



PERSPECTIVA JUDICIAL DEL DERECHO DEL CONSUMO EN EL CONTEXTO DE PANDEMIA

DR. ARIEL ARIZA

VOCAL DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE ROSARIO - SALA I



Provisionalidad de los saberes

La posibilidad de contar con una perspectiva histórica sobre la dimensión y consecuencias que la pandemia COVID-19 traerá aparejadas para la humanidad, no parece factible aún. Sin embargo, es certero que la singularidad de su alcance global en todas las áreas de la sociedad no tiene antecedentes comparables en la historia. Para poder contrastar eventos históricos cuyas consecuencias planteen derivaciones equiparables a las actuales, suele recurrirse a las contingencias que tuvieron lugar durante las denominadas guerras mundiales del siglo veinte. Sin embargo, las diferencias con aquellos episodios de las conflagraciones mundiales son notorias, aunque puedan existir comparaciones posibles a la hora de cotejar en qué grado, determinados sucesos que están fuera del alcance de las voluntades individuales y colectivas, repercuten profundamente en la vida cotidiana, alte-

rando hábitos básicos y generando factores de ruptura en la previsibilidad de los acuerdos.

El desconcierto de los gobiernos a la hora de evaluar la propia efectividad y consistencia de sus políticas en materia sanitaria es acompañado por una correlativa desorientación de las corrientes de pensamiento y de los saberes para poder dar cuenta de la multiplicidad de fenómenos que acontecen en la sociedad en el tránsito de la pandemia. Podría decirse que los marcos conceptuales explicativos de cantidad de variantes de la vida en sociedad han retornado a un grado cero en el que sus fuerzas explicativas ceden paso a la provisionalidad de los saberes. No es un momento de racionalidades fuertes sino, antes bien, una época de ejercicios combinatorios en constante búsqueda por alcanzar ámbitos de racionalidad aceptables.

Constituiría un serio obstáculo para el cumplimiento de los roles judiciales no tener en cuenta en qué grado las prácticas jurídicas están también alcanzadas por este contexto. El Derecho como sistema de regulación de la vida pública y privada no puede dissociarse del profundo grado de modificaciones, rupturas y tensiones que ha generado, y sigue produciendo, la epidemia de COVID-19 en el mundo actual. Aun aquellos conflictos judiciales que aparecen como cotidianos o no susceptibles de ser considerados como un caso singular o difícil, se enmarcan y contextualizan en el interior de una dinámica social propia de la actual situación sanitaria y de pandemia. Ninguna controversia judicial se sustrae de los impactos que para el mundo jurídico tiene la crisis sanitaria, las medidas de prevención social que disponen los gobiernos, las modificaciones de los procesos y prácticas de las organizaciones públicas y privadas y, en fin, la crisis económica en desarrollo.¹

Abordajes pandémicos del Derecho

La reciente resistematización del Derecho Privado en la República Argen-

CITAS

¹ LOMBARDI, ELIDA S., «Las obligaciones, el coronavirus y las nuevas formas de solidaridad», *ADLA*2020-5, 42; *La Ley Online: AR/DOC/1147/2020*.

tina, que tuvo lugar con la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, ofrece alternativas particularmente aptas para encontrar soluciones y razonamientos adecuados al momento actual. No obstante, antes que la búsqueda de soluciones normativas, es imprescindible adoptar como punto de arranque de cualquier metodología judicial del momento el enfoque del impacto de la pandemia desde la estructura tridimensional del Derecho.

Si existe acuerdo en reconocer que ningún fenómeno de la historia reciente de la humanidad ha tenido el alcance social y global que genera la actual pandemia, es posible conceder también que el punto de partida para dar cuenta y observar los alcances concretos de las rupturas y desórdenes de esta época se encuentra en la dimensión sociológica del Derecho. Ella revela que las previsiones establecidas en acuerdos enfrentan dificultades e imposibilidades de cumplimiento generalizadas. También los pactos que se celebran en el propio contexto de la crisis sanitaria declarada están alcanzados por dosis inusuales de incertidumbre atento la sumatoria de circunstancias desfavorables a la libertad de decisión que suponen la dificultades de la economía y las limitaciones de circulación por el territorio, para concretar cumplimientos y desarrollo de actividades. El contexto social actual denota una fuerte restricción a la posibilidad de conducción individual de la vida privada a través de actos de autonomía privada. Igualmente, desde las esferas públicas de gobierno se intentan ordenar los repartos de conducta priorizando medidas de seguridad sanitaria que llevan a una administrativización o publicización de la vida económica y privada.

Otro de los rasgos sobresalientes de los tiempos de emergencia en general y, en especial, del contexto actual de crisis sanitaria, está dado por la primacía de los criterios axiológicos para la solución de conflictos. La emergencia sanitaria ha conllevado a la adopción de una serie de medidas que tienen por objetivo la preservación de la salud pública, a raíz de las cuales emergen a la escena del Derecho principios y valores orientado al bien común y a la preservación del interés colectivo. La etapa de pandemia del Derecho tendrá

como fisonomía propia la de una constante tensión entre exigencias axiológicas de bien común, solidaridad social y prevalencia del interés colectivo con los límites lógicos y necesarios que supone el resguardo de la personalidad y las libertades individuales.

Esta primacía de la dimensión valorativa del Derecho acarrea múltiples consecuencias a nivel de la dinámica jurídica. Simplemente enumeramos dos de estas derivaciones que merecen ser destacadas. Por un lado, la dimensión normativa del Derecho pasa a estar superada en sus posibilidades de captación de la realidad social, tornándose difusa la fuerza reguladora que en tiempos de normalidad le corresponde más claramente al sistema normativo². En las tareas de funcionamiento de las normas, las etapas de interpretación y aplicación del Derecho adquieren más amplitud y se desenvuelven con mayor receptividad a captar matices que resultarían insignificantes en tiempos de normalidad. También en la dimensión aplicativa del Derecho, la asignación de consecuencias que corresponde a un supuesto de hecho de las normas tiende a adquirir mayor expansión y posibilidad de modelación de las soluciones.

Como segunda nota a mencionar derivada de este declive de la función descriptiva de las normas ante la complejidad del fenómeno de la pandemia, se instala la significación que adquiere como factor de generación de previsibilidad la dimensión concreta de la solución de conflictos. Es en la solución de los conflictos individuales y de incidencia colectiva que llegan a los sistemas judiciales a buscar soluciones, que se irán definiendo las mejores alternativas para crear la regla del caso. El entramado de criterios de solución de controversias configura una carta de ruta orientadora de los posibles cursos de acción.

También en el orden de perspectivas que derivan de una mirada amplia del sistema jurídico, puede observarse que la epidemia COVID-19 ha generado una proliferación de criterios propios del Derecho Administrativo para la ordenación de la vida social y privada. Esta «administrativización» de la cotidianidad se caracteriza por la fluctuación y carácter cambiante de las

² Pueden establecerse paralelismos entre las repercusiones en la dimensión normativa de la situación de emergencia sanitaria actual con las que derivaron de la emergencia económica del año 2001. Sin embargo, pese a las coincidencias sobre el fenómeno de dispersión en la capacidad descriptiva del sistema normativo, entendemos que existen diferencias relevantes entre una situación y otra, ejemplificables por ejemplo en la profusión de normas de emergencia que tuvo aquella crisis a diferencia de la actual Ariza, Ariel «Emergencia y sistema de Derecho Privado», J.A. 2003-II, págs. 1255 y sgtes.

disposiciones que adoptan distintas autoridades de la estructura estatal, llegando a conformar conjuntos normativos contradictorios y detallados de la regulación de la vida en sociedad que configuran una etapa prácticamente inédita de las restricciones a las libertades de circulación y desarrollo de actividades por razones de tipo sanitario.

Notas sobre Derecho del Consumo en pandemia

El Derecho del Consumidor transita el escenario actual sometido a fuertes exigencias que realzan el ya clásico rol protectorio en las relaciones de consumo. Así como se constata una tendencia de las ramas del Derecho a perder transitoriamente los contornos que le dan autonomía para quedar absorbidas por las directivas de regulación administrativa de la crisis sanitaria, se impone potenciar la fuerza valorativa de cada una de las ramas para definir (redefinir) su ámbito de actuación y tutela en el contexto social de pandemia. Aunque estas fuerzas no discurren en sentido coincidente, el Derecho no debe ceder a la inercia de la administrativización del mundo jurídico, tanto porque las disposiciones y criterios no resultan suficientes para la especificidad de respuestas requeridos para los problemas del consumo, como así también porque los núcleos axiológicos de esta disciplina sectorial se tornan indispensables para las necesidades de consumidores y usuarios.

Los principios del Derecho del Consumidor asumen un rol preponderante en la situación de crisis vigente, ya sea en su rol integrador de soluciones jurídicas como en su función de orientación interpretativa del sistema. En primer lugar corresponde observar que la actuación y resignificación del principio protectorio (art. 42 c.N., Art. 1094 c.c. y c.) conduce a garantizar a los consumidores la protección de su salud en la relación de consumo. En consonancia con las condiciones de desenvolvimiento de la actividad económica y comercial bajo parámetros de seguridad sanitaria, tienen los consumidores el derecho al resguardo de su salud en cada situación de consumo. Tanto en el desenvolvimiento de una compra en un espacio comercial como así también en las difundidas adquisiciones de alimentos por delivery, deben

imperar garantías de resguardo de la salud. También en lo que respecta a los contratos que tienen por objeto la prestación de servicios de medicina o de prácticas profesionales médicas en sus distintas variantes, cabe observar una actuación acentuada del principio protectorio.

En otro orden, en las actuales condiciones de pandemia es imprescindible reparar en la faz psíquica y psicológica del concepto de salud que el principio protectorio orienta a garantizar. Dentro de las formas de ponderación de los costos que aquélla conlleva, no reviste menor jerarquía lo correspondiente a los costos anímicos, afectivos y espirituales que padecen las personas humanas. Sin la consideración de este aspecto, de tanta repercusión íntima, no se lograría una comprensión adecuada de aquello que al principio protectorio toca resguardar en las relaciones de consumo.

Asociado a lo expuesto anteriormente, es pertinente recordar la particular protección que el sistema de tutela del consumidor y del usuario confiere a la protección de la dignidad en la relación consumeril (art. 8 bis de la ley 24.240 y art. 1097 del c.c. y c.). Las relaciones de consumo se encuentran alcanzadas por los efectos de las medidas sanitarias adoptadas en el curso de la pandemia (aislamiento y distanciamiento) con lo cual la puesta en vigencia de protocolos preventivos de salubridad deben armonizar con el trato digno al consumidor, descartándose modos de implementación que puedan ser vejatorios o vergonzantes. Particular énfasis es necesario poner en cuanto al alcance del principio de no discriminación en esta etapa por razones de género. La situación de pandemia ha puesto al descubierto el desfavorecimiento que afecta al colectivo de mujeres en razón de una multiplicidad de circunstancias potenciadas por la crisis sanitaria (reparto desigual de tareas de cuidado, superposición de tiempos laborales y familiares, incremento de la violencia doméstica y familiar) con lo cual, en las relaciones de consumo los conflictos que puedan tener connotaciones de este tenor tienen que ser decididos otorgando primacía y efectividad a los principios de trato digno y no discriminación.

El principio de acceso al consumo sustentable consagra una directiva del sistema prevista en el artículo 1094 del Código Civil y Comercial que configura un aspecto medular del desenvolvimiento del Derecho del Consumidor en este período. La resolución de la Secretaría de Comercio Interior número 100/2020, que establece el sistema de información y controles de precios máximos, resulta ejemplificativa de la prioridad que en esta etapa cobra el mencionado principio de acceso al consumo. Igualmente, el Decreto 351/2020 del PEN dispone la coordinación de estructuras del Estado aplicadas al control de dichas disposiciones.

Incumplimientos y rupturas en los contratos de consumo

El fenómeno de la pandemia y de las medidas sanitarias derivadas de dicha situación, implicó una alteración profunda de las pautas de conducta y desenvolvimiento económico y social, cuya complejidad y vastedad de situaciones no resulta factible de describir exhaustivamente en una clasificación de posibles categorías de casos. Asimismo, la grave crisis económica que ya se encontraba en curso al mes de marzo de 2020 vino a verse superada por la agravación de las dificultades de desenvolvimiento de la actividad productiva generada por la crisis sanitaria, cuyos contornos recesivos no terminan aún de perfilarse.

En este escenario es dable suponer que las repercusiones en la posibilidad de cumplimiento de contratos de consumo inicialmente alcanzarán dos posibles ámbitos de contingencias. Por un lado estarán aquellos contratos y relaciones celebrados con anterioridad a la adopción de medidas sanitarias y que luego fueron afectados en su cumplimiento por las medidas de aislamiento y/o distanciamiento y las diversas limitaciones que derivaron de ellas. A tales situaciones, en primer lugar, corresponde aplicar los mecanismos de tutela del consumidor definidos en el artículo 10 bis de la ley 24.240. Esta disposición articula una cantidad de opciones como herramientas de

protección del crédito que define diversos caminos para recorrer frente al incumplimiento del proveedor. La propia norma deja a salvo el incumplimiento originado en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. Cabe reconocer que las medidas de aislamiento pudieron configurar limitaciones al cumplimiento susceptibles de ser consideradas como caso fortuito o fuerza mayor³.

En estos casos corresponderá al intérprete integrar el marco de alternativas específicas para la protección del consumidor con los institutos previstos por el Código Civil y Comercial como mecanismos de recomposición. Sobresalen en este punto las alternativas previstas para la frustración del fin del contrato (art. 1.090 del c.c. y c.) y extinción y revisión por imprevisión (art. 1.091 del c.c. y c.).⁴ Sin embargo, es posible que la aplicación de estos institutos pueda no resultar indicada debido a la no concurrencia de alguno de sus requisitos legales⁵. Entendemos que en materia de contratos de consumo debe otorgarse prevalencia al mecanismo de revisión y recomposición contractual sobre la base de una concepción amplia de la afectación del interés del acreedor y de alteración de circunstancias generadas por efecto de la pandemia.

Otro mecanismo de solución que deriva de la conexión con el ordenamiento del Código Civil y Comercial es la renegociación de los términos del acuerdo.⁶ Las alternativas de renegociación cobran significación en momentos en los cuales episodios de la dimensión actual alteran en forma general los programas de conducta.⁷ Sin embargo, desde el punto de vista de los contratos de consumo no puede perderse de vista que la situación de inferioridad comercial del consumidor al celebrarse el contrato de consumo está también presente a la hora de la renegociación, razón por la cual este instrumento que encuentra su plena justificación en el desenvolvimiento del principio de autonomía privada debe gozar en este campo de los resguardos que garanticen soluciones equilibradas. Es factible sostener, en cambio, la posibilidad de que por intermedio de las asociaciones de consumidores se gestionen recomposiciones colectivas a relaciones de consumo afectadas.⁸

⁴ APARICIO, JUAN MANUEL, «COVID-19 y contrato», EBOOK-TR 2020 (Andruet), 20/08/2020, 4; La Ley *Online*: AR/DOC/1899/2020.

⁵ Vuelve a aparecer en escena la recurrente tensión de la dogmática *ius privatista* cuando se interroga por los cauces y condiciones de la gestión del riesgo contractual ante el cambio de circunstancias. Las ventanas que el c.c. y c. deja disponibles a través de la frustración del fin, la revisión por imprevisión y la imposibilidad de cumplimiento se proyectan en su amplitud al campo de los contratos de consumo. En este ámbito, sin llegar a una regla de virtual cláusula *rebus sic stantibus*, debe propenderse a favorecer criterios de mantenimiento del intercambio equitativo por encima de la observancia de la regla aurea de respeto a lo originariamente estipulado. Para la evolución y desarrollo de la cláusula *rebus sic stantibus* en sus orígenes y pasaje a las codificaciones puede v. CHAMIE GANDUR, JOSÉ FÉLIX «La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos», Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, págs. 96 y sgtes.

⁶ QUAGLIA, MARCELO C., RASCHETTI, FRANCO, «Herramientas jurídicas para la pandemia y la pospandemia: la renegociación del contrato», LA LEY 06/07/2020, 8; cita *Online*: AR/DOC/1829/2020.

⁷ GALDÓS, JORGE M., «El deber legal de re-negociar y la prevención del daño negocial», LA LEY 10/08/2020, 1; cita *Online: AR/DOC/2567/2020*.

⁸ FALCO, GUILLERMO E., «Pandemia, contrato de larga duración y renegociación: la oralidad como herramienta de solución de conflictos colectivos. Breves reflexiones», RCCyC 2020 (agosto), 05/08/2020, 251; *La Ley Online: AR/DOC/2278/2020*.

Por otra parte, en cuanto a las relaciones de consumo celebradas ya en el contexto de crisis sanitaria, el ordenamiento debe resguardar el interés protectorio con aplicación de todos los mecanismos de tutela individual y colectiva a fin de evitar frustraciones en los intercambios de consumo. Por un lado es necesario observar la multiplicación de contratos celebrados en modalidad fuera de los establecimientos comerciales (art. 1.104 del c.c. y c.) y fundamentalmente a distancia (art. 1.105 del c.c. y c.). La gestión de soluciones a este tipo de conflictos encuentra un primer señalamiento en la solución de revocación prevista por el artículo 1.110 del ordenamiento civil y comercial, pero es necesario reconocer (especialmente en tiempo de pandemia) que la frustración a la expectativa del consumidor puede merecer una tutela más enérgica y efectiva por vía de la aplicación de los mecanismos de los artículos 10 bis, 11 y 17 de la ley 24.240, herramientas éstas que en sede judicial cobran particular relevancia en el contexto de limitación de la circulación.

También exhiben un potencial protectorio relevante, en las condiciones actuales, dos institutos que pueden servir para la adecuada concreción del principio protectorio. Por una parte, la suspensión del cumplimiento prevista por el artículo 1.031 del Código Civil y Comercial, que permite evitar soluciones extintivas en tanto y en cuanto el interés del consumidor en el cumplimiento se mantenga. Como derivación de lo anterior resulta destacable el mecanismo de tutela preventiva que confiere el artículo 1.032 de dicho ordenamiento a quien se encuentra expuesto a situación de grave amenaza de daño en sus derechos.

Rasgos y pautas de la actuación judicial en tiempos de emergencia sanitaria

Las transformaciones, resquebrajamientos y tensiones que afectan a la sociedad desde el mes marzo de 2020, con honda repercusión en la dinámica

del Derecho, no pueden encontrar a la estructura de los sistemas judiciales gestionando la conflictividad como si se tratara de una continuidad de la «vieja normalidad». Las exigencias axiológicas que el Derecho del Consumo irradia al resto del ordenamiento, imponen que se adopte una tesitura acorde con la sensibilidad y significación de los conflictos propios de esta área, a fin de poder garantizar una tutela judicial efectiva.

Sobresale en primer término, la observancia del principio de acceso a una justicia gratuita a los consumidores y usuarios. Ninguna de las garantías constitucionales previstas como marco de actuación del principio protectorio puede verse concretada con efectividad si no es correspectivamente garantizado el acceso a una tutela judicial efectiva. Desde luego, que la importancia de la justicia de proximidad consagrada en la Provincia de Santa Fe a través de la Justicia Comunitaria de Pequeñas Causas es sobresaliente en este punto. No obstante lo cual, asimismo el resto de las estructuras judiciales tienen también a su cargo la tarea de facilitar y garantizar el acceso a justicia de los consumidores y usuarios.

De las coordenadas referidas anteriormente sobre la incidencia de los principios del Derecho del Consumidor como modeladores de soluciones, se desprende que la clave axiológica de actuación marca un desplazamiento de los razonamientos aplicativos de normas a una jurisprudencia que elabore soluciones, conjugando y compatibilizando el alcance de principios. Podría señalarse también que, en tiempos de crisis sanitaria, el rol del operador del sistema tiende a hacer expansivo el alcance y vigencia de los principios de la tutela del consumidor y usuario, ampliando los marcos de la actuación del Derecho del Consumidor. Aquello que no es habitual que conforme un caso de Derecho del Consumo, puede ser relevante que en tiempo de crisis sanitaria merezca atención judicial prioritaria.

Otra nota de la praxis aplicativa judicial es que en la resolución de conflictos en este sector ha de otorgarse maximización a la búsqueda de criterios de

⁹ ROJAS, JORGE A., MORENO, ROMINA S., «El sistema de justicia frente a la pandemia», SJA 26/08/2020, 26/08/2020, 3; *La Ley Online: AR/DOC/2438/2020*.

equidad (arts. 42 c.n. y 1.098 c.c. y c.). Las soluciones de equidad amplían el poder de conocimiento de circunstancias de hecho que contribuyen a componer la solución más justa para el caso concreto. Los razonamientos de equidad en tiempos de emergencia constituyen una herramienta complementaria del sistema que permite que todo aquello excepcional, que no se encuentran descrito en las normas, sea modelado en una solución que satisfaga valores de equilibrio y razonabilidad.

Las capacidades de las estructuras judiciales para afrontar la crisis, que aún no termina de desenvolver sus consecuencias, son puestas a prueba.⁹ Es conveniente pensar en alternativas de capacitación y formación continua que asistan a quienes deben gestionar estos escenarios. El Derecho del Consumo, en constante desarrollo, tiene una nueva hora de verdad al momento de garantizar a la ciudadanía estándares mínimos de protección de la organización familiar y personal. ■