

**LA REGULACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES EN EL DERECHO DEL
CONSUMIDOR ARGENTINO**

POR SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI¹

Resumen:

En el presente trabajo intentaremos caracterizar a las prácticas comerciales como toda conducta desplegada en el mercado por un proveedor de bienes y servicios. Analizaremos su rol en la sociedad de consumo, sus fuentes de regulación y la tipificación de los supuestos de prácticas comerciales abusivas.

Palabras claves: derecho del consumidor- prácticas comerciales- prácticas abusivas- consumidor

Abstract:

In the present paper we will try to characterize the commercial practices as any conduct deployed in the market by a supplier of goods and services. We will analyze its role in the consumer society, its sources of regulation and the classification of the assumptions of abusive commercial practices.

Keywords: Consumer Law-unfair practices- business practices –consumer

1 BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, Revista Derecho Comercial, del Consumidor y la Empresa, Editorial La Ley, Bs. As, 2015 (febrero), 24/02/2015, 63

Resumo:

Neste artigo, vamos tentar caracterizar quaisquer práticas comportamento negócios implantado no mercado para um fornecedor de bens e serviços. Nós discutir o seu papel na sociedade de consumo, fontes de regulação e criminalização dos casos de práticas comerciais desleais.

Palavras Chaves: direito do consumidor- práticas comerciais- práticas abusivas-consumidor

Sumario: I. Las prácticas comerciales y la sociedad de consumo. II. Conceptualización de las prácticas comerciales. III. Sujetos activos de las prácticas comerciales. IV. Sujetos pasivos de las prácticas comerciales. V. Ámbito temporal de las prácticas comerciales. VI. La regulación de las prácticas comerciales. VII. Prácticas comerciales ilícitas. VIII. Acciones frente a las prácticas comerciales.

1) Las prácticas comerciales y la sociedad de consumo.

Como ya hemos sostenido en otras oportunidades, el Derecho del Consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atravesaron y atraviesan nuestras sociedades como consecuencia de la consolidación de la llamada "sociedad de consumo"². Si bien el consumo está presente desde los albores de la humanidad como medio de satisfacción de las necesidades humanas, se sostiene desde las ciencias sociales que el consumo como práctica social surge con la sociedad moderna, con la función principal de proporcionar al individuo formas de distinguirse de otros grupos de distinto nivel social³. En esta etapa de posmodernidad, caracteriza también por Bauman como "sociedad de consumo", se "interpela" a sus miembros fundamentalmente en cuanto a su capacidad como consumidores; la "sociedad" espera ser escuchada, atendida y obedecida y la satisfacción consumista se erige como el principal programa de vida, que se manifiesta como una

²BAROCELLI, Sergio Sebastián, "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", Revista Derecho Comercial, del Consumidor y la Empresa, Editorial La Ley, Bs. As, 2015 (febrero), 24/02/2015, 63

³Conf. BOCOOCK, Robert, El Consumo, Talasa, Madrid, 1995.

especie de software que se activa, inconsciente, en cada uno de nosotros, y que nos impulsa a la satisfacción inmediata de caprichos y necesidades, casi sin distinción⁴. Consumir para ser feliz, consumir para pertenecer, consumir para ser aceptado. Consumir para ser.⁵

La “sociedad de consumo” se configura, entonces, a razón de cuatro elementos que se reatralimentan y potencian:

a) El consumo constituye el medio por el cual las personas satisfacen casi en su totalidad sus necesidades;

b) Se “generan” y se promueve la necesidad de consumir a través de diferentes prácticas comerciales: la publicidad, la moda, la construcción del “poder de la marca”, técnicas de comercialización agresivas y otras estrategias de marketing;

c) El consumo se “facilita” a través de la masificación del crédito;

d) El consumo se torna indispensable a razón de la “obsolescencia programada” y la obsolescencia percibida”⁶.

Los efectos de la “sociedad de consumo”, por tanto, coloca a los consumidores en una situación de vulnerabilidad estructural en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios.

Es por ello que en el Derecho del Consumidor constituye un capítulo fundamental la regulación de las prácticas comerciales, por los impactos y consecuencias que producen, no solo a los consumidores en particular, sino también en lo económico, social, cultural y político.

2) Conceptualización de las prácticas comerciales.

Diversas han sido las conceptualizaciones que la doctrina ha realizado respecto de las prácticas comerciales. Así, se las ha caracterizado como: las técnicas y mecanismos ordenados al desarrollo del consumo, sea procurando su promoción, incentivo o sostenimiento⁷; los procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los proveedores para fomentar,

⁴Conf. BAUMAN, Zygmund, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, p. 78.

⁵RICCARDI, Gisela. “Derecho Penal De Consumo: Propuesta de incorporación a nuestro sistema penal”. *elDial.com – DC20BD*. Publicado 1/4/2016.

⁶Conf. BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Impactos en el derecho del consumidor ante el nuevo Código Civil y comercial y sus incidencias en el derecho penal”, en ZAFFARONI, Eugenio Raúl-HERRERA, Marisa (dirección), *El Código Civil y Comercial y su incidencia en el Derecho Penal*, Hammurabi, Bs As, 2016, p. 434.

⁷FRUSTAGLI, Sandra A.-HERNÁNDEZ, Carlos A., “Prácticas comerciales abusivas”, en STIGLITZ, Gabriel A.-HERNÁNDEZ, Carlos A. (directores), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Bs. As., 2015, T I, p. 593.

mantener, desenvolver o garantir la producción de bienes y servicios al destinatario final”⁸; el conjunto de actos que los oferentes de productos y servicios dirigen al mercado, de modo tal de posicionar su producto, o su servicio, o constituirse como opción preferente frente a los potenciales consumidores⁹; los mecanismos, técnicas y métodos que sirvan, directa o indirectamente, a facilitar la salida de la producción y que se trata de un concepto extremadamente amplio que incluye el marketing, las garantías, los servicios posventa, la ejecución del contrato y la extinción de las obligaciones derivadas de los contratos¹⁰.

La legislación argentina no posee una conceptualización normativa de las prácticas comerciales. Sí la poseen algunas de las fuentes normativas que han inspirado al legislador nacional, como la Directiva Comunitaria N° 29/2005 de la Unión Europea, que las caracteriza como “todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores”.

En ese sentido entendemos que puede caracterizarse a las prácticas comerciales como toda conducta desplegada en el mercado por un proveedor de bienes y servicios como antecedente, durante la ejecución, como consecuencia o en el contexto de una relación de consumo, comprendiendo las etapas de producción, importación, distribución, intermediación, promoción, comercialización y atención a consumidores de bienes y servicios y actividades conexas.

La dinámica vertiginosa del mercado y los desarrollos en el campo de la ciencia y tecnología provocan constantes transformaciones en las prácticas comerciales de los proveedores, como también la emergencia de nuevas modalidades. Las mismas pueden ser reiteradas en el tiempo y obedecer a políticas, estrategias, protocolos, códigos, manuales de procedimiento, estándares preestablecidos, etc. o constituir una conducta desplegada ocasionalmente o por única vez en el mercado. El carácter habitual, sistemático u ocasional simplemente será un elemento diferenciador a la hora de la merituación de la conducta.

⁸LORENZETTI, Ricardo, *Consumidores*, 2° ed., Santa Fe., ed. Rubinzal, 2009, p. 158; JAPAZE, M. Belén, “La publicidad comercial y las prácticas comerciales”, en RUSCONI, Dante (coordinador), *Manual de Derecho del Consumidor*, Abeledo- Perrot, Bs As., 2009, p. 164 y ss; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Prácticas abusivas en los contratos de consumo. Análisis desde la nueva legislación argentina”, *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 10. N.º 11 (julio 2015), 105-134, en <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/726/716> 20-11-2016>

⁹Conf. SANTARELLI, Fulvio G., “El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial”, en STIGLITZ, Rubén S.(director), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial. Parte general*, Bs. As, La Ley, 2015, T. I. p. 370.

¹⁰STIGLITZ, Rubén S., “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014* (Noviembre), 103.

Resulta imposible enumerar todos los ejemplos de prácticas comerciales. Son solo algunos de ellos los modos, técnicas y condiciones de extracción, producción, importación, distribución, comercialización e intermediación de bienes y servicios, la publicidad, las estrategias de marketing y construcción de marca, las muestras gratis, invitaciones, degustaciones y pruebas de bienes y servicios, las condiciones de comercialización, las ofertas combinadas, las condiciones de atención, las promociones y descuentos, los plazos, términos y condiciones de entrega, los servicios de atención al cliente, las condiciones, formas y modalidades de pago, los programas de fidelización, los sistemas internos de reclamaciones, las formas y modalidades de prestación de servicios, las estandarizaciones de calidad, los sistemas de devolución de bienes, las formas, condiciones y modalidades de extinción de las relaciones contractuales, la atención y servicios posventa, la provisión de servicios técnicos, repuestos y accesorios y el régimen de garantías y la disposición y tratamiento de residuos.

Las prácticas comerciales constituyen actos jurídicos cuando son lícitos y hechos jurídicos en los supuestos de ilicitud, que anudan relaciones jurídicas entre quienes las despliegan el mercado (sujetos activos) y quienes son destinatarios o afectados (sujetos pasivos).

3) Sujetos activos de las prácticas comerciales.

Como sujetos activos de las prácticas comerciales vamos a comprender a todos aquellos que desarrollen o participen de algunas de las actividades de producción, importación, distribución, intermediación, promoción, comercialización y atención a consumidores de bienes y servicios y actividades conexas.

En ese sentido, todos aquellos que las desarrollen encuadrarán en el concepto de proveedor, en los términos del artículo 2 LDC y 1.093 CCC, comprendiendo por tanto a personas humanas o jurídicas, públicas o privadas o empresas, que desarrollen actividades de manera profesional u ocasional, comprendiendo todas las etapas de la cadena de comercialización antes detallada, destinados a consumidores, como también quien ha puesto su marca en el bien o servicios o participa de manera directa o indirecta obteniendo una ganancia o provecho de dicha actividad.

En el caso particular de las prácticas comerciales, resultan interesante su aplicación respecto a agencias de marketing y publicidad que intervienen en diversas campañas, a empresas

tercerizadas que realizan diversas actividades en nombre de otras empresas, a las empresas que conforman un grupo económico¹¹, a organizaciones empresarias sin personalidad jurídica (contratos asociativos, fideicomisos, etc.), a los sujetos intervinientes en los contrato de merchandising, esponsoreo, agencia, distribución, franquicia o “alianzas de marcas” (contratos de *joint brading* o *cobranding*) y otras estrategias de promoción de bienes o servicios, a los protagonista del mensaje publicitario o campaña de marketing¹², a la protección de la apariencia, conforme el artículo 367 y concordantes CCC, en pos de la protección de la confianza y las legítimas expectativas de los consumidores¹³ o la aplicación del corrimiento del velo societario, conforme el artículo 144 CCC y 58 de la Ley N° 19.550 General de Sociedades¹⁴ y la responsabilidad de socios y administradores.

4) Sujetos pasivos de las prácticas comerciales.

En cuanto a los sujetos pasivos de las prácticas comerciales nos referimos a los destinatarios de las conductas de los proveedores de bienes o servicios o a sujetos sobre los que las conductas de los proveedores producen efectos jurídicos, ya sea en provecho o en perjuicio.

Las prácticas comerciales pueden tener como destinatario un consumidor determinado, o serie de consumidores determinados, por constituir una clase de clientes o potenciales consumidores o una serie indeterminada de sujetos, ya sea por la indeterminación inicial del proveedor o por lo inesperado de los efectos de la conducta. El despliegue de conducta de la práctica comercial del proveedor en el mercado anuda relaciones de consumo con los sujetos sobre los que produce efectos. Entendemos a la relación de consumo como el vínculo jurídico entre consumidores y proveedores, es decir, como todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios¹⁵; que

¹¹Sobre este punto ver: WEINGARTEN, Celia, “Las "prácticas empresariales abusivas" en las II Jornadas Rosarinas de Derecho Civil”, JA 2001-I-1237.

¹²Conf. WEINGARTEN, Celia, y otros, *Derecho del consumidor*, Universidad, Bs. As., 2007, p. 122.

¹³Sobre este punto ver, BAROCELLI, Sergio Sebastián, Comentario al art. 367, en ALTERINI, Jorge H. (director) *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 1° edición, La Ley, Bs As, 2015, T. II, p. 893 y ss.

¹⁴Ver sobre este punto nuestra ponencia en las Jornadas preparatorias a las XXII Nacionales de derecho Civil, Resistencia 6 de junio 2009 y XXII Nacionales de Derecho Civil, Cordoba 24 de septiembre 2009.

¹⁵Conf. FARINA, Juan M.; “Defensa del consumidor y del usuario”, Ed. Astrea, Bs. As., 1995, pág. 7, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F”, “*Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y otro s/ daños y*

comprende todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios, existiendo en esta relación, desde su inicio un acto voluntario –cuando el bien se produce, fabrica o elabora-, cuyo objetivo negocial -indiscutida intención de todos los que desempeñan esta actividad-, es llegar a los consumidores en forma directa o indirecta, incluyendo en ésta la promoción del producto, siendo responsables todos los que intervienen en la relación de consumo, ante los consumidores y usuarios por la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”¹⁶; es decir, todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente, comprendiendo todas las situaciones posibles¹⁷.

Las prácticas comerciales, por consiguiente, pueden abarcar a vínculos contractuales o asimilables, o derivaciones directa o indirectas de esos vínculos contractuales o asimilables o al contacto social del proveedor con en un sujeto determinado o indeterminado en el mercado sin tener un vínculo contractual o asimilable.

En ese sentido, pueden producir efectos en primer término en los consumidores directos (art. 1 LDC y 1092 CCC, primer párrafo), esto es, quienes son destinatarios de las prácticas comerciales por haber adquirido un bien o servicios de un proveedor en virtud de ser parte de un vínculo contractual o asimilable.

En segundo lugar, las prácticas comerciales pueden estar destinadas a los consumidores indirectos (art. 1 LDC y 1092 CCC, segunda parte), esto es, quienes sin ser parte del contrato o vínculo de origen con el proveedor, en virtud de un vínculo con el otro co-contratante, que puede o no ser consumidor, son los destinatarios finales de la prestación objeto del mismo o de sus efectos jurídicos¹⁸. Por ejemplo, en relación a políticas de cambios, garantías, repuestos y accesorios, servicios posventa, etc.

Finalmente, las prácticas comerciales pueden afectar a sujetos a sujetos expuestos a las mismas, sean determinables o no (art. 1096 CCC). Dicho artículo establece que las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a

perjuicios” y “Borneo, Mario Blas Andrés c/Camino del Atlántico S.A. s/cobro de sumas de dinero”, votos de la Dra. Highton de Nolasco.

¹⁶Conf. RINESSI, Antonio J., “*Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*”, Astrea, Bs. As., 2006, pág. 13.

¹⁷Conf. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 74

¹⁸BAROCELLI, Sergio SEBASTIÁN, “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”, DCCyE 2015 (febrero) , 63

las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”. Vale tener presente que dicho artículo está inserto en la Sección 1ª, titulada “Prácticas abusivas”, que reglamenta las cuestiones referidas a los derechos al trato digno, al trato equitativo y no discriminatorio y a la libertad de contratar de los consumidores y que la Sección 2ª, titulada “Información y publicidad dirigida a los consumidores”, regula el derecho/deber de información, las ilicitudes publicitarias y los efectos de la publicidad.

Si recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española al consultar la voz "expuesto" encontraremos que se trata de participio irregular del verbo exponer; del latín *expositus*, y que como primera acepción encontramos "1. adj. peligroso". Yendo a la palabra "peligroso", encontramos como definición "Que tiene riesgo o puede ocasionar daño". Respecto del verbo "exponer" el mencionado diccionario reza: "3. Colocar algo para que reciba la acción de un agente. (...) 5. tr. Arriesgar, aventurar, poner algo en contingencia de perderse o dañarse"; sobre la voz "aventurar" dice: "Arriesgar, poner en peligro" y sobre "riesgo": "m. Contingencia o proximidad de un daño". Como puede colegirse de esta mirada lexicográfica, la idea de "estar expuesto a una práctica comercial", implica que una persona humana o jurídica, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio sufre o está en peligro de sufrir un daño, como consecuencia de una conducta, por acción u omisión, originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios¹⁹. La idea de “expuesto a una práctica comercial” desde la perspectiva del consumidor es la contracara, desde la perspectiva del proveedor, del riesgo de actividad o de empresa²⁰ o riesgo de actividad económica²¹.

¹⁹Conf. BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Los sujetos expuestos a una relación de consumo”, DJ11/05/2011, 1.

²⁰Conf. GHERSI, Carlos A., "La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad", en AA. VV., *La Responsabilidad*, Buenos Aires, 1995, Abeledo-Perrot, p. 351 y ss.

²¹Posición que hemos planteado en la ponencia conjunta con la Dra. Lidia M. R. Garrido Cordobera presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil-V Congreso Nacional de Derecho Civil-Comisión de Derecho Interdisciplinario: "Derechos del consumidor: incidencias de la reforma introducidas por la ley 26.361"; http://www.derechocivilcba.com.ar/docs/sujeto_relacion_consumo_dra_garrido_cordobera_barocelli.doc

Las actividades tendientes a la provisión de bienes y servicios para el consumo tienen en sí un riesgo. La noción de riesgo de empresa suele ser entendida en este punto como aquel de manera más o menos consciente asume el empresario con motivo de su actividad económica organizada para la producción o intercambio de bienes y servicios, y que se traduce en la necesidad de soportar jurídica y económicamente las desventajas que tal iniciativa comporta, como lógica contrapartida de los beneficios que se procuran a través de ella. Dentro de estos riesgos, suele incluirse específicamente a la responsabilidad derivada de daños causados por productos y servicios defectuosos (Conf. PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad Civil por Riesgo creado y de empresa, contractual y extracontractual*, La Ley, Bs. As., 2007, T. II, p. 364 y ss.)

La noción, por tanto, comprende a los consumidores potenciales como las víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor, en vulneración de algún derecho reconocido a los consumidores. Los consumidores potenciales son los destinatarios de las prácticas comerciales en la etapa precontractual; hay intenciones del destinatario de la práctica comercial de relacionarse con el proveedor y sufre en ese contexto un perjuicio. En tanto que las víctimas no contratantes son las potenciales y/o efectivas víctimas, ajenos a la relación de consumo, que sufren o están en peligro de sufrir un daño por una acción u omisión antijurídica imputable a uno o más proveedores. Se trata de un sujeto distinto de las personas del consumidor, directo o indirecto, o de los diferentes miembros de la cadena de proveedores y tampoco son dependientes de este último²². La conducta desplegada puede ser imputada a un proveedor o sus dependientes, las personas que se encontraren bajo su tutela o cuidados, otros consumidores en el contexto de una relación del consumo o a los bienes o servicios introducidos por estos en el mercado. Dicha conducta, por acción u omisión, es antijurídica cuando vulnera uno o más derechos de los consumidores, ya sea de manera individual o en su faz de incidencia colectiva.

De esta manera se procura alcanzar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad civil, cualquiera fuere el camino o la vía para esa incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes.²³ Se sostiene que el vínculo se concreta con la materialización de los efectos de una conducta que refleja sus consecuencias en terceros o con el riesgo de que ello ocurra, comprendiendo a la gran masa de consumidores espectadores de las relaciones de consumo que los circundan, por lo cual se trata de relaciones de consumo de vínculo indeterminado *ex ante*.²⁴ Este es el criterio que había ya adoptado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", del 6 de marzo de 2007.

Creemos, por tanto, que la remisión a los derechos al trato digno y equitativo, a la libertad de elección, a la información y a la buena fe son meramente enunciativos, debiendo leerse en clave constitucional, comprensivo a todos los sujetos expuestos a prácticas comerciales respecto de los derechos reconocidos a los consumidores.

²²En este caso serían de aplicación las normas del Derecho del Trabajo.

²³SANTARELLI, Fulvio Germán, Hacia el fin de un concepto único de consumidor, LA LEY 2009-E, 1055

²⁴Conf. RUSCONI, Dante D., La noción de "consumidor" en la nueva Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1225 - SJA 28/5/2008.

En relación a los sujetos pasivos de las prácticas comerciales creemos necesario remarcar también aquellas que perjudican a consumidores hipervulnerables. Los consumidores hipervulnerables son aquellos consumidores que a los que a la vulnerabilidad estructural en que se encuentran situados los consumidores en el mercado se le suma otra vulnerabilidad, vinculada a su edad, condición psicofísica, de género, situación socioeconómica o cultural, a su pertenencia a otros grupos especialmente vulnerables y/o históricamente desfavorecidos y discriminados u a otras circunstancias permanentes o transitorias. Ya sea porque están orientadas especialmente a ellos o por ser estos sujetos los perjudicados por dichas prácticas, en estos casos entendemos que debe acentuarse el principio protectorio del Derecho del Consumidor²⁵.

Esto no quiere significar que no se despliegan prácticas comerciales en el mercado que no tenga como destinatarios a consumidores, por ejemplo en la contratación interempresaria o incluso en la contratación con sujetos de Derecho Público. No obstante, para que resulten aplicables las disposiciones que comentamos resulta necesario que se encuentre acreditada la existencia de una relación de consumo. Sin perjuicio de ello, en los supuestos fuera del Derecho del Consumidor, los afectados podrán ampararse de otras normas, como el abuso de derecho o el abuso de posición dominante, regulado en los art. 10 y 11 CCC o en, en algunos casos, las disposiciones de la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia o solicitar la aplicación analógica de las normas, principios e instituciones del sistema jurídico de protección de los consumidores.

Por último, afectar muchas prácticas comerciales derechos de incidencia colectiva también todos los legitimados para su protección pueden iniciar acciones en defensa de estos derechos: cualquier consumidor, las autoridades de aplicación, las asociaciones de consumidores, las Defensorías del Pueblo y el Ministerio Público.

5) **Ámbito temporal de las prácticas comerciales**

Las prácticas comerciales rodean todas las vicisitudes de las relaciones de consumo: antes de anudar la relación contractual o de otro tipo, durante la mismo, al momento de su extinción o

²⁵Sobre el concepto de consumidores hipervulnerables, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Los consumidores hipervulnerables como colectivos de especial protección por el Derecho del Consumidor, en STIGLITZ, Gabriel A. - Alvarez Larrondo, Federico M. , Derecho del consumidor, Problemática general del régimen de defensa del consumidor, Hammurabi, Bs.As, 2013, p. 165 y BAROCELLI, Sergio Sebatsián, “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia”, DJ 29/05/2013, 3.

incluso después de la misma. Asimismo, pueden afectar, como decíamos antes, a quien está en principio, al margen o ajeno a una relación de consumo, pero se afectado en su interés particular o en el marco de intereses de incidencia colectiva por dicha práctica comercial.

En la llamada “etapa precontractual”, a razón de la masificación del mercado y la consolidación de los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación, la cuestión del consentimiento contractual ha quedado reducido a un mero “asentimiento”, en el que el consumidor solo conserva en el campo de la autonomía de la voluntad su potestad de “autodecisión”, es decir, de contratar o no contratar y con quién hacerlo²⁶ más no en la inmensa mayoría de los casos la de “autoregulación, esto de, de intervenir en las definición de las condiciones del contrato. Por esa razón, en el campo de los contratos de adhesión, sean o no de consumo, y especialmente en las relaciones de consumo, es que la regulación del consentimiento contractual no se circunscribe a mirada clásica con alcance “psíquico-biológico” -sujetos con capacidad para contratar, ausencia de vicios del consentimiento -sino que comprende también, y especialmente, la regulación de las prácticas comerciales, verdadero motor y motivador de las relaciones de consumo como se mencionó anteriormente.

Pero la cuestión de las prácticas comerciales, que como podemos observar desempeñan un papel crucial en la etapa precontractual, no debe ceñirse exclusivamente a ellas. También en el marco de las relaciones de consumo en curso de ejecución, al momento de su extinción o en la llamada etapa “poscontractual”²⁷, se vislumbran situaciones “de facto” desplegadas por los proveedores de bienes y servicios que muchas veces contrarían las normas del sistema jurídico de protección de los consumidores. Y también esas prácticas también despliegan sus efectos en sujetos expuestos a las mismas, desplegando así tanto un interés individual como uno de incidencia colectiva.

²⁶En algunos casos, como los de los contratos obligatorios, tampoco estará presente esta faz de la autodecisión, en tanta la de elegir la persona del co-contratante está muchas veces condicionada por situaciones de monopolio u oligopolio. Sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “¿Existe obligación de contratar? Análisis de supuestos particulares”, DJ 27/09/2006, 227.

²⁷Sobre este punto ver: LEIVA FERNANDEZ, Luis F.P., “*La responsabilidad postcontractual*”, La Ley 19.07.2002 y LOPEZ MESA, Marcelo J., “*La responsabilidad postcontractual*”, www.eldial.com.

6) La regulación de las prácticas comerciales.

Como principio general, podemos sostener que los proveedores de bienes y servicios son libres de realizar las prácticas comerciales que estimen desarrollar. El fundamento lo podemos encontrar en la libertad de empresa, de propiedad, de contratación y de expresión, derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 11, 12, 14, 17, 20 y 33 CN), el principio de reserva (art. 19 CN) y por diversas disposiciones de tratados internacional de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

Pero dicho derecho no es, como ninguno de los derechos constitucionales, absoluto y encuentra sus límites en la no interferencia con otros derechos, como los derechos de los consumidores, y potestades públicas también con fundamento constitucional que legitiman al Estado a la regulación, fiscalización e intervención estatal en pos de asegurar: la protección del trabajo, la seguridad social, la familia y la vivienda (art. 14 bis CN); los derechos de los consumidores y usuarios (art. 42 CN); la transparencia y libre competencia, evitar el abuso de posiciones dominantes y otras prácticas colusorias y control de los monopolios (art. 42 CN); un desarrollo ambientalmente sustentable (art. 41 CN); la prosperidad, adelanto, bienestar y el progreso de la ilustración (art. 75 inc. 18 CN); el desarrollo humano, el progreso económico con justicia social, la productividad de la economía nacional y la generación de empleo (art. 75 inc. 19 CN); la propiedad comunitaria y el desarrollo humano de los pueblos indígenas (art. 75 inc. 17 CN); medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad (art. 75. Inc. 23 CN, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención de los Derechos del Niño y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad); la calidad de vida, acceso universal a la alimentación, vestido y vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de existencia y protección contra el hambre (art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 CN) y la función social de la propiedad y la prohibición de la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre (art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos), entre otras.

En el campo del Derecho del Consumidor, su fundamento se erige principalmente en la cláusula constitucional de protección al consumidor²⁸, la violación de la buena fe y los derechos fundamentales del consumidor²⁹ en todas las fases la relación de consumo, precontractual, ejecución del contrato y poscontractual³⁰, como en usos, métodos de atención o políticas de marketing³¹, que tienen su origen en un abuso de poder económico³².

Por consiguiente, si las prácticas comerciales desarrolladas en el mercado por los proveedores de bienes y servicios vulneran algunas de estas previsiones constitucionales o normas que tienen fundamento en las mismas, las mismas podrán ser objeto de regulación estatal y en algunos casos ser consideradas como ilícitas.

Analizaremos a continuación las diferentes normas del sistema jurídico de protección de los consumidores que resultan aplicables.

6.1) Las prácticas comerciales y la Constitución Nacional.

La Constitución Nacional no hace mención expresa a la problemática de las prácticas comerciales. Sin embargo, siendo que los principios y reglas constitucionales constituyen el fundamento principal de la protección de los consumidores, su contenido, tanto de normas directas como indirectas, orientará la interpretación y aplicación del Derecho del Consumidor en la materia. Esta afirmación no es más que la consecuencia del fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, consolidada por la sanción del Código Civil y

²⁸ Despacho B, punto 3, de las conclusiones de la comisión n° 8 “Derecho del Consumidor” de las “XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, desarrolladas los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2013 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²⁹ Conf. SANTARELLI, Fulvio G., “El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial”, en STIGLITZ, Rubén S. (director), *Contratos en el nuevo Código Civil y Comercial. Parte general*, Bs. As, La Ley, 2015, T. I. p. 370.

³⁰ HERNÁNDEZ, Carlos- FRUSTAGLI, Sandra, “Aspectos relevantes de la relación de consumo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Proyecciones de sistema sobre el régimen estatutario de daños al consumidor”, JA 2012-IV- 807; FRUSTAGLI, Sandra A.-HERNÁNDEZ, Carlos A., “Prácticas comerciales abusivas”, en STIGLITZ, Gabriel A.-HERNÁNDEZ, Carlos A. (directores), *Tratado de Derecho del Consumidor*, La Ley, Bs. As., 2015, T I, p. 594.

³¹ TAMBUSSI, Carlos E., “Contratos de consumo”, en BUERES, Alberto J., *Código Civil y Comercial de la Nación*, Hammurabi, Bs As, 2014, T I, p. 631.

³² FRUSTAGLI, Sandra-HERNÁNDEZ, Carlos, “Comentario al art. 1096”, en Garrido Cordobera, Lidia-BORDA, Alejandro-ALFERILLO, Pascual F. (directores) KRIEGER, Walter F. (coordinador), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*. Astrea, BS As, 2015, T. II p. 363.

Comercial por la Ley N° 26.994, con las prescripciones de sus artículos 1 y 2 y el cambio de paradigma que implicó en términos metodológicos y axiológicos³³.

En ese sentido, podemos resaltar el reconocimiento de los derechos de los consumidores a protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a la información, a la libertad de elección, a condiciones de trato equitativo y digno, a la educación para el consumo, de organización y participación, a procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, al acceso al consumo y al consumo sustentable. La vulneración de los derechos de los consumidores y/o del resto de los derechos, libertades y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art, 75 unc. 22) por parte de los proveedores de bienes y servicios en sus prácticas comerciales constituirá el estándar de ilicitud de las mismas.

En segundo lugar, podemos destacar la manda constitucional a las autoridades públicas de proveer a la protección de los derechos de los consumidores. Esta atribución-deber de las autoridades públicas, tanto legislativas, ejecutivas como judiciales, en los tres niveles de gobierno (federal, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipal) legitima el ejercicio del policía de consumo, en este caso, respecto de las prácticas comerciales, obligando a la adopción medidas en pos de la prevención de posibles vulneraciones de derechos, mediante la regulación, fiscalización y control de la actividad de los proveedores y sus prácticas de mercado, aplicando, de corresponder el régimen administrativo sancionador del consumo. Asimismo, se potencia respecto de los grupos vulnerables sobre los que la Ley Fundamental ordena realizar medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de sus derechos: niños, mujeres, ancianos, personas con discapacidad (art. 75 inc. 23) y pueblos indígenas (art. 75 inc. 17).

6.2) Las prácticas comerciales y los instrumentos internacionales.

La incidencia de las prácticas comerciales en las relaciones de consumo y la necesidad de su regulación, fiscalización y control tiene vinculación con diversos instrumentos internacionales.

³³Sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor. Perspectivas desde el Derecho Argentino*. Saarbrücken (Alemania), 2017, Editorial Academica Espanola.

En primer término, debemos mencionar los tratados internacionales de derechos humanos. Al igual que la Constitución Nacional, la vulneración los derechos, libertades y garantías reconocidos en dichos instrumentos por parte de los proveedores de bienes y servicios en sus prácticas comerciales constituirá el estándar de ilicitud de las mismas. Podemos destacar, en este punto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁴, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵, la Convención Americana de Derechos Humanos y Protocolo de San Salvador³⁶ y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial³⁷. Respecto de los consumidores hipervulnerables y las prácticas comerciales, cabe mencionar a la incidencia de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Por otra parte, corresponde señalar la fuerza orientadora de las Directrices de Naciones Unidas de Protección al Consumidor, aprobadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en 1985, a instancias del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la Organización de las Naciones Unidas, posteriormente revisadas en 1.999 y 2015. Si bien dichas Directrices son un ejemplo de *soft law*, sin fuerza normativa explícita, las mismas confirieron una legitimidad importante a los principios de los derechos de los consumidores y un apoyo práctico al desarrollo de legislaciones nacionales de protección del consumidor³⁸.

En relación al tema que desarrollamos en este capítulo, señalan como uno de los objetivos de las Directrices la necesidad de poner freno a las prácticas abusivas de las empresas que perjudiquen a los consumidores (art. 1 inc. d), como así también la necesidad de que las políticas nacionales para la protección del consumidor fomenten buenas prácticas comerciales (art. 14 inc. a), prácticas comerciales leales y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar

³⁴ Artículo XXIII. Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar.

³⁵ En especial, su artículos 11 (el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia y la protección contra el hambre) y 12 (el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental).

³⁶ En particular, su artículo 26 (derechos económicos, sociales y culturales).

³⁷ Dicha tratado establece la prohibición y eliminación de la discriminación racial y el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques, , sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico (Conf. Art. 5 inc. f)

³⁸ Conf. EDWARDS Julián, “Historia del movimiento de consumidores”, en <http://es.consumersinternational.org/who-we-are/about-us/we-are-50/history-of-the-consumer-movement/>

los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado (art. 20 y 21).

Establecen también como principios de buenas prácticas comerciales, en línea y fuera de línea (art. 11):

a) trato justo y equitativo a los consumidores, en especial de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja;

b) prohibición de someter a los consumidores a prácticas ilegales, poco éticas, discriminatorias o engañosas, como las tácticas de comercialización abusivas, el cobro abusivo de deudas u otra conducta inadecuada que pueda entrañar riesgos innecesarios o perjudicar a los consumidores;

c) divulgación y transparencia informativa,

d) educación y sensibilización de los consumidores, para ayudarlos a adquirir los conocimientos y competencias necesarios para comprender los riesgos, tomar decisiones bien fundadas y acceder a servicios competentes y profesionales asesoramiento y asistencia;

e) protección de la privacidad de los consumidores en lo relativo a la recopilación y utilización de sus datos personales;

f) Establecimiento de mecanismos de reclamación que les permitan resolver controversias de manera rápida, justa, transparente, poco costosa, accesible y efectiva sin cargas ni costos innecesarios, mediante procedimientos internos de reclamación, servicios alternativos de solución de controversias y códigos sobre satisfacción de los clientes.

Disponen asimismo que se debe alentar a las organizaciones de consumidores a que vigilen prácticas perjudiciales como la adulteración de alimentos, la comercialización basada en afirmaciones falsas o capciosas y los fraudes en la prestación de servicios (art. 21); a elaborar, reforzar o mantener, según proceda, medidas relativas al control de las prácticas comerciales restrictivas y otras de tipo abusivo que puedan perjudicar a los consumidores (art. 22); a que las prácticas de promoción empleadas en la comercialización y la venta deben basarse en el principio del trato justo de los consumidores y deben satisfacer los requisitos jurídicos vigentes, en particular en relación a la información (art. 27); a la necesidad de formulación y aplicación por las empresas, en cooperación con las organizaciones de consumidores, de códigos de comercialización y otras prácticas comerciales para asegurar una adecuada protección del

consumidor (art. 31) y a la promoción de prácticas protectorias del medio ambiente y desalentar aquellas que sean insostenibles (art. 51, 59, 61, 71) .

Finalmente, promueve que los organismos de formulación de políticas de protección del consumidor, en consulta con los organismos encargados de hacer efectiva esa protección, asuman un papel destacado en la elaboración del marco para combatir las prácticas comerciales fraudulentas y engañosas (art. 86), inclusive las prácticas comerciales transfronterizas fraudulentas y engañosas (art. 82) y a investigar, seguir de cerca, obtener y, cuando proceda, compartir información y pruebas pertinentes, particularmente en lo relativo a prácticas comerciales a través de la cooperación internacional (art. 88).

Las Directrices también hacen mención, como documentos específicas orientadoras, los Principios de Alto Nivel relativos a la Protección del Consumidor de Servicios Financieros de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y el Grupo de los 20, los Principios para la Inclusión Financiera Innovadora del Grupo de los 20, las Buenas Prácticas para la Protección al Consumidor Financiero del Banco Mundial, las Directrices para la Protección de los Consumidores de Prácticas Comerciales Transfronterizas Fraudulentas y Engañosas de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos y el Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas.

6.3) Las prácticas comerciales y las normas del Derecho de la Integración.

En el campo de las normas del Derecho de la integración, el MERCOSUR es sin duda el espacio más importante en el que Argentina es parte que ha regulado cuestiones relativas a la temática que nos ocupa en este capítulo.

Respecto a la cuestión de las prácticas comerciales podemos destacar la Resolución GMC N° 124/1996, que reconoció como derechos básicos de los consumidores: 1) A la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos; (...) y 4) A la protección contra la publicidad engañosa, métodos comerciales coercitivos o desleales, en el suministro de productos y

servicios, conforme a los conceptos que se establezcan en los capítulos correspondientes del reglamento común sobre defensa del consumidor³⁹.

También el campo del *soft law* podemos mencionar la “Declaración Presidencial de los Derechos Fundamentales de los Consumidores del MERCOSUR”, suscripta en Florianópolis, el 15 de diciembre del 2000⁴⁰. Dicha declaración estableció que la defensa del consumidor en el MERCOSUR, contemplará como uno de los derechos fundamentales, sin exclusión de otros y teniendo en consideración el compromiso de armonizar progresivamente las respectivas legislaciones, en sus incisos a) y h), respectivamente, la protección eficaz de la vida, de la salud y de la seguridad del consumidor y del medio ambiente contra los riesgos provocados por prácticas en el suministro de productos y servicios y la protección contra prácticas abusivas y métodos coercitivos o desleales.

El escaso desarrollo en el ámbito del MERCOSUR contrasta con el de otros espacios de integración supranacional, como la Unión Europea, en el que se destaca la Directiva 2005/29/CE del 11/05/2005 sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Dicha Directiva prohíbe las prácticas comerciales desleales, entendidas estas como aquellas si “es contraria a los requisitos de la diligencia profesional”⁴¹ y si “distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el

³⁹Dicha resolución forma parte del conjunto de propuestas de normas que la Comisión de Comercio, a instancias del Grupo Técnico N° 7, acordó elevar progresivamente al Grupo Mercado Común a efectos de que constituyan los capítulos del proyecto de Reglamento Común en la materia. El 29 de noviembre de 1.997 fue finalmente firmado el Protocolo de Defensa del Consumidor del Mercosur, el cual fijaba pautas máximas y unificadas de protección en los cuatro países que en ese momento componían el bloque. El proyecto referido fue muy criticado, especialmente por las autoridades brasileñas y de la doctrina, buscando unificar el derecho del consumidor en el bloque, aseguraba a los consumidores derechos muy inferiores a los que aseguraba la legislación brasileña, lo que representaría un verdadero retroceso en la historia de la defensa del consumidor en Brasil. Finalmente el protocolo fue rechazado por la Comisión de Comercio del Mercosur en su reunión de los días 9 y 10 de diciembre de 1.997. Por esa razón, esta resolución perdieron eficacia y jamás entró en vigor. Desde entonces, el Comité Técnico N° 7 recondujo sus trabajos hacia la elaboración de un instrumento común que contuviera un conjunto de directrices mínimas y no más una regla extensiva y exhaustiva como el Reglamento analizado. A la fecha no se ha aprobado esta norma, pero sí se han dictado normas parciales sobre temas específicos. Para ampliar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “La protección jurídica de los consumidores en el MERCOSUR”. En TOMILLO URBINA, Jorge Luis (Director) ÁLVAREZ RUBIO, Julio (Coordinador), *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, Comares, Granada, (España), 2014.

⁴⁰Para ampliar sobre el punto, ver: ALVES SILVA, João, “Sincronías, Asimetrías y Posibilidades de la Legislación de Consumo en el Mercosur: Argentina y Brasil”, en http://www.garridocordobera.com.ar/pagina_nueva_1338.htm y NASIO, Ricardo L., “Análisis y comentario de la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur”, RDM 2001-5 , 85

⁴¹La Directiva define la diligencia profesional en su art. 2.h. como “el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante”.

comportamiento económico del consumidor medio ⁴² al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”⁴³. La Directiva 2005/29/CE distingue entre prácticas engañosas y agresivas, como subtipos de las prácticas desleales. Dentro de las prácticas engañosas divide entre acciones⁴⁴ y omisiones⁴⁵ engañosas. Por último, la Directiva mencionada trae un anexo con un extenso listado

⁴²La Directiva también se ocupa de la “distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor” en su art. 2.e, expresando que ello se dará cuando se utilice “una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

⁴³Art. 5.2, Directiva 2005/29/CE.

⁴⁴Art. 6, Directiva 2005/29/CE: “Acciones engañosas. 1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que contenga información falsa y por tal motivo carezca de veracidad o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio, aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre uno o más de los siguientes elementos, y que en cualquiera de estos dos casos le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado :a) la existencia o la naturaleza del producto; b) las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, sus accesorios, la asistencia posventa al cliente y el tratamiento de las reclamaciones, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su entrega, su carácter apropiado, su utilización, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto; c) el alcance de los compromisos del comerciante, los motivos de la práctica comercial y la naturaleza del proceso de venta, así como cualquier afirmación o símbolo que indique que el comerciante o el producto son objeto de un patrocinio o una aprobación directos o indirectos; d) el precio o su modo de fijación, o la existencia de una ventaja específica con respecto al precio; e) la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación; f) la naturaleza, las características y los derechos del comerciante o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido; g) los derechos del consumidor, incluidos los derechos de sustitución o de reembolso previstos por la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, o los riesgos que pueda correr. 2. También se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga: a) cualquier operación de comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales u otras marcas distintivas de un competidor; b) el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código”.

⁴⁵Art. 7, Directiva 2005/29/CE: “Omisiones engañosas. 1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. 2. Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. 3. Cuando el medio utilizado para comunicar la práctica comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo, a la hora de decidir si se ha omitido información deberán tenerse en cuenta esas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el comerciante para poner la información a disposición del consumidor por otros medios. 4. En los casos en que haya una invitación a comprar se considerará sustancial la información que figura a continuación, si no

de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia⁴⁶, dividiéndolas en prácticas engañosas⁴⁷ y agresivas⁴⁸.

se desprende ya claramente del contexto: a. las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto; b. la dirección geográfica y la identidad del comerciante, tal como su nombre comercial y, en su caso, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa; c. el precio, incluidos los impuestos, o, en caso de que éste no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales; d. os procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, y el sistema de tratamiento de las reclamaciones, si se apartan de las exigencias de la diligencia profesional; e. en el caso de los productos y transacciones que lleven aparejado un derecho de revocación o cancelación, la existencia de tal derecho. 5. Se considerarán sustanciales los requisitos establecidos por el Derecho comunitario en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o la comercialización, de los que el anexo II contiene una lista no exhaustiva”.

⁴⁶Anexo I, Directiva 2005/29/CE.

⁴⁷Aquí se incluyen las siguientes: “1. Afirmer el comerciante ser signatario de un código de conducta no siendo cierto. 2. Exhibir un sello de confianza o de calidad o un distintivo equivalente sin haber obtenido la necesaria autorización. 3. Afirmer que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o de otro tipo no siendo cierto. 4. Afirmer que un comerciante (incluidas sus prácticas comerciales) o un producto ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado cuando éste no sea el caso, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización. 5. Realizar una invitación a comprar productos a un precio determinado sin revelar la existencia de motivos razonables que el comerciante pueda tener para pensar que no estará en condiciones de ofrecer, él mismo o a través de otro comerciante, dichos productos o productos equivalentes a ese precio durante un período y en cantidades razonables, teniendo en cuenta el producto, el alcance de la publicidad que se le haya dado y el precio de que se trate (publicidad señuelo). 6. Realizar una invitación a comprar productos a un precio determinado para luego: a. negarse a mostrar el artículo anunciado a los consumidores, o b. negarse a aceptar pedidos de dicho artículo o a hacer entregas del mismo en un período de tiempo razonable, o c. enseñar una muestra defectuosa del mismo, con la intención de promocionar un producto diferente (señuelo y cambio). 7. Afirmer falsamente que el producto sólo estará disponible durante un período de tiempo muy limitado o que sólo estará disponible en determinadas condiciones durante un período de tiempo muy limitado a fin de inducir al consumidor a tomar una decisión inmediata, privándole así de la oportunidad o el tiempo suficiente para hacer su elección con el debido conocimiento de causa. 8. Comprometerse a proporcionar un servicio posventa a consumidores con los que el comerciante se haya comunicado con anterioridad a una transacción en un idioma que no sea idioma oficial del Estado miembro en que esté instalado el comerciante, y que tal servicio se encuentre luego disponible únicamente en otro idioma, sin haber advertido claramente de ello al consumidor antes de que éste se comprometa a realizar la transacción. 9. Afirmer o crear por otro medio la impresión de que un producto puede ser legalmente vendido no siendo cierto. 10. Presentar los derechos que otorga la legislación a los consumidores como si fueran una característica distintiva de la oferta del comerciante. 11. Recurrir a un contenido editorial en los medios de comunicación para promocionar un producto, pagando el comerciante por dicha promoción, pero sin que ello quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor (publirreportajes). Este supuesto se entenderá sin perjuicio de la Directiva 89/552/CEE. 12. Hacer afirmaciones materialmente inexactas en cuanto a la naturaleza y la extensión del peligro que supondría para la seguridad personal del consumidor o de su familia el hecho de que el consumidor no compre el producto. 13. Promocionar un producto similar al producto de un determinado fabricante para inducir de manera deliberada al consumidor a creer que el producto procede de ese mismo fabricante no siendo cierto. 14. Crear, dirigir o promocionar un plan de venta piramidal en el que el consumidor realice una contraprestación a cambio de la oportunidad de recibir una compensación derivada fundamentalmente de la entrada de otros consumidores en el plan, y no de la venta o el consumo de productos. 15. Afirmer que el comerciante está a punto de cesar en sus actividades o de trasladarse sin que vaya a hacerlo. 16. Alegar que los productos pueden facilitar la obtención de premios en juegos de azar. 17. Proclamar falsamente que un producto puede curar enfermedades, disfunciones o malformaciones. 18. Transmitir información materialmente inexacta sobre las condiciones del mercado o sobre la posibilidad de encontrar el producto, con la intención de inducir al consumidor a adquirirlo en condiciones menos favorables que las condiciones normales de mercado. 19. Afirmer en una práctica comercial que se ofrece un concurso o premios de promoción sin conceder los premios descritos ni algo razonablemente equivalente. 21. Incluir en la documentación de comercialización

6.4) Las prácticas comerciales en la Ley de Defensa del Consumidor.

La LDC en su redacción original, si bien contempló la regulación de algunas prácticas comerciales en particular como veremos a continuación, no poseía una mención expresa a la problemática de las prácticas comerciales. El concepto de “práctica comercial” fue introducido en el epígrafe del artículo 8 bis bajo la fórmula “Trato digno. Prácticas abusivas” por la reforma de la Ley N° 26.361. Si bien el artículo, como analizaremos a continuación, reguló algunas prácticas comerciales en particular, no realizó una conceptualización del instituto bajo análisis. No obstante, de las previsiones que realiza la ley sobre los derechos de los consumidores y, en particular, de las cuestiones vinculadas a la regulación contractual, podemos inferir, como veremos, varias previsiones normativas sobre las prácticas comerciales ilícitas.

Así, en lo relativo a las prácticas comerciales engañosas, lo relativo al derecho a la información (art. 4, 6, 7, 8, 9, 10, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 29, 30 bis, 34, 36), en lo relativo a las prácticas comerciales inseguras, las previsiones relativas al derecho a la salud y seguridad (art. 5, 6, 28), en lo relativo a prácticas agresivas, las previsiones en materia de trato digno (art. 8 bis,

una factura o un documento similar de pago que dé al consumidor la impresión de que ya ha encargado el producto comercializado sin que éste haya hecho el pedido correspondiente. 22. Afirmar de forma fraudulenta o crear la impresión falsa de que un comerciante no actúa a los fines propios de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, o presentarse de forma fraudulenta como un consumidor. Crear la impresión falsa de que el servicio posventa en relación con el producto está disponible en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha vendido el producto”.

⁴⁸Entre las prácticas comerciales agresivas se enumeran las que se transcriben a continuación: “24. Crear la impresión de que el consumidor no puede abandonar el local hasta haber perfeccionado el contrato. 25. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor, ignorando las peticiones de éste de que el comerciante abandone su casa o no vuelva a personarse en ella, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. 26. Realizar proposiciones no solicitadas y persistentes por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios a distancia, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado, con arreglo a la legislación nacional, para hacer cumplir una obligación contractual. Este supuesto se entenderá sin perjuicio del artículo 10 de la Directiva 97/7/CE y de las Directivas 95/46/CE y 2002/58/CE. 27. Exigir al consumidor que desee reclamar una indemnización al amparo de una póliza de seguro que presente documentos que no puedan razonablemente considerarse pertinentes para determinar la validez de la reclamación o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos contractuales. 28. Incluir en una publicidad una exhortación directa a los niños para que compren o convencan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados. Esta disposición se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 89/552/CEE relativa a la radiodifusión televisiva. 29. Exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de conformidad con lo establecido en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 97/7/CE. 30. Informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del comerciante corren peligro si el consumidor no adquiere el producto o servicio.. 31. Crear la impresión falsa de que el consumidor ha ganado ya, ganará, o conseguirá si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente, cuando en realidad: no existe tal premio o ventaja equivalente o a realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a la obligación, por parte del consumidor, de efectuar un pago o incurrir en un gasto”.

26, 27), modos de rescisión (art. 10 ter y quáter) y contratos fuera de los establecimientos y a distancia (art. 33 a 34), en lo relativo a prácticas comerciales desleales, la prohibición del art. 35 y respecto a la protección de los intereses económicos, la regulación en materia de garantía de servicio técnico (art. 12), deficiencias en la prestación de servicios (art. 23), interrupción y facturación de servicios públicos domiciliarios (art. 30 y 31) y cláusulas abusivas (art. 37, 38 y 39).

6.5) Las prácticas comerciales en el Código Civil y Comercial.

Como sostuvieron los autores del anteproyecto del Código Civil y Comercial en sus fundamentos, las previsiones en materia de Derecho del Consumidor en dicho corpus normativo constituyen una “protección mínima”, un “núcleo duro de tutela”, que deberá interpretarse y aplicarse de manera coordinada, coherente y simultánea en “diálogo de fuentes” con el resto de las normas del sistema jurídico de protección de los consumidores⁴⁹.

En ese sentido, el Título III, del Libro III, titulado “Contratos de consumo”, posee en su Capítulo 2 “Formación del consentimiento”, una sección 1ª “Prácticas abusivas”, donde reconoce a los consumidores expuestas a prácticas comerciales y los derechos al trato digno, trato equitativo y no discriminatorio y a la libertad de contratar y una sección 2ª “Información y publicidad dirigida a los consumidores”.

Si bien no se da una caracterización expresa de las prácticas comerciales, su regulación en el contexto de los derechos al trato equitativo y digno, a la libertad de elección, la buena fe e información permite concluir que fue la voluntad del legislador asociar a las prácticas abusivas a la vulneración de los derechos de los consumidores sin constituir este un *numerus clausus* como detalláramos anteriormente.

6.6) Las prácticas comerciales en normas especiales e indirectas.

La diversidad de relaciones de consumo y las prácticas comerciales ha llevado a que el legislador nacional y local y las autoridades reglamentarias de aplicación dicten numerosas

⁴⁹Para ampliar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, *Diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor. Perspectivas desde el Derecho Argentino*, Saarbrücken, 201, Editorial Académica Española.

normas que le resultan aplicables. Podemos mencionar aquí, la ley 25.065 de Tarjeta de Crédito, la ley 26.356 de Tiempo Compartido, la ley 26.682 de Medicina Prepaga, la ley 26.951 “Registro Nacional No Llame”, la Resolución General IGJ 8/2015 sobre Sistemas de Capitalización y Ahorro para Fines Determinados y la Comunicación “A” BCRA 5460 de Protección de Usuarios de Servicios Financieros. También diversas normas provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales.

En cuanto a las normas indirectas, es decir, las que sin tener la finalidad específica de proteger a los consumidores, su contenido cumple dicho fin. Cabe destacar, por imperio del art. 3 LDC, la ley 22.802 de Lealtad Comercial, la ley 25.156 de Defensa de la Competencia, la ley 19.511 de Metrología Legal, la ley 20.680 de Relaciones de Producción y Consumo (ex de Abastecimiento tras la reforma de la ley 26.991), el Código Alimentario Argentino (Ley 18.284), los marcos regulatorios de los servicios públicos, las leyes ambientales, entre otras.

7) Prácticas comerciales ilícitas

Si bien el principio general es, conforme detalláramos anteriormente, la libertad de los proveedores de desplegar en el mercado toda clase de prácticas comerciales, su límite estará dado por el cumplimiento, como acto jurídico de los requisitos de licitud, es decir, de no contrariar la ley, la moral, las buenas costumbres, el orden público, los derechos ajenos o la dignidad humana, de conformidad con los art. 259 y 279 CCC. Caso contrario, estaremos ante una práctica comercial ilícita, como hecho jurídico.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial se establece: “El código prevé una serie de comportamientos, contractuales o no, que abusan de la buena fe del consumidor, así como de su situación de inferioridad económica o técnica. Es comprensible, por lo tanto, que tales prácticas sean consideradas ilícitas *per se*, independientemente de que causen un daño o no. Para ellas rige la presunción absoluta de ilicitud. Son prácticas que aparecen tanto en el ámbito de la contratación como también fuera de éstas”.

En el presente trabajo utilizamos la expresión “prácticas comerciales ilícitas” o “prácticas abusivas” como sinónimos⁵⁰. Algunos autores utilizan el término “prácticas abusivas” para referirnos genéricamente a todos los supuestos de prácticas comerciales ilícitas y otros lo

⁵⁰En el common law se utiliza la expresión unfair practices.

circunscribir lo exclusivamente a los supuestos de prácticas comerciales ilícitas violatorias del derecho de los consumidores al trato equitativa y digno, como parecería circunscribirlo el título del artículo 8 bis de la ley 24.240, conforme reforma de la ley 26.361. En ese sentido, privilegiamos la utilización del término “prácticas abusivas” en la primera acepción que detalláramos, por ser el más extendido en la doctrina argentina.

En tal entendimiento creemos que puede caracterizarse a las prácticas comerciales ilícitas como toda conducta, por acción u omisión, desplegada en el mercado por un proveedor como antecedente, consecuencia, o en el contexto de la actividad encaminada a proveer bienes o servicios en el mercado, que afecte los derechos de los consumidores y usuarios.

Se tratan, pues, de situaciones *de facto*, ya que si estuviesen incorporados en cláusulas contractuales estaríamos en presencia de “cláusulas abusivas” y no de “prácticas abusivas”, sin perjuicio de que en muchas oportunidades ambas abusividades pueden conjugarse.

No compartimos el criterio que entiende como requisito para la configuración de una práctica comercial como ilícita su “institucionalización”, prolongación en el tiempo o formar parte del *modus operandi* de una compañía⁵¹. Sin duda que probada su generalización o su estandarización en códigos o protocolos internos, se agravará el estándar de conducta para las sanciones administrativas o los daños punitivos correspondientes. Basta con el despliegue de una conducta ilícita para configurarse una práctica abusiva que como hecho jurídico anuda una relación de consumo con el damnificado y lo legitima a reclamar en el marco del Derecho del Consumidor para la defensa de sus derechos e intereses.

Tampoco entendemos que no requieren, para su configuración como tales, la existencia de un reproche subjetivo a título de dolo por parte del proveedor responsable, ni la efectiva materialización de la contratación o la configuración de un daño material en los consumidores destinatarios de las mismas. La sola verificación de la conducta contraria a los derechos de los consumidores constituye la ilicitud⁵².

Así, en tanto la práctica vulnere el principio de buena fe, los derechos de los consumidores, sea ilícita, contraria a la moral, las buenas costumbres, el orden público o la dignidad humana, estaremos en presencia de una práctica abusiva.

⁵¹CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, Ley de Defensa del Consumidor comentada, La Ley, BS. As., 2015, comentario al art. 8 bis.

⁵²Conf. RUSCONI, Dante, “Prácticas comerciales ilícitas en Brasil”, LA LEY 2013-E, 312; AR/DOC/2329/2013.

Ello también, sin perjuicio de la existencia de otras prácticas comerciales ilícitas fuera del Derecho del Consumidor, que vulneren derechos de terceros (competidores, trabajadores, Estado o sociedad en general)⁵³.

A la hora de enmarcar una práctica comercial como abusiva creemos que no quita su ilicitud el haber provocado un daño, patrimonial o extrapatrimonial en concreto, sino la potencialidad de producirlo. En ese sentido, la función preventiva que debe desempeñar el Derecho del Consumidor fundamenta dicha apreciación.

Por otra parte, a la hora de evaluar la ilicitud desde la perspectiva subjetiva creemos que debe ser la hipervulnerabilidad el estándar de destinatario a tener en cuenta para dirimir si existe o no abusividad. En el Derecho clásico del siglo XIX y en alguna perspectiva del Derecho del Consumidor primaban las categorías totalizantes con estándares de evaluación de conducta: el “buen padre de familia”, “el buen hombre de negocios”, el “hombre o consumidor medio”, el “consumidor racional”, etc. Nos diferenciamos así del criterio de la Directiva 2005/29/CE del 11/05/2005 sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Dicha Directiva prohíbe las prácticas comerciales desleales, entendidas estas como aquellas si “es contraria a los requisitos de la diligencia profesional”⁵⁴ y si “distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio”⁵⁵ al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”⁵⁶. “El consumidor medio o racional” parece ser una versión 2.0 del “buen padre de familia”. Esas categorías invisibilizaban las diferencias, particularidades y situaciones de muchas personas, sobre todos las más vulnerables, desventajosas y desfavorecidas de la sociedad, sobre los que las autoridades administrativas y judiciales deben centrar, a nuestro juicio, la protección de los consumidores y las medidas de prevención de daños. La hipervulnerabilidad, es decir, la protección más agravada debe ser la medida para evaluar el carácter adecuado de plena vigencia

⁵³Para ampliar sobre este punto, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “El concepto de buena fe en la empresa”, en GHERSI, Carlos A. (Director) *Principios generales del derecho. Homenaje al Prof. Oscar Ameal*, Buenos Aires, 2.013, La Ley, p. 551 a 588.

⁵⁴La Directiva define la diligencia profesional en su art. 2.h. como “el nivel de competencia y cuidado especiales que cabe razonablemente esperar del comerciante en sus relaciones con los consumidores, acorde con las prácticas honradas del mercado o con el principio general de buena fe en el ámbito de actividad del comerciante”.

⁵⁵La Directiva también se ocupa de la “distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor” en su art. 2.e, expresando que ello se dará cuando se utilice “una práctica comercial para mermar de manera apreciable la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa haciendo así que éste tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

⁵⁶Art. 5.2, Directiva 2005/29/CE.

de los derechos de los consumidores al analizar la licitud de las prácticas comerciales. Este pareciera ser el criterio que desliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ledesma c. Metrovías”⁵⁷. Sobre este punto también dijo la jurisprudencia que no se debe aplicar el test del “hombre diligente”, sino estándares menos rígidos, de acuerdo a las características de la audiencia a la que se dirige la práctica comercial y deben ser analizadas con rigor, porque aun cuando hayan sido autorizadas por las autoridades administrativas de aplicación en la materia, operan sobre la psicología de los consumidores mediante técnicas inductoras, afectando su libre determinación respecto a la elección de los bienes a adquirir⁵⁸.

Siendo que, como señaláramos, la dinámica vertiginosa del mercado y los desarrollos en el campo de la ciencia y tecnología provocan una constante transformación y emergencia de nuevas modalidades de prácticas ilícitas, resulta útil encuadrar los supuestos de prácticas comerciales ilícitas según el derecho que se ve vulnerado bajo tipos abiertos, sin perjuicio de que algunas, por su generalidad o interés público merezcan su regulación expresa.

Así, podemos clasificar las prácticas abusivas o ilícitas en:

a) *prácticas comerciales engañosas*, cuando las mismas contrarían el derecho a la información, al principio de buena fe o van en contra de la educación de los consumidores. Podemos mencionar aquí la problemática de la promoción mediante premios y sorteos o el fenómeno de la “contrainformación”⁵⁹;

b) *prácticas comerciales inseguras*, cuando las mismas vulneran el derecho a la protección de la salud y seguridad. Podemos encontrar aquí innumerables ejemplos, vinculados desde la manipulación de alimentos, condiciones edilicias, manipulación de elementos riesgosos o peligrosos, organización de eventos masivos, adopción de protocolos o planes de contingencias, introducción de bienes o servicios riesgosos o defectuosos, entre otros. Un ejemplo paradigmático eran unas fiestas en locales de bailes en las que se entregaban en forma libre bebidas alcohólicas hasta que alguien estuviera urgido de acudir al baño (popularmente conocida como “Fiesta de la mea culpa”)⁶⁰;

⁵⁷CSJN, 22-04-2008, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, Fallos: 331:819

⁵⁸CCiv. y Com. 2ª La Plata, sala II, “Tomas, Héctor A. c. Hipermercado Carrefour”, 27/09/2005, LLBA 2006, 358.

⁵⁹MANONI Franco y ROJAS Antonela, “Cláusulas Abusivas: sus alcances y su conexión con el delito de estafa”, en BAROCELLI, Sergio Sebastián, (director) , *Impactos del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios.*, Bs.As., 2016, Facultad de Derecho (UBA), p. 125 y ss., disponible online en <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/barocelli-impactos-del-nuevo-Codigo-civil-y-comercial-en-el-derecho-del-consumidor.pdf>

⁶⁰<http://www.mdzol.com/mdz/nota/136972>

c) *prácticas comerciales agresivas*, como aquellas que son contrarias al derecho al trato digno y equitativo. Podemos mencionar como ejemplos las prácticas vergonzantes, vejatorias o intimidatorias hacia el consumidor, las prácticas comerciales discriminatorias, los abusos en la cobranza de deudas o en los servicios de atención al cliente o prácticas de marketing directo, *telemarketing* y marketing móvil;

d) *prácticas comerciales contrarias a los intereses económicos de los consumidores*. RAquí podemos mencionar los redondeos en perjuicio de los consumidores, cobro de preavisos, cambios de cuotas, tarifas o precios, cargos y comisiones indebidas, promociones o cobros prohibidos;

e) *prácticas comerciales desleales*, como aquellas que lesionan el derecho a la libertad de elección de los consumidores y a la libre competencia en el mercado, como las ventas atadas o bienes o servicios no solicitados (art. 35 LDC);

f) *prácticas comerciales insustentables*, respecto de aquellas que contravienen el derecho de acceso al consumo y/o al consumo sustentable, como la obsolescencia de productos;

g) *Otras prácticas comerciales ilícitas*, cuando contrarían otros derechos, como el entorpecimiento del acceso a la justicia, la organización y participación de los consumidores u otros derechos o intereses jurídicos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Cabe aclarar igualmente que muchas prácticas abusivas pueden comprender la vulneración de dos o más derechos de los consumidores, por lo que la clasificación propuesta es meramente orientativa.

8) Acciones frente a las prácticas comerciales

Frente a prácticas comerciales ilícitas distintos son los remedios de diversa naturaleza a los que los consumidores pueden apelar.

En materia de prevención, podemos destacar:

a) Interposición de la acción preventiva en los términos del art. 1.711 del CCC solicitando el cese de la conducta ilícita, tanto en acciones individuales como colectivas. En este último caso, también estarán legitimadas las autoridades de aplicación, las asociaciones de consumidores, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público.

b) Solicitud a través de medidas preventivas en sede administrativa o medidas cautelares el cese de la conducta ilícita;

c) Accionar en forma individual o colectiva a través de la acción de amparo, en caso de verse cumplimentados los requisitos del art. 43 de la Constitución Nacional.

En materia de contractual el consumidor tendrá derecho a demandar, a su elección, la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas, de conformidad con el artículo 37 LDC. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En materia de reparación, el consumidor podrá solicitar, en las instancias administrativas, arbitrales y/o judiciales la reparación de daños sufridos, tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial.

En materia de punición, podemos descartar:

a) Aplicación del régimen administrativo sancionador prevista por los artículos 45 a 51 de la LDC o el artículo 18 de la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial, según el caso, de oficio o por denuncia;

b) Aplicación del régimen administrativo sancionador de las normas especiales o indirectas, de oficio o por denuncia.;

c) Interposición de daños punitivos, en los términos del artículo 52 bis de la LDC, en sede judicial, a petición de consumidores;

d) Denuncia en sede criminal a los responsables ante eventuales incumplimientos que constituyan asimismo figuras típicas en la legislación penal⁶¹.

En cuanto al rol del Estado y las prácticas comerciales ilícitas, resulta indispensable:

a) Profundizar la regulación de las prácticas comerciales más extendidas en el mercado;

b) Adoptar medidas para la prevención de daños a los consumidores, estableciendo inspecciones, monitoreos y medidas de detección y emisión de alertas y otras medidas de fiscalización y control;

c) Aplicar las sanciones administrativas en caso de incumplimientos;

d) Alentar códigos de conducta, buenas prácticas, normas éticas, certificaciones de calidad y otras políticas de autorregulación y estandarización en los proveedores de bienes y servicios;

⁶¹Sobre las relaciones entre Derecho del Consumidor y Derecho Penal, ver: BAROCELLI, Sergio Sebastián, “Impactos en el derecho del consumidor ante el nuevo Código civil y Comercial y sus incidencias en el derecho penal”, en ZAFFARONI, Eugenio Raúl-HERRERA, Marisa (directores), *El Código Civil y comercial y su incidencia en el Derecho Penal*, Bs. As., 2016, Hammurabi, p. 431 y ss.

- e) Facilitar el accionar de las asociaciones de consumidores en la materia;
- f) Establecer mecanismos de asesoramiento, cooperación, información, asistencia, educación, patrocinio y consejo a los consumidores.