los criterios básicos para sopesarlos son también nuevos.

Y contienen principios de diferente valencia que en el Código pues, precisamente, los contenidos en el Código resultaban insuficientes y consecuentemente conducían a injusticias cuando eran aplicados al sector de contratos ahora contenidos en el tipo microsistémico.

19. Otra vez sobre la diferencia entre microsistema y ley especial: las consecuencias prácticas de la distinción en punto a la integración con el sistema del Código

Como la regla de integración del artículo 3º también manda a producir una apertura del microsistema de tutela del consumidor hacia algunas leyes especiales como la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Lealtad Comercial, conviene explicar por qué razones lo que afirmé con relación a las leyes microsistémicas no se aplica a las demás leyes especiales.

La diferencia entre el microsistema y las simples leyes especiales radica en que el microsistema regula al hombre en cuanto desarrolla algún rol diferenciable. Es un fenómeno propio de la alta modernidad, caracterizada por la fragmentación de la idea de sujeto.

La ley especial, en cambio, en materia contractual sirve para recoger en términos generales el fenómeno de especificación en relación con el objeto del contrato.

El microsistema se comporta en relación con el sistema central, es decir, el Código, de modo diferente a la ley especial.

Partiendo de la base de que los principios son los mismos en todos los actores de la contratación. La diferencia está en que los criterios de ponderación de los principios son diferentes, ello deriva a su vez de que los principios tienen distinta extensión, peso, y carácter, esto último pues en algunos sectores los que son principios implícitos o que se encuentran consagrados de modo indirecto en otros están explícitos o consagrados directamente.

En efecto, como ya he señalado varias veces, el microsistema cuenta con un juego de principios propio, diferente del sistema.

De modo que cuando se busca, ante la ausencia de normas en el microsistema, una disposición del sistema para aplicarla al caso, debe verificarse, como paso previo, que aquélla se adecue al modo de ponderar los principios en el microsistema.

Este último paso no es necesario en la ley especial que regula un contrato por la especificidad de su objeto, en el cual el juicio de ponderación obedece a las mismas reglas que el sistema general.

20. Las leyes especiales, descodificación y los microsistemas

Es un punto común entre los autores, cuando refieren al sector normativo, la referencia al fenómeno de descodificación que en el campo contractual constituye el proceso que refleja la captación de las nuevas realidades negociales. No creo que se limite a eso solamente su ámbito, aunque pueda ser uno de los más prolíferos y el que más nos interese para los efectos de este estudio. A título de ejemplo, sólo diré que la propiedad privada se ha diversificado por el objeto sobre el que versa, y lo ha hecho a través de leyes especiales, en muchos casos.

La descodificación es una realidad que debe ser asumida, pues sólo a partir de este punto de arranque podrá pensarse en la necesidad y formas de realizar una eventual recodificación.

En este punto, debe precisarse con cuidado: si las nuevas realidades negociales son recogidas por simples leyes especiales o por verdaderos microsistemas, pues no es lo mismo, pese a que el microsistema pueda estar recogido en una o varias leyes especiales.

Ambos Códigos de Derecho Privado regulaban la totalidad de la

materia y lo que no habían captado era regulado a través de leyes especiales que se anexaban como apéndices a aquéllos. Este fenómeno de incorporación de temas a través de leyes especiales no alteraba el orden del sistema, ya que las materias nuevas eran legisladas siguiendo idénticos principios que los contenidos en los Códigos. Los Códigos, por tanto, seguían cohesionando el sistema privado, y su orden no se encontraba alterado o interferido.

Como consecuencia de ello, podía sostener la vigencia de conceptos unitarios de cada uno de los principales institutos del Derecho Privado; así, podía hablarse del contrato, de un sistema propietario, un tipo de familia, etcétera.

Las interferencias comienzan a surgir con el advenimiento de los denominados microsistemas de Derecho Privado. Ricardo Lorenzetti ha mostrado la existencia de algunos de estos microsistemas: el microsistema de Derecho del Consumidor, el microsistema de la empresa⁴⁰. A ellos puede agregarse el microsistema del Derecho monetario y el microsistema de la compraventa internacional de mercaderías y de los contratos internacionales en general.

El microsistema, que si bien formalmente puede estar contenido en una ley especial o en un conjunto de ellas, tiene la particularidad de que no obedece a los mismos principios que los Códigos, y son sancionados precisamente porque para la materia particular de que tratan se requerían nuevas soluciones diferentes de las que podían derivarse de los principios –aplicados por analogía al caso– de los Códigos decimonónicos. Los microsistemas tienen sus propios principios (lo que incluye a las directivas que son las que les proporcionan la finalidad, v. gr., en el Derecho del Consumidor, la protección del consumidor), sus propias soluciones de fondo y sus propias reglas procesales. También se señala que constituyen “estatutos”. Los estatutos son cuerpos normativos que establecen su ámbito de aplicación en forma subjetiva, es decir, requieren que el hombre revista una cierta calidad

⁴⁰ NICOLAU, Noemí, *La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado*, en *Revista Estudios del Centro*, UNR, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones en Derecho Civil, N° 2, 1997, p. 80; LORENZETTI, *Normas fundamentales de Derecho Privado* cit., ps. 14 a 20.

adicional, en cuanto desempeña tal o cual rol; así, desde antiguo, los comerciantes se dieron su propio ordenamiento. Más modernos son los estatutos del trabajador, del consumidor, etcétera⁴¹.

Los microsistemas constituyen una idea similar a la de estatutos, pero su conformación no es necesariamente de base subjetiva, verbi-gracia, en el Derecho del Consumidor hay intentos de definición subjetiva de su ámbito y objetivos.

Los microsistemas se encuentran en tensión con los sistemas. En efecto, los segundos están formados por conceptos más técnicos, pero también genéricos y abstractos (v. gr., el concepto de acto jurídico), por tanto pierden rápidamente su conexión con la realidad y su capacidad para explicarla, todo lo cual hace difícil su reforma; en cambio los primeros contemplan sólo soluciones puntuales y parecen como desintegrados por dentro, pero tienen mayor apego a la realidad, y son más fáciles de corregir mediante reformas (v. gr., la ley 24.240 ya tuvo dos reformas)⁴².

De modo alguno puede pensarse que es una característica de los microsistemas que sean cerrados. Los microsistemas se integran también con los sistemas en cuanto ello fuere posible. Otra cosa es que desde un punto de vista estático, los microsistemas tienen, para el sector que les toca regular, preeminencia sobre el sistema; la misma situación, pero analizada sincrónicamente, permite afirmar que la entrada en vigencia de un microsistema produce una derogación de los principios y reglas del sistema que resulten incompatibles. Pero ello no significa que sean cerrados.

El problema pendiente sigue siendo el de la coordinación de los principios y soluciones del sistema con las que otorgan los microsistemas. Los problemas son dos: el primero, ocasionado por falta de una jerarquía preestablecida o, más precisamente, porque los Códigos han perdido esa jerarquía, por dos motivos: en primer lugar, porque los microsistemas pese a estar establecidos por leyes especiales anexas a los Códigos (lo que les otorga una jerarquía formal inferior al Código) son derogatorios de este último para su ámbito de aplicación, es decir

⁴¹ ALTERINI, Atilio A., *Los contratos de consumo*, en L. L. del 7-12-93, p. 2.

⁴² NICOLAU, ob. cit., ps. 80 a 83.

que desde la perspectiva del sistema práctico, al momento de operar para resolver un caso, son superiores jerárquicamente, y en segundo término pues, constitucionalización del Derecho Privado mediante, la máxima jerarquía se encuentra en ese nivel. El segundo problema es distinto, es un problema de orden del sistema de Derecho Privado, en el cual se multiplican las contradicciones normativas como consecuencia de la descodificación y aumenta el número de principios por la constitucionalización.

21. La interpretación de la ley 24.240 a favor del consumidor

La segunda regla contenida en el segundo párrafo del artículo 3º incorporada por la ley 26.361 dice que “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor” –es una regla de interpretación de la ley (microsistémica) que manda al operador del campo jurídico a realizar la actividad hermenéutica en favor del consumidor cuando existe una contradicción entre dos de sus normas–.

Ahora es también establecida por el artículo 1094 del Código Civil y Comercial, pero con relación a los conflictos entre sistema y microsistema (2º párrafo).

Esta regla –al igual que la de interpretación a favor del consumidor– constituye una derivación del principio de protección del consumidor (art. 1º, ley 24.240) y muestra cómo este principio constitucional y legal se transforma a la hora de la existencia de conflictos normativos en un postulado de maximización de la protección.

La reforma de la ley 26.361 alteró la redacción de esta oración por la que se establecía la interpretación proconsumidor de la ley, en efecto la redacción originaría decía: “En caso de duda, se estará siempre a la más favorable para consumidor”, mientras que la nueva redacción dice: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Entiendo que la referencia a que el material que se interpreta son “los principios que establece esta ley” no resulta técnicamente adecuada. En primer lugar, conviene aclarar: (1) que la ley no realiza una enunciación de principios –sólo contiene una referencia al principio

protectorio en el artículo 1º, primera frase y en el artículo 37 al principio de buena fe–, como sí lo hace el Código de Defensa del Consumidor de Brasil; en segundo lugar, (2) que lo que es objeto de la interpretación son las reglas, y en tercer término, (3) que los principios son los que tienen una función interpretativa, es decir, los principios son los que sirven para la interpretación de las reglas, en el caso, el principio de protección. Amplió en mi comentario a los principios del Derecho del Consumidor, al cual remito al eventual lector.

Desde la perspectiva del análisis literal parecería que ahora lo que se interpreta a favor del consumidor son los “principios” de la ley 24.240. Esto es, los principios explícitos, el principio de protección (art. 1º), el principio de orden público (art. 65) y el principio de buena fe (art. 37) y los principios implícitos: igualdad real.

El sentido del cambio no surge con claridad. Quizá la idea haya sido resaltar el rol integrativo que cumplen los principios.

22. El principio de progresividad revisitado

En otro plano, más avanzado de teorización, pienso que a partir de esta norma del artículo 3º puede sostenerse en el campo del Derecho del Consumidor la existencia de un principio de “progresividad”, que funciona como lo hace el principio de progresividad en el campo del Derecho Ambiental.

De acuerdo a este principio del Derecho del Consumidor, no sólo las reglas legales futuras sino también las reglas legales existentes que proviniesen “desde afuera” del microsistema deben ser adaptadas –por vía hermenéutica– a la racionalidad del microsistema del Derecho del Consumidor.

SECCIÓN SEGUNDA – LA RESISTEMATIZACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE CONSUMO EN ARGENTINA

El punto de partida para comprender el particular funcionamiento del diálogo de las fuentes con relación al consumo en el nuevo Código Civil y Comercial es la fisonomía que a partir del nuevo Código ha adquirido el sistema normativo del Derecho del Consumidor argentino.

23. La posibilidad de codificación del Derecho del Consumidor

El Código desarrolló un programa que tiene por objetivo resistematizar la regulación de la cuestión del consumo.

El Derecho del Consumidor nació en Argentina (ley 24.240/93) al igual que en el resto de América del Sur a través del dictado de una ley especial general. El único país en el cual se asignó a esta ley el carácter de Código fue Brasil (L. 8078: *Código de Defesa do Consumidor*).

El estado general en América del Sur de la situación del Derecho del Consumidor es que se encuentra regulado de manera separada del derecho del Derecho Civil y Comercial. Así ocurre en Uruguay, Paraguay, Bolivia, Chile, Venezuela, Perú, Ecuador y Colombia.

La posibilidad de codificar el Derecho del Consumidor en un Código Civil y Comercial es la primera vez que se plantea en América del Sur, donde –como se recuerda en los Fundamentos del Anteproyecto– ha prevalecido el modelo que podemos denominar de la separación entre el Derecho Privado y el Derecho del Consumidor.

Según se explica en los Fundamentos es necesario tener en cuenta para decidir este aspecto tres cuestiones: “...hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina”.

Considerando estos aspectos el Código decidió que “...es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo”.

Aquí el Código sigue la línea de la reforma al Código Civil alemán de 2002, el Código de Quebec o el Código holandés, que incorporan algunos instrumentos del Derecho del Consumidor, sobre todo a nivel contractual.

24. El problema de la extensión de la codificación del Derecho del Consumidor

Como se sabe el Derecho del Consumidor no es puramente “Derecho Privado”. Posee componentes de diversas disciplinas jurídi-

cas típicas del “Derecho Público”, así posee reglas de Derecho Constitucional y Administrativo y fuertes conexiones con el campo ambiental.

De modo que aun resuelta la voluntad de codificar, esta operación no puede consistir en traspasar los contenidos del Derecho del Consumidor al Código Civil y Comercial sin una tarea previa de establecer qué elementos son trasladables y cuáles no. Por ejemplo, claramente no correspondería regular en el Código lo que podría denominarse “sistema administrativo de defensa del consumidor”.

Obviamente hay dos componentes principales de la regulación de las relaciones de consumo que corresponde codificar: todo lo que refiere a la “protección contractual del consumidor”, lo que incluye la regulación de las cláusulas abusivas”, la formación del contrato, las “garantías posventa”, etcétera, y la protección del consumidor frente a los daños. Se trata de las dos cuestiones centrales que tradicionalmente han dividido y sistematizado, a la vez, el Derecho del Consumidor.

El Código se inclinó aquí por codificar el primer gran tema: la protección del consumidor en las relaciones contractuales.

La segunda cuestión –la del daño al consumidor– se ve impactada de manera indirecta, vía del diálogo de fuentes, por las modificaciones en la teoría general del Derecho de Daños, pero no ha sido objeto de una regulación específica. En este sentido Gabriel Stiglitz señala que el nuevo Código Civil es en general –más allá de las normas específicas de Derecho del Consumidor que trae– beneficioso para el Derecho del Consumidor, por ejemplo, en el campo de la responsabilidad civil, en el cual se establecen reglas generales que “complementan la legislación especial, proveyendo un lenguaje normativo común”: así, la función preventiva de la responsabilidad civil, “los avances en torno a nuevos daños resarcibles, y legitimados activos (damnificados indirectos, convivientes, etc.)” (arts. 1738 y 1746), “pautas adicionales en el régimen de responsabilidad objetiva”, en particular la regla del artículo 1757: el responsable no se exime por “la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención” y el hecho de que se incluye ahora la idea de responsabilidad objetiva por actividad riesgosa, “la eliminación –en

los casos de responsabilidad objetiva– de la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta que recaiga la penal” (art. 1775)⁴³.

25. La codificación de la protección contractual del consumidor

En el campo específico de la protección contractual del consumidor, aquella misma cuestión –como codificar el Derecho del Consumidor con algunos límites– exige considerar el problema de la expansión y colonización de todas las relaciones contractuales por el Derecho del Consumidor. Problema que luego de la reforma de la ley 24.240 por la ley 26.361/2008, que incorporó la idea de consumidores expuestos a las relaciones de consumo, la doctrina y la jurisprudencia ya se había planteado.

Este problema fue considerado por el Código. Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto: “corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia. Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo” (p. 604).

“Dentro del Libro Tercero (*De los derechos personales*) y luego del Título I (*De las obligaciones en general*), se distinguen tres títulos: el primero dedicado a los contratos en general, el segundo a los contratos de consumo y el tercero a los contratos en particular”. Es decir que el Código trabaja con la idea de que existe más de una “parte general” de contratos, o, si se quiere, que existen partes especiales de la parte general; en este sentido el principal fraccionamiento del uni-

⁴³ STIGLITZ, Gabriel, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en L. L. Supl. Esp. *Código Civil y Comercial de la Nación*, 2014, p. 140.

verso de los contratos que queda es la dicotomía entre contratos paritarios, centralmente, interempresariales y contratos no paritarios o de consumo: Hemos asumido que constituyen una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general⁴⁴.

26. La necesidad de resistematización

Otra realidad preexistente considerada por el Código 2014 es la existencia de un Derecho del Consumidor que ha sido desarrollado centralmente en una ley especial general que es conocida con el nombre de “Ley de Defensa del Consumidor” (24.240) que ha sido objeto de (a) un veto presidencial parcial que afectó seriamente su racionalidad originaria; luego de (b) reformas puntuales que intentaron –y lograron– reincorporar –con leves variaciones– algunas de las normas vetadas, y (c) de reformas mediante leyes especiales que introdujeron modificaciones generales en diferentes campos de la ley (ley 26.361/2008). Todo este proceso de vaivenes con marchas y contramarchas en el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales del consumidor, más la cuestión que se encuentra en la génesis misma de la ley 24.240 que es que se trató de una ley “minimalista” –en la que se previeran algunas instituciones particularmente importantes para la protección del consumidor⁴⁵– producida bajo la idea de que luego, mediante reformas posteriores, podría ser paulatinamente desarrollada y completada –lo que nunca ocurrió–, explica el resultado del proceso: la pérdida de sistematicidad y, por ende, de coherencia y rigor técnico de muchas de las reglas legales⁴⁶ que forman el núcleo del microsistema de defensa del consumidor.

⁴⁴ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., p. 605.

⁴⁵ Un régimen de daños, un régimen de cláusulas abusivas, una regulación de las garantías posventa, algunas reglas relativas a servicios públicos domiciliarios, etc.

⁴⁶ El problema de la falta de calidad técnica de las reglas legales en el Derecho del Consumidor es notable en la ley 26.361. Algunas de sus reformas incorporan normas provenientes de la experiencia práctica de la aplicación administrativa y/o cuestiones coyunturales, lo cual plantea desde el vamos la discusión acerca de si corresponde solucionar este tipo de cuestiones en una ley, y otras emprenden la tarea

Frente a este panorama el Código es un exitoso intento por recuperar sistematicidad en el campo del Derecho del Consumidor, y con ello, de dotarlo de una racionalidad que está marcada por las normas fundamentales de tutela del consumidor.

27. La nueva sistematicidad: el sistema como resultado

Esta nueva sistematicidad no se obtiene con el estilo de los códigos civiles del siglo XIX, es decir, ordenando de manera completa y detallada un campo normativo bajo la premisa de completitud. Esta aspiración no está presente en el nuevo Código Civil que es, por el contrario, respetuoso de la existencia de los microsistemas.

Aquí es necesario despejar una crítica que se ha escuchado: el nuevo Código, si decide codificar el Derecho del Consumidor, debería derogar la ley 24.240 e incorporar sus disposiciones, por tanto es un error haber dejado vigentes reglas en el “microsistema (ley 24.240) y en el Código que regulen la misma materia.

28. El programa de resistematización (i): producir una resistematización por círculos concéntricos

Para conseguir ese resultado final de resistematización la primera tarea necesaria –que el Código asume– es reorganizarlo, y esa reorganización implica: (a) una redistribución de materias entre el Código y las leyes especiales que integran el microsistema de defensa del consumidor reservando un núcleo de reglas para el Código⁴⁷; (b) ciertas reformas para mejorar la ley especial; (c) establecer un mecanismo de acople entre ambas fuentes.

de incorporar al microsistema normas que regulan instituciones muy caras al Derecho del Consumidor como las acciones de clase o los daños punitivos pero que lo hacen de manera muy deficitaria. Este segundo grupo de reglas ha generado un bloque de críticas enorme en la doctrina y de dificultades mayúsculas en la jurisprudencia pues requieren una labor suplementaria muy compleja para su adecuado manejo.

⁴⁷ Este núcleo de reglas no se forma sólo “transportando” reglas que ya estaban contenidas en el microsistema, en particular en la ley 24.240 y su decreto reglamentario 1798/94 al cuerpo del Código de manera *aggiornada* (por ejemplo, a. La regulación del ámbito de aplicación [arts. 1092 y 1093]; b. De las cláusulas abusivas [arts. 1117 a 1122]; c. La regulación de las ventas a distancia y fuera de los locales

En la fundamentación del Anteproyecto se dice que “se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas”. Este párrafo sintetiza el “programa” de la resistematización del Derecho del Consumidor de manera prístina.

Esta resistematización asume que la Constitución es el centro del sistema (art. 1º, CCC). Se trata de un primer anillo de normas principales que enuncian los derechos fundamentales del consumidor en la relación de consumo (art. 42, Const. Nac.).

29. El programa de resistematización (ii): la codificación del Derecho del Consumidor

a) La creación de un núcleo duro de regulación de las relaciones de consumo

En el Código se codifica una parte del Derecho del Consumidor hasta ahora existente en la legislación especial (ley 24.240), procurando dotar de la estabilidad de que gozan los códigos a un núcleo duro de ideas e instituciones con las que se suele regular las relaciones de consumo.

Este núcleo de Derecho del Consumidor codificado constituye el segundo anillo de la regulación que se construye con la idea de dotarlo de mayor nivel de estabilidad –junto a las normas del primer anillo– “para que no sea modificado reiteradamente por algunas cuestiones insignificantes, como ocurrió varias veces en las reformas de la

comerciales [arts. 1104, 1105, 1110 a 1116]), sino además introduciendo novedades (a. Nuevos principios como el del consumo sustentable [art. 1094]; b. Una regulación de las publicidades engañosas y abusivas [art. 1101]; c. Un régimen acerca de la contratación por medios electrónicos [arts. 1106, 1107, 1108 y 1109]; d. Reglas sobre la conexidad contractual [arts. 1120 y 1122]; e. Un régimen de los contratos bancarios con consumidores [arts. 1384 a 1389]; f. Un régimen para el tiempo compartido).

ley 24.240”⁴⁸. La idea es que reformar el Código es más complejo que lograr reformar una ley: “Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos ‘mínimos’ actúan como un núcleo duro de tutela” (p. 616).

En fin, la creación de este núcleo duro importa un enorme beneficio para el Derecho del Consumidor pues conduce a su “jerarquización”, lo cual se traduce en importantes consecuencias prácticas en orden a su mayor nivel de eficacia, “por un mayor conocimiento y compromiso de los operadores jurídicos en su aplicación”⁴⁹ y por una transformación de su “carácter”, como veremos enseguida.

b) *El núcleo duro como “presupuestos mínimos”*

Este núcleo duro regulatorio de las relaciones de consumo tiene un nuevo carácter: es un “presupuesto mínimo” que se suma al carácter de “orden público de protección” del cual ya estaba dotado⁵⁰. En este sentido se lee en los Fundamentos del Anteproyecto: “se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una «protección mínima»” (p. 616).

En el campo del Derecho Ambiental la regulación se construyó en Argentina a partir de la idea de “competencias concurrentes” entre Nación y provincia y de la existencia de “leyes de presupuestos mínimos”, es decir de normas de base que establecen umbrales inderogables por parte de las provincias que pueden en todo caso actuar regulando por encima de los mismos pero nunca por debajo y que los municipios sólo pueden complementar.

Esta técnica organizativa de las competencias regulatorias tiene una cierta reverberación aquí: el Código establece un núcleo duro de reglas de orden público de protección que se suman a las normas fundamen-

⁴⁸ STIGLITZ, ob. cit., p. 138.

⁴⁹ STIGLITZ, ob. cit., p. 138.

⁵⁰ Como se sabe, el hecho de ser un conjunto normativo de orden público (art. 65, ley 24.240) hacía que las reglas se basaran en el interés general, interés general en la tutela de los consumidores, y que al mismo tiempo fueran “indisponibles”, es decir que no pudieran ser derogadas por la voluntad de las partes. En este sentido el nuevo Código.

tales de protección del consumidor (establecidas en el art. 42 de la Const. Nac.), luego, las leyes especiales nacionales o provinciales pueden perforar esos mínimos legales⁵¹. Esta última posibilidad se plantea expresamente en los Fundamentos del Anteproyecto como uno de los “efectos” de la idea de “mínimos”: “...no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores” (p. 616).

c) *El resultado de la existencia del “segundo anillo”: el diálogo de fuentes*

Este núcleo duro contiene rerregulaciones e innovaciones respecto de instituciones reguladas por la ley 24.240 que, como señalé, no se deroga, creando un “doble régimen” que obliga al “diálogo de fuentes” intrarregulación consumerista.

Como expliqué más arriba las opciones existentes en el Derecho Comparado con relación a la conexión Código Civil y Comercial y Derecho del Consumidor fueron consideradas por la Comisión de reformas⁵².

El Código no incorpora la totalidad de las reglas de protección del consumidor, es decir que sólo codifica parcialmente el Derecho del Consumidor existente hasta ahora. En los Fundamentos se explica que esta opción –incorporar la totalidad del Derecho del Consumidor– “no ha sido seguida en la legislación comparada” y que hay dos razones que llevan a adoptar actitud contraria que postula sólo introducir en el Código un conjunto limitado de reglas y principios referidos al consumidor: (a) “la dinámica constante de las relaciones de consumo”; (b) la sectorialización de la legislación consumerista en materias específicas.

En efecto, en el Derecho Comparado la relación entre la legislación especial de protección del consumidor y el Código Civil no ha sido

⁵¹ “...el nuevo Código propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales que actúan como una ‘protección mínima’ del consumidor, lo que implica: a) que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores; b) pero esencialmente, que ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema [...] Por lo tanto, esos ‘mínimos’ actúan como un núcleo duro de tutela” (STIGLITZ, ob. cit., p. 138, nota 3).

⁵² Vid., *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., ps. 602 y 603, punto II.1.1.

jamás de absorción por parte de este último. Aun en Europa donde la proliferación de directivas comunitarias referidas al consumo y su consecuente incorporación al Derecho interno de los países miembros trae aparejada una situación de cierto desorden de los Derechos nacionales en lo que respecta al consumidor, lo que ha dado impulso al trasvase del Derecho del Consumidor a los Códigos Civiles –verbigracia, en Italia y Alemania–, se conserva una legislación propia del consumidor que no ha sido traspasada al Derecho interno.

Lo realmente relevante de estos casos es la introducción en el Código Civil del consumidor como sujeto de derechos.

Hay dos modelos regulatorios. En primer lugar el modelo de la separación entre el Derecho Privado y el Derecho del Consumidor, cada uno con su código o ley especial –en el caso del consumidor– aunque con canales de conexión entre ambos; en segundo lugar, el modelo de incorporación parcial del Derecho del Consumidor al Código de Derecho Privado manteniéndose los aspectos más específicos de la regulación consumerista en la legislación especial⁵³.

Sin embargo cabe destacar que en estos dos modelos existen numerosas particularidades. En cada uno de ellos existe una gran heterogeneidad⁵⁴ que viene dada por dos órdenes de razones:

- a) El contexto normativo que rodea la relación Derecho Privado/Derecho del Consumidor, verbigracia, en la UE la necesidad antes referida de incorporar al Derecho interno las directivas comunitarias y luego de ordenar el Derecho interno o en Argentina o Brasil la raíz constitucional del Código de Defensa del Consumidor (Brasil) o de la legislación especial de protección del consumidor (Argentina), y
- b) la historia de cada país respecto de la codificación y la formación del Derecho del Consumidor. El Código opta por el segundo modelo.

⁵³ Vid. los modelos descriptos en los *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit. Sin embargo cabe destacar que en estos dos modelos existen numerosas particularidades.

⁵⁴ LIMA MARQUES, Cláudia, *A chamada nova crise do contrato e o modelo de Direito Privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?*, en AA. VV., LIMA MARQUES, Cláudia (coord.), *A nova crise do contrato*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, ps. 17 y ss.

Este segundo anillo está integrado por seis instituciones:

- La relación de consumo;
- la información al consumidor;
- la publicidad;
- las prácticas comerciales abusivas;
- las “modalidades especiales” de ventas al consumidor;
- la regulación de las cláusulas abusivas.

Las coincidencias con el régimen de la ley 24.240, que continuará vigente, obligan al operador del campo legal a recurrir al diálogo de las fuentes normativas, en este caso, la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley 24.240. Es con relación a este “segundo anillo” normativo que el diálogo de las fuentes se hace indispensable.

30. El programa de resistematización (iii): las reformas a la ley 24.240

a) *El diseño de un espacio de adaptabilidad: el “tercer anillo regulatorio”*

Como se señaló el nuevo Código –además de regular un núcleo de problemas vinculados a la relación de consumo y los contratos de consumo– no plantea derogar la ley 24.240.

La ley 24.240 y las demás leyes especiales que integran el Derecho del Consumidor constituyen el tercer círculo concéntrico de la regulación de defensa del consumidor.

Este tercer círculo de normas tiene el carácter de ser la sede de la regulación detallista –lo que otrora correspondía al Código– y de ser “...flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas”⁵⁵.

b) *Las reformas a la ley 24.240*

Como señalé el Código fue concebido como una regulación respetuosa de la existencia de los “microsistemas” regulatorios. Por ello

⁵⁵ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., p. 617.

minimizó su “intervención” en las leyes especiales que tuvieran este carácter: El vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Es inevitable una reforma parcial de la Ley de Defensa del Consumidor, a fin de ajustar sus términos a lo que la doctrina ha señalado como defectuoso o insuficiente⁵⁶.

“De modo complementario con esta concepción, es necesario dar cabida a críticas que ha hecho la doctrina a la legislación especial de consumidores, y en los aspectos generales, solucionar algunos problemas. Por esta razón es que abordamos la noción de relación y de contrato de consumo y otros aspectos”⁵⁷.

Luego algunas reformas de la ley 24.240 fueron consideradas necesarias⁵⁸. Para ello en el Anexo II se plantea reescribir algunas reglas de la ley 24.240, concretamente:

- a) El artículo 1º referido al ámbito de aplicación y que contiene la definición de “consumidor” y “consumidor equiparado”⁵⁹. Aquí los Fundamentos del Anteproyecto explican que la ley 24.240, con las modificaciones de la ley 26.361, ha sido criticada ampliamente por la doctrina en este aspecto⁶⁰, lo que obliga a su redefinición e impide una simple remisión a dicha definición;

⁵⁶ Ídem, p. 511.

⁵⁷ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., p. 617.

⁵⁸ Vid. las explicaciones del muy claro trabajo de STIGLITZ, Gabriel, *La defensa del consumidor en el Proyecto de Código*, en L. L. 2012-F-793.

⁵⁹ 3.1. Sustitúyese el artículo 1º de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361, por el siguiente:

“Art. 1º – *Objeto. Consumidor. Equiparación.* La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física 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”.

⁶⁰ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., p. 618.

- b) el artículo 8° sobre los efectos de la publicidad con relación al contrato⁶¹;
- c) el artículo 40 bis que regula el problema del “daño directo”⁶², y
- d) el artículo 50 relativo a la prescripción liberatoria.

Ésta es la reorganización, la redistribución y las reformas que realiza el Código, pero, ¿cómo es el nuevo sistema?, ¿cómo se reconstruye el sistema?, para ello es necesario abordar el “diálogo de fuentes”.

c) *Interpretación más favorable al consumidor*

La norma de interpretación a la cual se hace referencia es el artículo 1094: “En el caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

⁶¹ 3.2. Sustitúyese el artículo 8° de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361, por el siguiente:

“Art. 8° – *Efectos de la publicidad*. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.

”En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente”.

⁶² 3.3. Sustitúyese el artículo 40 bis de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361, por el siguiente:

“Art. 40 bis – *Daño directo*. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

”Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo.

”Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos:

”a) la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta;

”b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas;

”c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

”Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus

Esta idea de colocar a la Constitución Nacional como el nuevo centro del sistema de Derecho Privado a partir del cual generar el “diálogo de fuentes”⁶³ –esencial para la reconstrucción del microsistema del Derecho del Consumidor– es a mi modo de ver la principal innovación que el Código introduce en la forma de funcionamiento del Derecho Privado y seguramente va a impulsar la transformación de la labor cotidiana de los operadores del campo legal (arts. 1º, 2º, 3º y 1097, entre otros del CCC).

El Código de Defensa del Consumidor de Brasil permite el diálogo de fuentes en el artículo 7º, que señala: “*Os direitos previstos neste Código não excluem outros decurrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade*”. El principio rector que guía el diálogo es el de la maximización de la protección del consumidor, lo cual proviene de la existencia de una norma constitucional; por ello el Código de 1990 comienza diciendo que “*O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias*”.

En Argentina un razonamiento similar es el que funda el diálogo de fuentes:

(a) El artículo 1094 del Código señala que “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”.

Pese a que en el título se hace referencia –como en otros casos– a un cierto orden de prelación normativo, en realidad ambas reglas

afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales”.

⁶³ Ver la referencia explícita al diálogo de fuentes en la nota de presentación del pre-Proyecto; vid. en la doctrina, LORENZETTI, Ricardo, *La decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006; LIMA MARQUES, Cláudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

pueden resumirse en una: el diálogo de las fuentes en el ámbito del Derecho del Consumidor debe guiarse por el principio de maximización de la protección del consumidor.

(b) La norma se integra con el artículo 3º, segundo y tercer párrafos de la ley 24.240: “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

”Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

II. EL MÉTODO DEL DIÁLOGO DE LAS FUENTES

CUARTA PARTE – LAS FUENTES NORMATIVAS DEL DIÁLOGO

Desde mi perspectiva el primer elemento que requiere el buen funcionamiento del método del diálogo de las fuentes es identificar “las leyes” o los diferentes tramos de la fuente legal –que ahora aparece fragmentada– que dialogan.

31. Las fuentes normativas del diálogo (i): los derechos fundamentales de los consumidores

Como señalé el Código asume en general la primacía constitucional y en particular en materia de relaciones de consumo (arts. 1º y 2º). Éste es un presupuesto sin el cual el diálogo de fuentes no puede efectuarse.

La idea ya estaba presente en el pensamiento de la doctrina pues, aunque la regla legal del artículo 3º de la ley 24.240 no lo dice, la norma fundamental de artículo 42 de la Constitución Nacional integra el microsistema de tutela del consumidor.

Esta norma fundamental constituye el punto arquimédico sobre el cual se apoya el microsistema ya que contiene los principios que lo orientan, lo cohesionan y le proporcionan una racionalidad.

Este problema ahora es solucionado por el Código, ya que en el artículo 1º se establece con claridad el carácter central de la Constitución Nacional en el sistema de Derecho Privado al sujetar la interpretación de la ley privada a las normas constitucionales.

Así los derechos fundamentales de los consumidores (a la dignidad, a la salud, a la información, etc.) establecidos en la Constitución Nacional actúan como un zócalo mínimo que debe ser respetado, por tanto, las normas legales derivadas que desarrollan estos derechos fundamentales (v. gr., el derecho a la salud de los consumidores) adquieren en los casos el “peso” constitucional de la norma fundamental que desarrollan.

En definitiva, la Constitución Nacional y en particular el artículo 42 dan el “sentido” general del diálogo de fuentes: lograr maximizar la protección del consumidor, en la dirección de lograr desarrollar en todos los casos, en la mayor medida posible, los derechos fundamentales del consumidor.

32. Las fuentes normativas del diálogo (ii): un zócalo mínimo y núcleo duro de tutela

El Anteproyecto plantea muy especialmente la cuestión de cómo regular los contratos de consumo en el contexto de la unificación de los contratos civiles y comerciales que realiza (Título II, punto 1).

Luego de valorar las dos metodologías que en el Derecho Comparado se han seguido para regular los contratos de consumo⁶⁴, el rango constitucional que en nuestro país poseen los derechos del consumidor, la “amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina”, se tomó la decisión de avanzar en la incorporación de los contratos de consumo al régimen general de los contratos (vid. Título III).

El Anteproyecto ubica la regulación de los contratos de consumo en la parte general de los contratos y antes de la regulación de los contratos en especial, en la idea de que el Derecho de los Consumidores impacta sobre el tipo contrato en general y luego en algunos tipos especiales en

⁶⁴ La primera, incorporando al Código normas referidas a la tutela del consumidor, y la segunda, manteniendo separados el régimen de los contratos civiles y comerciales por un lado, y de los contratos de consumo por otro.

particular. Es decir, la idea es que se trata de una especie de parte especial de la parte general de los contratos (vid. Título III, punto 1).

El Código optó por rerregular: (a) algunos aspectos generales del Derecho del Consumidor –tales como la idea de relación de consumo, consumidor, interpretación de las normas de tutela del consumidor–; (b) algunos aspectos específicos centrales de la protección del consumidor con relación a los contratos (arts. 1092 a 1122)⁶⁵; (c) se regulan asimismo una serie de “casos especiales” del Derecho del Consumidor: (c.1) los contratos bancarios en relación con los consumidores (arts. 1384-1389); (c.2) los cementerios privados (art. 2111); (c.3) los “tiempos compartidos” (art. 2100).

Se trata –como adelanté– de un zócalo de protección mínimo (vid. Título III, punto 1), una serie de “principios generales de protección del consumidor” que cumplen esta función de tutela.

He aquí el primer cuerpo de normas que deben dialogar; es el “segundo círculo” de reglas al que hice referencia más arriba. Este cuerpo de “normas generales” de protección del consumidor puede entrar eventualmente en conflicto o superponerse con reglas de la tercera fuente normativa del diálogo: el microsistema.

33. Las fuentes normativas del diálogo (iii): el microsistema

El segundo párrafo del artículo 3° de la ley 24.240, primera parte, establece lo que puede ser calificado como regla fundacional del microsistema de tutela del consumidor en tanto señala que “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo...”

Se trata de una regla de gran importancia pues proporciona el espacio necesario para confirmar el carácter microsistémico de la tutela del consumidor. La regla, al señalar que la ley se integra con otras leyes dirigidas a proteger al consumidor, significa que la ley 24.240 constituye el cuerpo normativo que contiene la regulación central y general del microsistema pero que, al mismo tiempo, este último no se agota con la regulación que hace aquella ley, sino que se integra

⁶⁵ Lo que deja afuera, por ejemplo, la regulación de los daños al consumidor, los aspectos institucionales de la tutela del consumidor, las cuestiones procesales, entre otras.

con otras leyes especiales que también persiguen como finalidad política la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios.

En este contexto debe interpretarse que la referencia expresa a los regímenes de lealtad comercial y defensa de la competencia no es limitativa; la intención de la regla no es limitar la integración del microsistema a estos dos cuerpos normativos solamente, sino que se trata de dos casos de particular relevancia, ya que concurren indirectamente coadyuvando a la tutela de los consumidores y usuarios, lo que evidentemente ha querido ser particularmente destacado haciendo una referencia expresa⁶⁶.

En fin, éste es el primer tema sobre el cual corresponde tomar nota: en la disposición legal bajo comentario subyace la idea de que el Derecho del Consumidor tiene fisonomía microsistémica y es absolutamente compatible con la idea del primer párrafo del artículo 1094, que también hace referencia –genéricamente– a “las normas que regulan las relaciones de consumo”, sean generales o especiales. En otras palabras la expresión mencionada del artículo 1094 contribuye a “descubrir” el carácter microsistémico del Derecho del Consumidor.

Éste el “el otro” conjunto de reglas que deben dialogar: las normas que integran la ley general de protección del consumidor. Es un conjunto normativo “sujeto” al zócalo mínimo de las “normas generales” de protección del consumidor establecidas en el Código.

QUINTA PARTE – LAS REGLAS DEL DIÁLOGO DE FUENTES

En esta parte explico lo que a mi modo de ver son las reglas que organizan el buen uso del método del diálogo de fuentes identificando una regla general que se vincula con el mandato constitucional y que funciona en todos los diálogos de fuentes y luego reglas específicas de acuerdo a los diferentes subtipos de diálogos para por último des-

⁶⁶ La regla que comento constituye, por tanto, una descripción parcial del microsistema que debe ser debidamente completada para su cabal comprensión si se pretende un funcionamiento adecuado.

Entre las demás leyes especiales que integran el microsistema se cuentan: (a) las que regulan servicios públicos domiciliarios; (b) las que establecen controles administrativos previos para tipos contractuales o sujetos comprendidos en esta ley; (c) las que regulan la publicidad que hacen determinados sujetos o que publicitan ciertos productos o servicios.

cartar las reglas de prelación normativa y de interpretación “proconsumidor” como reglas de diálogo.

34. Las reglas del diálogo (i): la maximización de las normas fundamentales

Al analizar las reglas de funcionamiento del diálogo de fuentes es necesario tener muy presente que el objetivo central del método es mejorar la efectividad de los mandatos constitucionales. Ésa es la manera de hacer realidad en el Derecho Privado la idea de realización en la mayor medida posible las normas fundamentales.

Concretamente, en el dominio del Derecho del Consumidor, de lo que se trata es de maximizar el principio constitucional de protección del consumidor (art. 42, Const. Nac.). Éste es un punto común con otra de las técnicas que el Código privilegia, que es el “juicio de ponderación”, lo cual habla de un lenguaje común en materia de derechos que campea todo el Código.

El diálogo de fuentes como método requiere sustituir el “orden” que prefiguran los criterios de resolución de antinomias por un orden basado en los derechos humanos fundamentales⁶⁷.

Por ello las ideas de artículo 963 –entendidas como reglas de organización del diálogo de fuentes– son insuficientes –incluso en el ámbito de los contratos paritarios⁶⁸–.

Al mismo tiempo, el único vestigio de los criterios modernos de resolución de autonomías que se conserva en el diálogo de fuentes es el

⁶⁷ “La luz que ilumina el diálogo de fuentes en Derecho Privado (y debe ser) siempre la constitucional, valores dados y no escogidos por el aplicador de la ley, de ahí que el resultado del diálogo de fuentes sólo puede ser a favor del valor constitucional de protección de los consumidores” (la traducción es mía). LIMA MARQUES, “*O diálogo das fontes*” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme, en LIMA MARQUES, Cláudia (coord.), *Diálogo das fontes*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 61. Y, si se considera que los principios fundamentales encierran valores, es claro que es el “principio de protección de los consumidores” el que debe guiar el diálogo de fuentes, al menos, lo que en este artículo se denomina “diálogo intrarregulación del consumidor”.

⁶⁸ Esto último, en tanto se le asigne a la regla la misión de organizar el diálogo de fuentes. Sin dudas el art. 1094 es una regla que responde en mucha mayor medida que la regla del art. 963 a la racionalidad del diálogo de fuentes.

que indica a la Constitución Nacional como núcleo duro de derechos. Este criterio es esencial para el diálogo con otras leyes especiales que regulan otros derechos con una racionalidad diferente, verbi-gracia, las leyes que regulan los derechos de las personas con capacidades diferentes.

En este contexto –el de los casos en que concurren diferentes fuentes a regular la situación problemática– el principio proconsumidor actúa como una directiva para organizar el diálogo al interior del microsistema⁶⁹.

En definitiva, el artículo 1094 debe ser leído:

- a) Las normas de este Código y de leyes especiales que regulan las relaciones de consumo se aplican componiendo la respuesta más favorable a la protección del consumidor, y
- b) las normas de este Código y leyes especiales que protegen al consumidor cuando concurren con leyes especiales que protegen otros derechos de los cuales es titular el mismo consumidor (v. gr., los derechos de los niños y niñas, de un locatario de inmueble urbano con destino a vivienda o de una persona celíaca) o de los cuales son titulares los proveedores (v. gr., libertad de contratación, libertad de ejercicio del comercio y la industria lícita, libertad de expresión, etc.) deben ser puestas en diálogo de modo de alcanzar la solución del caso que respete y desarrolle los derechos fundamentales en juego en la mayor medida posible.

Y algo similar debería ocurrir con los contratos paritarios y con el sistema de responsabilidad civil.

El *background* de estas operaciones de diálogo es doble: (a) el diálogo intrarregulación de las relaciones de consumo, está guiado por la directiva de progresividad maximalista: lograr componer respuestas normativas a los casos que se presenten que aseguren el mayor nivel de la protección del consumidor posible; (b) el diálogo extramicrosistema de protección del consumidor, está guiado por la directiva desarrollista: todos los derechos fundamentales en juego deben potenciarse.

⁶⁹ “Diálogo de fuentes es siempre aplicación armónica y sistemática de las leyes especiales y generales a favor de los derechos fundamentales de los valores más elevados, sociales y públicos” (LIMA MARQUES, “*O diálogo das fontes*” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme cit.).

35. Las reglas del diálogo (ii): reglas del diálogo de fuentes según la “tipología de diálogos de fuentes”

La doctrina brasilera ha establecido diferentes tipos de diálogos de fuentes que han dado lugar a diferentes reglas específicas⁷⁰.

Existe una tipología de diálogo de fuentes:

(a) “*Diálogo de coherencia*” (sistemático).

Este diálogo lleva a la aplicación simultánea, en un mismo caso, de reglas provenientes de diferentes fuentes, por ejemplo, para regular diferentes aspectos del caso⁷¹; aquí se pretende evitar la “superposición” de normas⁷².

Este tipo de diálogo tiende a que cada subsistema normativo, verbigracia, el Código Civil y Comercial y el microsistema de protección del consumidor, mantenga su ámbito de aplicación propio sobre la base de la tésis de cada uno, evitando que ninguno se sobredimensione y fagocite al otro, lo que no implica que no existe “comunicación” conceptual entre ambos.

Una norma actúa como la base conceptual de otra⁷³, en particular si una es general y la otra es especial⁷⁴, pues estas últimas son “materialmente incompletas”, es decir, requieren de conceptos que son “presupuestos” por el legislador macrosistémico, por ejemplo, el con-

⁷⁰ La tipología del diálogo de las fuentes entre el Código Civil y el Código de Defensa del Consumidor fue elaborada originariamente por Cláudia Lima Marques; en el mismo campo del Derecho Privado otros profesores han adoptado esta clasificación y han contribuido a desarrollarla (en particular, MIRAGEM, *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no Direito brasileiro* cit., ps. 67 a 111). Para el Derecho Internacional Público, vid. el importante aporte de DO AMARAL JUNIOR, Alberto, *El “diálogo de las fuentes”: fragmentación y coherencia en el Derecho Internacional contemporáneo*, en *Revista Academia*, Revista sobre enseñanza del Derecho, año 7, N° 13, 2009.

⁷¹ LIMA MARQUES, “*O diálogo das fontes*” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme cit., p. 36.

⁷² MIRAGEM, ob. cit., p. 75.

⁷³ LIMA MARQUES, p. 32.

⁷⁴ Refiriéndose al Derecho Internacional Público, Alberto Do Amaral Junior escribe: un tratado general “Suministra los conceptos básicos para la aplicación de un tratado específico constitutivo de un sistema de normas que no es materialmente completo” (*El “diálogo de las fuentes”: fragmentación y coherencia en el Derecho Internacional contemporáneo* cit., p. 85).

cepto de “cosa riesgosa” o de “actividad riesgosa” no se encuentra en el microsistema sino en el Código Civil, en las reglas de la responsabilidad civil, pero se aplica para resolver los problemas de accidentes de consumo que se rigen por el artículo 40 de la ley 24.240. Lo mismo ocurre con la noción de contrato y el artículo 10 bis de la ley 24.240, nulidad, y la sanción de “tenerla por no escrita” del artículo 37 de la ley 24.240, o la de prueba o prescripción⁷⁵.

Es “un diálogo de aplicación simultánea”⁷⁶ del Código Civil, la ley microsistémica y tal vez incluso las leyes especiales. Es un diálogo que valoriza la reconstrucción sistémica.

(b) “*Diálogo de subsidiariedad y complementación*” (sistemático).

Aquí existe una aplicación coordinada de dos normas o principios, que hace prevalecer una norma por sobre otra, pero no en el sentido de excluir la aplicación de una por otra, como ocurre con la regla clásica de antinomias, según la cual la ley posterior general no deroga la ley especial anterior, con lo que la ley especial anterior excluía la ley general.

Aquí, en este tipo de diálogo, esa complementariedad entre ambas normas reconocida por la regla anterior es profundizada: (1) no sólo la ley especial anterior queda vigente sino que también se aplica la general en subsidio de aquélla para complementarla o profundizarla⁷⁷. Además de ello, (2) este diálogo permite aplicar las normas del Código Civil cuando sean más beneficiosas para el consumidor, por ejemplo, si el Código establece un plazo de prescripción mayor⁷⁸ o cuando, ver-

⁷⁵ LIMA MARQUES, Cláudia, *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, en *Revista da Esmese*, N° 07, 2004, Doutrina, p. 45. “En el caso, el Código Civil, como centro del sistema de Derecho Privado forma los conceptos básicos para la interpretación y aplicación del Derecho del Consumidor” (MIRAGEM, Bruno, *Curso de direito do consumidor*, 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 72).

⁷⁶ LIMA MARQUES, “*O diálogo das fontes*” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme cit., p. 38.

⁷⁷ Alberto Do Amaral Junior emplea el ejemplo de las cláusulas contenidas en tratados de derechos humanos más antiguos que sirven para interpretar acuerdos de derechos humanos posteriores (*El “diálogo de las fuentes”: fragmentación y coherencia en el Derecho Internacional contemporáneo* cit.).

⁷⁸ MIRAGEM, *Eppur si muove: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no Direito brasileiro* cit., p. 76.

bigracia, como ocurre en Brasil, establece la función social del contrato que esa idea pueda ser aplicada al campo del microsistema de protección del consumidor⁷⁹.

(c) “*Diálogo de influencias recíprocas sistémicas*”.

Este subtipo de diálogo de fuentes es de interinfluencia de la ley general hacia la especial y viceversa⁸⁰. Este tipo de diálogo se emplea en dos situaciones:

- (c.1) Cuando existen principios o instituciones generales “comunes a ambos –sistema y microsistema– verbigracia, el principio de buena fe o el abuso de derecho”⁸¹ sufren influencias mutuas, de modo de salvaguardar la unidad del sistema⁸².
- (c.2) El diálogo permite que las interpretaciones jurisprudenciales (doctrina judicial) que se hacen en la aplicación de estas instituciones sea en el Código o en las leyes microsistémicas se traspasen mutuamente, generando así una especie de *background* común.

Es un diálogo de “*double sens*”⁸³, del microsistema al sistema y viceversa, permitiendo la comunicabilidad recíproca cuando existen instituciones comunes o temas generales comunes.

36. La interpretación de una norma “proconsumidor” no es diálogo de fuentes

Diferente de todo lo anterior es el problema de la interpretación de una norma del Código Civil o de las leyes especiales que protegen al consumidor.

Aquí no hay una concurrencia normativa para regular un caso, ni por tanto necesidad de recurrir al “diálogo”, sino una norma con diferentes interpretaciones posibles.

⁷⁹ MIRAGEM, *Curso de Direito do Consumidor* cit., p. 72.

⁸⁰ Acerca de estos subtipos, vid. LIMA MARQUES, “*O diálogo das fontes*” como método da nova teoria general do direito: um tributo a Erik Jayme cit., en particular, p. 32.

⁸¹ MIRAGEM, ob. cit., p. 77.

⁸² “El referido diálogo deviene de la necesidad de coordinar tratados aislados y subsistemas normativos de modo de constituirse en un todo dotado de sentido” (DO AMARAL JUNIOR, *El “diálogo de las fuentes”: fragmentación y coherencia en el Derecho Internacional contemporáneo* cit., p. 86).

⁸³ LIMA MARQUES, ob. cit.

Aquí rige el principio de interpretación proconsumidor (art. 1094, 2º párrafo) para seleccionar entre las interpretaciones posibles, sea de la norma ubicada en una ley especial o en el Código, la que corresponde aplicar en definitiva.

37. Diferenciar las reglas de prelación normativa y las reglas del diálogo de fuentes

¿El artículo 963 ubicado en el título de los “contratos en general” se aplica a las relaciones causadas en los contratos de consumo? Si se considera que dogmáticamente los contratos de consumo son una categoría especial en la parte general del contrato como lo hemos sostenido más arriba en este mismo estudio podría pensarse que sí; sin embargo la respuesta depende de la metodología seguida por el Código. El Código organizó la regulación del contrato dividiendo en un Título II, dedicado a la parte general de los contratos, y en el “Título III”, en el que regula los “contratos de consumo”, y en ambos títulos estableció reglas de prelación normativa, de modo que no puede sostenerse la aplicabilidad de la regla del artículo 963 –Título II– al Título III⁸⁴.

El punto es relevante pues de otra manera el orden de prelación normativa establecido por el artículo 963 podría generar problemas de interpretación con relación al artículo 3º de la ley 24.240 –que mantiene vigencia⁸⁵–, pero fundamentalmente –a su vez– reglas que organizan el diálogo de fuentes (arts. 1º y 1094, CCC).

Las reglas de prelación normativa como los artículos 963 y 1709 del Código no son determinantes a la hora de organizar el diálogo de fuentes. Pueden ser empleadas como un complemento argumental pero

⁸⁴ Existen otras razones: en el campo de las relaciones de consumo las reglas son en general de orden público (art. 65, ley 24.240), con lo cual en general siempre prevalecerán por sobre el resto de las reglas.

⁸⁵ En realidad en la práctica de los casos, dado que la generalidad de las normas de la ley 24.240 e incluso las del Código Civil proyectado relativas a los contratos de consumo son de orden público, dado que desarrollan derechos fundamentales (art. 42, Const. Nac.) diferentes a la libertad, los problemas que la norma del art. 963 o el art. 1709 pueden generar son menores. No obstante, sí es muy distorsivo desde la perspectiva intelectual.

las categorías empleadas en las mismas no tienen la capacidad explicativa necesaria para fundar una determinada organización de las reglas que deben regir el caso. Esto es particularmente así en el “bloque” de reglas legales derivadas de los diferentes tipos de orden público, todos los cuales forman parte del “orden público constitucional”.

El “tono” de las normas que regulan el orden de prelación normativa (arts. 963, 1709 y 1094) es absolutamente diferente, lo cual obedece a la presencia de diferentes racionalidades en ambos campos –el de la teoría del contrato “clásica” y en los contratos de consumo–. La norma del artículo 963 establece un orden jerárquico basado en el distingo: (a) Código; (b) ley especial; (c) normas indisponibles; (d) normas particulares y (e) normas supletorias. Es decir, (a) un criterio de generalidad y (b) un criterio basado en la idea de interés general/interés particular. Estos criterios fijados por el legislador son distorsivos del diálogo de fuentes y condicionan al intérprete (v. gr., excluyendo el diálogo de coherencia).

En otras palabras, el diálogo de fuentes para establecer en un caso la regla aplicable debe generarse por medio de las reglas que regulan el procedimiento del diálogo de fuentes en general y propio de los contratos de consumo, lo que ratifica la preocupación por mantener un alto nivel de respeto a la autonomía relativa de los microsistemas.

Lo dicho no significa que una regla que establezca un orden entre normas imperativas y disponibles no deba existir, lo que digo es que no es una regla de organización del diálogo de fuentes.

Quizá convenga diferenciar reglas de orden de prelación y reglas de organización del diálogo de fuentes.

SEXTA PARTE – LAS “ZONAS” DE LOS DIÁLOGOS

38. La búsqueda del núcleo duro de tutela

Podría pensarse que el Código establece expresamente el referido “núcleo duro” de protección, sin embargo, la técnica ha sido: (a) re-regular algunos aspectos generales y especiales; (b) establecer el “diálogo de fuentes”, y (c) el principio de interpretación en favor de la protección del consumidor como método para que el intérprete determine el núcleo duro.

La norma que lo establece es el artículo 1094, que señala: “Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor...” La regla de “diálogo” es clara: en caso de existir más de una norma que regule un problema hay que “componer” la regla procurando la respuesta normativa que más proteja al consumidor.

Como se sabe la Constitución Nacional se ocupa en una norma excepcionalmente analítica (art. 42) de establecer los derechos del consumidor. Luego varios de los aspectos generales y que hacen a la tutela del consumidor en las relaciones contractuales ya se encontraban regulados en la ley 24.240⁸⁶. Al mismo tiempo, como la técnica del Código ha sido no derogar estos aspectos de la Ley de Defensa del Consumidor (24.240), al aprobarse el Proyecto de Código Civil comienzan a coexistir en algunos temas generales de la protección del consumidor y vinculados a la protección contractual del consumidor, reglas que regulan los mismos problemas tanto en el Código como en la ley 24.240. Esta coexistencia –más la presencia de otros microsistemas vinculados– aumenta considerablemente las posibilidades de “antinomias”.

Sin embargo la mirada del Código al respecto no se basa en la posibilidad de conflicto. La preocupación es superadora: lograr el “diálogo” de estas fuentes.

El “piso mínimo de tutela” se determinará entonces mediante: (a) una regulación “básica” establecida en el Código, y luego (b) conforme el principio de interpretación más favorable al consumidor, y (c) el uso del “diálogo de fuentes”.

39. Las zonas de los diálogos (i): de las reglas codificadas de protección del consumidor con las reglas de tutela del consumidor ubicadas en la ley 24.240

El hecho de que el Código integrara parcialmente las normas de

⁸⁶ Así pueden establecerse correlaciones temáticas: (a) arts. 1092, 1093, PCC y 1º, 2º y 3º, LDC; (b) arts. 1094, PCC y 3º, ley 24.240; (c) arts. 1095, PCC y 37, ley 24.240; (d) arts. 1096, 1097, 1098 y 1099, PCC y 8º bis, ley 24.240; (e) arts. 1110, PCC y 4º, ley 24.240; (f) arts. 1103, PCC y 8º, ley 24.240; (g) arts. 1104, 1105, 1108 a 1116, PCC y 35 y 36, ley 24.240; (h) arts. 1117 a 1122, PCC y 37, ley 24.240.

protección del consumidor ha hecho surgir este particular tipo de diálogo de fuentes: es un diálogo entre el microsistema hasta ahora *stricto sensu* ubicado fuera del Código y el tramo del sistema que se ocupa de la cuestión del consumo –que forma el microsistema en sentido amplio–. En definitiva, se trata de un diálogo intramicrosistema.

Para analizar esta zona de diálogos es importante una genealogía, lo que nos lleva a considerar que la regulación del Código respecto de las relaciones de consumo en general proviene de dos fuentes principales⁸⁷ y, por tanto, pueden considerarse agrupándolas en:

a) *Grupo (A) de normas provenientes del Proyecto de 1998*

El Proyecto de Código Civil de 1998 no regulaba al consumidor como sujeto, pero sí se ocupaba de los contratos celebrados por adhesión y de introducir mecanismos de control del contenido contractual; fue la inspiración de algunas de las reglas del Código respecto del control de abusividad en los contratos.

Este grupo de reglas –algunas pocas de las cuales ya receptaban la influencia de la ley 24.240–, centralmente provenientes del control de cláusulas abusivas, es empleado en el nuevo Código para “completar”, enriquecer y profundizar la regulación “minimalista” de la ley 24.240 en materia de cláusulas abusivas. Así, por ejemplo, el artículo 988 del CCC y el artículo 968 del Proyecto 1998; el artículo 969 del Proyecto 1998 y el artículo 1118 del CCC; los artículos 1122, 1074 y 1075 del CCC y el artículo 1030 del Proyecto 1998.

Esta idea no significa que el nuevo Código haya seguido al pie de la letra la solución del Proyecto de 1998 en la materia, pero la presencia de una norma en el Proyecto de 1998 sobre cada uno de estos temas ha sido evidentemente considerada y existe un “diálogo” que en ocasiones resulta en una disidencia final acerca de cómo regular el tema.

⁸⁷ Digo que son las dos fuentes principales, no las únicas. Esto es claramente así cuando se observa la regulación de las modalidades especiales de ventas que, excepto algunas reglas, no se encuentra en ninguna de las fuentes antes mencionadas.

b) *Grupo (B) de normas provenientes de la ley 24.240*

Algunas de las reglas de la ley 24.240 se han “elevado” a la categoría de reglas codificadas. Con relación a esta segunda fuente la actitud del Código no ha sido de mera transposición, la Comisión codificadora emprendió aquí dos tareas:

b.1) *Subgrupo de normas mejoradas
(provenientes de la ley 24.240)*

Aquí la tarea consistió en mejorar la redacción, corregir o realizar pequeños cambios en reglas que existían en la ley 24.240 a la hora de codificarlas (v. gr., el art. 1092 del CCC y el art. 1° de la ley 24.240; el art. 1095 del CCC y el art. 37, segundo párrafo, ley 24.240; el art. 8° bis de la ley 24.240 y los arts. 1097 y 1098, CCC; el art. 1110 del CCC y el art. 4° de la ley 24.240; el art. 1103 del CCC y el art. 8° de la ley 24.240; el art. 34, ley 24.240 y los arts. 1110, 1111 y 1115 del CCC, etc.).

En este primer subgrupo se puede hablar de la existencia de “doble regulación” (*normas de doble regulación I*), pero en un contexto en el cual se intenta ampliar y mejorar el régimen legal completándolo. En otras palabras, aparecen las mismas reglas o similares que en la ley 24.240 pero recontextualizadas en una regulación *aggiornada* más detallada de cada tema.

Es central aquí, con relación a este subgrupo de reglas, tener en cuenta a la hora del diálogo de las fuentes que las normas de la ley 24.240 son de “primera generación” mientras que las normas que les corresponden en el Código son de “segunda generación”, por lo que deben prevalecer las segundas en el diálogo, lo que correctamente entendido significa que el operador del campo legal debería comenzar por analizar cuáles han sido las modificaciones y agregados y luego, si lo requiere, podría emplear la norma de “primera generación” para completar la regulación del caso.

b.2) *Subgrupo de normas rehechas
(provenientes de la ley 24.240)*

En este segundo subgrupo al “incorporar” estas normas la Comisión

codificadora consideró conveniente derogar y sustituyó (Anexo II) las normas correspondientes de la ley 24.240. Son cuatro normas, dos de los cuales (arts. 1º y 8º de la ley 24.240)⁸⁸ forman el grupo de normas del grupo (b), es decir que tienen un “equivalente” en el Código (*normas de doble regulación 2*), se encuentran duplicadas, y dos (arts. 40 bis y 50, ley 24.240, modificadas por ley 26.361) no fueron codificadas y permanecen sólo en la ley especial pero con la redacción que les ha dado el Código.

El diálogo de las fuentes está condicionado por la existencia de estos grupos de reglas por razones simples:

(a) Las normas que provienen del Proyecto de 1998 (grupo A) son ahora “proyectadas” hacia el Derecho del Consumidor por el Código pero obedecen a una racionalidad diferente del Derecho del Consumidor: el reconocimiento de relaciones de poder no necesariamente estructurales en el mercado, con lo cual existen dos problemas.

(a.1) El de compatibilizar o armonizar las racionalidades ajustando la primera a la de la “protección del consumidor”; las posibilidades de que existan “racionalidades” encontradas –en cierta medida, nunca totalmente– son en teoría mayores pese a que nos encontramos “dentro” del microsistema, verbigracia, la idea de la interpretación de las cláusulas contra el estipulante (art. 987) aplicable al contrato de consumo por vía del artículo 1117 requiere de este tipo de adecuación. Aquí los diálogos se concentran en desarrollar la complementación bajo la racionalidad del Derecho del Consumidor.

(a.2) El de la aplicación “integral”, es decir, de la aplicación con más..., verbigracia, en materia de cláusulas sorpresivas (imprevisibles) la aplicación se debe efectuar con más el artículo 37, 2º párrafo de la ley 24.240 en cuanto refiere al principio de buena fe y las reglas de integración de ambos cuerpos normativos o si se pretendiera aplicar el artículo 37 de la ley 24.240 sin las reglas del Código relativas a las cláusulas abusivas que pudieran complementarla. Aquí el riesgo de no efectuar el diálogo de fuentes es la no integración.

(b) En el grupo (B) hay problemas diferentes: es más homogéneo

⁸⁸ El art. 8º de la ley 24.240 califica en ambos grupos pues fue una norma mejorada y a la vez recontextualizada en un régimen más completo que se ocupa de atender diferentes aspectos del fenómeno publicitario.

desde la perspectiva de la racionalidad política pero hay que evitar que el zócalo duro que se pretendió establecer se perfore hacia abajo o que no se desarrolle de acuerdo a un postulado maximalista, verbigracia, si se pretendiera aplicar la regla del artículo 34 de la ley 24.240 sin los artículos 1110, 1111 y 1115 del Código. Aquí el riesgo es la “regresión” de la regulación al desconsiderar las normas de “segunda generación”.

En el campo del microsistema de Derecho del Consumidor existen ahora tres niveles:

- a) Normas fundamentales.
- b) Normas codificadas.
- c) Normas establecidas en las leyes especiales.

Como se explica en los Fundamentos del Anteproyecto, en el Código el núcleo duro de protección ha sido trasladado al Código haciendo al mismo tiempo cambios: (a) en las reglas trasladadas; (b) en las reglas que se mantienen en el microsistema.

El objetivo ha sido jerarquizar un núcleo duro de reglas protectorias, estabilizarlo⁸⁹.

Esta técnica arroja como resultado:

(a) *Situaciones en las cuales existe “doble regulación”* (los ejemplos ya citados), pero que pueden adoptar dos sentidos: (a.1) en un sentido ampliatorio, verbigracia, en el control de cláusulas abusivas; (a.2) producto de la derogación y reescritura, verbigracia, la relación de consumo.

Habrán pues disposiciones legales con prácticamente el mismo contenido –pero no exactamente iguales– en el Código Civil y en la ley 24.240 y en consecuencia potenciales conflictos normativos. Aquí la voluntad del Código ha sido evidentemente “mejorar” o “corregir” problemas que detectaba en las reglas de la ley especial.

(b) *Situaciones en las cuales sólo se encuentra la regla en el Código* (sin un equivalente en la ley 24.240) proveniente esencialmente del Proyecto de 1998. Así, existen reglas que se establecen en el Código

⁸⁹ STIGLITZ, Gabriel, *La defensa del consumidor en el Proyecto de Código*, en L. L. 2012-F-793.

para regular una materia (v. gr., el control de las cláusulas abusivas) y que no se reiteran en la ley especial. Son complementos de la regulación de la ley especial.

Se trata entonces de un tipo particular de diálogo de fuentes: (a) intra-Derecho del Consumidor; (b) Código-ley especial.

El operador del campo legal debe aquí nuevamente partir de las normas fundamentales, en particular del principio de protección del consumidor (art. 42, Const. Nac.), procurando lograr la composición de normas que más favorezcan la protección del consumidor.

Es decir que se trata de un diálogo de fuentes específico: un diálogo de complementación que requiere determinar no sólo el núcleo duro de la regulación (contenido en ambas reglas en conflicto), con lo cual nunca la respuesta legal puede en estos casos ser la mera aplicación sólo de las reglas de la ley especial, ello equivaldría a perforar el núcleo duro que ha pretendido establecer el Código –en estas hipótesis que refiero, “mejorando” las reglas de la ley– y luego “sumar” lo que en las normas se adiciona para mayor tutela del consumidor –si es el caso– el nuevo Código.

En fin, aquí existen *tres tipos de “conflictos”* y de riesgos:

(a) *En los casos de dos reglas legales “iguales” (casos de doble regulación 1 y 2) existe:*

(a.1) Un conflicto originado en un “problema de superposición”, por ejemplo, para establecer a la hora definir al consumidor.

(b) *En los casos en los que hay reglas que regulan la misma “materia” –por ejemplo, las cláusulas abusivas–, y existe (b.1) un problema de complementación en ambas fuentes o de compatibilidad y (b.2) un problema de integración.*

Aquí en general se utiliza el Proyecto de 1998 para “ampliar” la regulación y aparecen dos problemas posibles:

(b.1) *Falta de análisis de compatibilidad*, es decir que a la hora de aplicar estas normas ampliatorias no se las adecue cuando fuere necesario a la racionalidad del Derecho del Consumidor (v. gr., el criterio de interpretación de las condiciones generales de la contratación en contra del estipulante [art. 987 aplicable a los contratos de consumo

vía el art. 1117] requiere ser adecuado a la racionalidad del Derecho del Consumidor que no es sancionatoria del predisponente sino tutelar del consumidor).

(b.2) *Falta de integración en la aplicación*, es decir que se pretenda aplicar la ley especial sin considerar el contexto ampliatorio del Código que ha resignificado las reglas de la ley 24.240, verbigracia, si se pretendiera aplicar el artículo 37 de la ley 24.240 sin considerar las normas del Capítulo 4 relativo a cláusulas abusivas.

El *primer subtipo de conflictos (de superposición)* en la hora actual, en la cual el Código ha intentado “alinearse” a la ley 24.240, no debería ofrecer mayores problemas a los operadores sobre todo en el caso de las normas del grupo (b.2, *subgrupo de normas rehechas*) codificadas, que son prácticamente idénticas en ambos cuerpos normativos. En cambio, en el caso de las normas provenientes de la ley 24.240 “repetidas” por el Código en un contexto mejorado (*normas de doble regulación 1*), el único problema podría ser que se pretenda aplicar sólo la ley especial prescindiendo del contexto –y/o de la norma repetida del Código–. Esta actitud es violatoria de los “presupuestos mínimos” que se establecen con las reglas generales de defensa del consumidor codificadas y no debería ocurrir. Por ejemplo, si se pretendiera aplicar el artículo 34 de la ley 24.240 sin los artículos 1110, 1111 y 1115.

En el futuro, si se practican reformas a la ley 24.240, este tipo de conflictos y de diálogo de fuentes sí tendrá importancia y volumen, y allí sí cobrará cabal relevancia la idea de “presupuestos mínimos” como límite a los intentos de “bajar” la protección del consumidor.

El *segundo y tercer subtipo de conflicto y de diálogos* es más relevante en la hora actual pues requiere un ejercicio de complementación. Aquí el “principio” que debe guiar el diálogo es el de establecer el núcleo duro de protección de manera progresiva y maximizadora, por tanto, debería aquí también prevalecer el Código en el sentido de que el operador del campo legal debería (1) comenzar por “componer” el sistema regulatorio del caso a partir de las reglas del Código y (2) integrar esas normas con las que están en la ley 24.240. Así, por ejemplo, si se trata de un caso de control de sorpresividad de una

cláusula contractual, el operador debe comenzar por aplicar la regla específica ahora prevista por el Código (art. 988, inc. c), las que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles, y complementar el “Derecho del caso” con la regla del artículo 37 de la ley 24.240 sobre la buena fe y las informaciones precontractuales y las reglas de integración del contrato de ambos cuerpos normativos⁹⁰.

En fin, en ambos casos se va: (a) del Código al microsistema; (b) de la ley general –en este caso posterior– a la especial; (c) se aplican ambas reglas al mismo tiempo de manera coordinada.

40. Las zonas de los diálogos (ii): integración del microsistema de protección del consumidor con el sistema del Código

Otra zona de conflicto y diálogo es entre las reglas de la teoría general del contrato o la responsabilidad civil y el microsistema de defensa del consumidor.

Éste es el típico diálogo de fuentes que se planteó en Brasil entre el Código de Defensa del Consumidor y el nuevo Código Civil de 2002. Es, por otro lado, la gran preocupación que guió a la doctrina en la etapa anterior a la recodificación en Argentina luego de la aparición de los microsistemas, como el del Derecho del Consumidor, del Derecho Ambiental, etcétera.

En Argentina este tipo de “conflictos” se da en los temas que trata el Código no regulados por las “reglas generales” de protección del consumidor, sino en otras materias (v. gr., la teoría general del contrato o la responsabilidad civil), pero que pueden estar relacionados con la tutela del consumidor: un muy buen ejemplo son las nuevas reglas en materia de responsabilidad, verbigracia, a la hora de regular la acción general de prevención del daño (arts. 1710-1713),

⁹⁰ Así, el resultado final puede ser incluso superior en términos de protección que el “mínimo” que se establece en el Código de manera expresa, pues al “agregar”, aunque en subsidio reglas del microsistema, se obtiene un efecto de “maximización” del mínimo, de “refuerzo”, lo cual se corresponde con la correcta idea de “mínimo”: se debe proteger en la mayor medida posible, no en la menor.

o de no exigir la suspensión del dictado de la sentencia en la acción civil por daños hasta el dictado de la sentencia en la acción penal en los casos de responsabilidad objetiva, o “b) si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado” (art. 1775, inc. b, Cód. Civ.), o establecer una regla de inversión de la carga de la prueba por el juez (art. 1735, Cód. Civ.), o ciertos temas de la prescripción liberatoria (v. gr., la causal de interrupción por acción judicial que se suprimió de la ley 24.240 y se regula en general en la prescripción liberatoria en el Código).

Esta hipótesis es la que como dije la dogmática iusprivatista tuvo siempre en miras al referirse a la relación “sistema” de Derecho Privado y microsistema de defensa del consumidor, por ello el problema fue tratado a partir de la regla del artículo 3° de la ley 24.240. El artículo 3° de la ley 24.240 establece una regla que manda a integrar el microsistema de protección del consumidor con el sistema general del Derecho Privado, esto es, con el Código Civil y el Código de Comercio. Esta regla –que continúa vigente– marca en primer lugar una apertura del microsistema hacia el sistema general y en segundo término, un problema: la aparición de potenciales conflictos entre el sistema y el microsistema.

El Código Civil en su explicación asume explícitamente esta posibilidad de conflicto⁹¹. Frente a ello tanto el Código como la ley 24.240 asumen que las reglas de solución de antinomias propias de la modernidad no son suficientes para resolver este problema del conflicto entre reglas ubicadas en el sistema y en los microsistemas⁹². La clave para ello es asumir una perspectiva constitucional (art. 1°, CCC) para enfrentar estos conflictos.

El Código contiene ahora las reglas del sistema general del Derecho Privado y el núcleo duro de las reglas del microsistema.

⁹¹ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación* cit., p. 617.

⁹² Este problema ha sido tratado por una gran cantidad de autores. Son muy conocidos los desarrollos sobre la cuestión de IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona, 1992; del mismo autor, *La cultura del Diritto Civile*, Utet, Torino, 1990; *L'età della decodificazione*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999.

En cada uno de estos campos del Derecho Privado los principios y los derechos fundamentales en juego tienen diferente valencia y diferente punto de equilibrio. Dicho de otra manera: los derechos se combinan de diferente manera y “pesan” de diferente forma los argumentos, lo que debería llevar a respuestas también disímiles.

Por ello es aquí, en estos conflictos, donde el microsistema adopta una actitud “defensiva”, de apertura cognitiva pero no política. Aquí los diálogos requieren que los conceptos, las instituciones, los principios del sistema general se adecuen al ideal de protección maximalista del consumidor. Ello lleva a “refundar” para el ámbito específico del microsistema las “ideas generales” que deben adoptar una fisonomía particular acorde a la finalidad tuitiva del microsistema. Aquí se produce una apertura conceptual del microsistema que “busca”, por ejemplo, conceptos en el sistema, como el concepto de relación causal o de cosa riesgosa, o instituciones generales, como, verbigracia, el abuso de derecho o la prescripción liberatoria (v. gr., para saber cómo funciona el comienzo del cómputo o la interrupción por “demanda” judicial). Pero esa apertura conceptual es condicionada por el programa político que establecen los principios del microsistema, de modo que aunque existe una posibilidad de “traslado” (importación) al campo microsistémico de experiencias de instituciones o conceptos éstos deben ser objeto de un ejercicio de “traducción”.

El resultado final es que el operador del campo jurídico va (1) desde el microsistema al sistema y del sistema al microsistema; (2) el resultado es la aplicación de dos o más normas –del sistema– que contienen conceptos e instituciones (v. gr., “buena fe”, “abuso de derecho”) y de normas del microsistema que contienen “principios” políticos y jurídicos que obligan a “traducir” adaptando esas instituciones o conceptos generales, modalizándolos de acuerdo a la racionalidad del microsistema; (3) el resultado “mediato” es el establecimiento progresivo de un fondo conceptual común a todo el sistema.

En el estado del arte actual, en el cual el nuevo Código ha hecho evolucionar positivamente el Derecho de la responsabilidad civil, los riesgos de que exista una influencia “regresiva” sobre el Derecho del Consumidor en ese sector son mínimos, todo lo contrario, existen nu-

merosos instrumentos que pueden mejorar la reparación de daños al consumidor y la prevención de riesgos⁹³.

41. Las zonas de los diálogos (iii): el diálogo de la regulación de las relaciones de consumo con las leyes especiales

Un tercer tipo de conflicto y zona de diálogo es entre los tres niveles de la tutela del consumidor (art. 42, Const. Nac.; Código Civil, referido a las relaciones de consumo, y ley especial general 24.240), y (a) las leyes especiales que forman parte del microsistema de tutela del consumidor, y (b) las leyes especiales ajenas al microsistema con las cuales el microsistema se vincula.

(a) *Diálogo con las leyes especiales que forman parte del microsistema de tutela del consumidor.*

Existen diferentes tipos de leyes especiales que integran el microsistema de defensa del consumidor:

a) Ley de Defensa de la Competencia y Ley de Lealtad Comercial. Como la regla de integración del artículo 3° también manda a producir una apertura del microsistema de tutela del consumidor hacia algunas leyes especiales como la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Lealtad Comercial.

b) Leyes que regulan contratos especiales (v. gr., transporte aéreo, contratos bancarios) o sistemas contractuales especiales (tarjeta de crédito). Es importante considerar que el Código ha codificado buena parte de las leyes especiales que en el campo de los contratos formaban parte del microsistema de defensa del consumidor. Así, verbigracia, se codifica el contrato de leasing incorporando prácticamente todas las reglas de la ley 25.248 (sólo el Cap. II, efectos impositivos, queda vigente; se derogan los Caps. I y III); se codifica el contrato de fideicomiso regulado antes en la ley 24.441 sin introducir grandes cambios y resistemizándolo con un mejor orden (se derogan los arts. 1° a 26); se codifica la locación de cosas, antes contenida parcialmente en el Código y en la ley 23.091, que se deroga; se regulan

⁹³ En este sentido, STIGLITZ, *La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación* cit., p. 141.

los contratos bancarios con una fuerte presencia de las cuestiones del Derecho del Consumidor en la materia.

c) Leyes especiales que regulan los servicios públicos domiciliarios.

La diferencia entre el microsistema y las simples leyes especiales radica en que el microsistema regula al hombre en cuanto desarrolla algún rol diferenciable. Es un fenómeno propio de la alta modernidad, caracterizada por la fragmentación de la idea de sujeto. La ley especial, en cambio, en materia contractual sirve para recoger en términos generales el fenómeno de especificación en relación con el objeto del contrato.

El microsistema se comporta en relación con el sistema central, es decir, el Código, de modo diferente a la ley especial.

En otras palabras, es necesario identificar, por un lado, (a) las leyes especiales que integran el microsistema, y, por otro, (b) las leyes especiales que no lo integran y con las cuales el microsistema –y sus leyes– se relaciona, verbigracia, las leyes especiales antes mencionadas que provienen del campo del Derecho Comercial.

En los tres incisos antes mencionados existen ejemplos de ambos casos.

De modo que, cuando existe un conflicto en esta zona y por tanto es necesario establecer un diálogo, se debe actuar desde el microsistema –sus valores, principios y derechos fundamentales– hacia la ley especial, procurando progresar en la mayor medida posible en la protección del consumidor, de manera similar a como se hace en los conflictos entre los niveles “duros” de la tutela del consumidor (Const. Nac. y Cód. Civ.) y la ley 24.240.

Una salvedad final: este tipo de diálogo, que en teoría es posible, debería ser absolutamente excepcional de acuerdo a la fisonomía y filosofía del nuevo Código, pues no hay manera de concebir un caso que no incluya a los estratos “duros” de la tutela.

(b) *Diálogo con leyes especiales ajenas al microsistema con las cuales el microsistema se vincula.*

Mientras que cuando se trata de un diálogo con una ley exter-

na al microsistema pero con la cual éste entra en contacto, la reglas procedimentales son las de la ponderación de derechos fundamentales.

El tercer párrafo del artículo 3° de la ley 24.240 fue introducido por la ley 26.361. Esta previsión legal constituye una regla ordenatoria que procura explicar de manera más clara la organización interna del microsistema –con leyes especiales que lo integran– y su vinculación con otras leyes especiales que no lo integran.

La regla es necesaria pues el problema que se plantea en el funcionamiento del sistema es que, (1) permitido por la construcción caótica –no siempre libre casual– de los sistemas normativos en la era actual –a lo cual no escapa al microsistema de tutela del consumidor–, y por (2) la existencia de reglas en la misma ley 24.240 que establecían aplicaciones subsidiarias, (3) se producía el efecto final de la desprotección del consumidor al quedar postergada la vigencia de las reglas normativas que desarrollaban sus derechos fundamentales al agotamiento previo del funcionamiento de sistemas normativos específicos –de servicios públicos domiciliarios, del sistema financiero, de las agencias encargadas de controlar administrativamente ciertos tipos contractuales o sujetos–.

En este contexto, la aclaración acerca de que la regla es –como ya lo había establecido en diversos sectores la jurisprudencia– la vigencia concurrente y diferenciada del microsistema de defensa del consumidor con las leyes que específicamente regulen problemas, contratos y sujetos comprendidos por la primera normativa, es positiva.

42. Las zonas de los diálogos (iv): el “diálogo” del microsistema de tutela del consumidor con los demás microsistemas que regulan a la persona

El fenómeno contemporáneo de proliferación de regulaciones micro-sistémicas que se ocupan de regular algún aspecto de la vida del sujeto en particular nos coloca frente a esta posibilidad de que surjan conflictos y diálogos de fuentes micro-sistémicas.

En una palabra, hoy es posible afirmar que no es lo mismo que exista el niño o niña consumidor, que una persona de la “tercera edad” actúe como consumidor, que una persona extranjera o migrante actúe

como consumidor, que quien es analfabeto o no habla español o habla las lenguas de nuestros pueblos indígenas sea consumidor, que un enfermo consuma.

Son todas situaciones de hipervulnerabilidad y, por ende, de “superposición” de protecciones de la persona. Cuando estas protecciones de la persona: (a) tienen sede en una ley especial microsistémica, y (b) sus derechos estatutarios mantengan un vínculo evidente con la Constitución Nacional y los derechos fundamentales en ella consagrados, habrá una superposición de protecciones estatutarias en la medida en que hay “superposición” de derechos fundamentales.

Esta hipervulnerabilidad tiene situaciones de reconocimiento puntual en el nuevo Código con relación al consumidor, por ejemplo, en el campo de las prácticas comerciales abusivas (el art. 1098 –que es una norma que se mueve en la senda de la constitucionalización del Derecho Privado– señala que un trato inequitativo al consumidor es un trato “contrario a la garantía constitucional de igualdad”).

Aquí los “conflictos” pueden darse al intentar “acumular” normas que provienen de ambos microsistemas, verbigracia, si sus microsistemas establecen normas contradictorias, por ejemplo, al establecer plazos de prescripción diferentes o condiciones para accionar judicialmente más o menos obstaculizadoras.

Aquí hay una situación paradójica: los sistemas son cognitivamente abiertos pero políticamente cerrados, como ya afirmé, lo cual significa que cada microsistema defiende su propia política, con lo cual un microsistema no podría “dialogar” con otro, pero, ¿qué ocurre si las agendas políticas son coincidentes, al menos en las grandes líneas? La respuesta es obvia: .-las regulaciones pueden sumarse persiguiendo un resultado de mejorar su eficacia o aumentar sus capacidades. En otras palabras, no existe impedimento para un “diálogo cooperativo”.

Por otro lado esto produce un paso hacia adelante en el proceso de “humanización” del Derecho del Consumidor. El principio que guía este diálogo es el de “dignidad del consumidor” (art. 42, Const. Nac.) y de la “persona humana” (art. 51, Cód. Civ.).

**43. Las zonas de los diálogos (v): el “diálogo” del
microsistema de tutela del consumidor con el
microsistema de tutela del medio ambiente**

Aquí el Código 2014 ha manifestado un particular interés en la cuestión al establecer (art. 1094) el principio del “consumo sustentable” como uno de los principios para el diálogo de las fuentes.

De la relación de “invisibilidad” que caracterizó al Código de Vélez Sársfield por el medio ambiente se ha pasado a una relación de mutua cooperación.

Amplió al tratar el problema de la ambientalización del Derecho Privado.