

## or - infracciones – enriquecimiento sin causa

### –daño puntivo

**Título:** El ilícito hormiga en las relaciones de consumo

**Autor:** Pérez, Álvaro A. - **Fecha:** 12-mar-2018

#### **Doctrina:**

Por Álvaro A. Pérez (\*)

La relación entre consumidor / usuario y los proveedores de bienes y servicios se encuentra marcada por una notoria asimetría estructural que se vislumbra con mayor nitidez en lo concerniente a los conocimientos del negocio jurídico celebrado, denotando en el consumidor un desconocimiento no solo de aspectos técnicos y jurídicos, sino además respecto de los derechos de que es titular y de los mecanismos administrativos y legales con los que cuenta para hacer valer sus derechos y paliar el plano de desigualdad.

En la sociedad de consumo actual, se pueden observar diferentes prácticas comerciales al margen de las normas protectorias de los consumidores y usuarios lesionando no solo intereses patrimoniales de estos últimos, sino trasvasando la dignidad del consumidor.

Lo que hoy en día más alarma en estas prácticas es la sofisticación con la que las empresas llevan a cabo estas maniobras ilegales inmiscuyéndose en la conciencia del consumidor como legales y comercialmente aceptadas, lo que inhibe el poder de actuación del sujeto débil en busca de una solución por considerarlas como razonables y legítimas, estas prácticas de las que hablo son las que podemos denominar «ilícito hormiga».

Estas prácticas merecen el mayor de los reproches legales por su meticulosidad, masividad e inadvertencia instaurando la sensación de impunidad de los proveedores que, a menudo, las realizan con el único afán de obtener mayores ganancias a costas del patrimonio del consumidor.

Este tipo de prácticas se caracterizan por desplegarse de manera silenciosa, sin consentimiento del consumidor y / o usuario, con disfraces jurídicos y de poca cuantía económica individualmente considerada, pero que, llevada a la masividad de operaciones realizadas, cobran mayor envergadura y permiten dimensionar el perjuicio colectivo sufrido por una amplia masa de consumidores.

Entre estas prácticas más habituales, podemos destacar la adhesión a un seguro no solicitado, la suscripción mensual a revistas debitándose de manera continuada en los resúmenes de cuenta, el cobro de intereses por mora en uno o dos puntos por encima delo pactado, el cobro por gestión de cobro extrajudicial por parte de entidades financieras tendientes al recupero de la deuda, cobro de penalidad por baja de un servicio, etcétera.

Estas prácticas mencionadas, y muchas otras, tienen en común la forma en que se llevan a cabo con la finalidad de pasar inadvertidas y con ropaje de legales, aprovechándose de la inexperiencia y desconocimiento del sujeto débil de la relación de consumo para instaurarse como una práctica comercialmente aceptable y así limitando las denuncias administrativas como judiciales.

Como punto de partida, podemos advertir que una de las características principales de estos «ilícitos hormigas» es la escasa cuantía del bien o servicio.

Esta característica del precio bajo tiene como finalidad dos cuestiones: la primera es tratar de pasar inadvertidas por el consumidor, máxime si se tiene en cuenta que por lo general se debitan de sistemas automáticos, como son las tarjetas de crédito, tarjetas de debito, cuentas sueldo, caja de ahorro, haberes jubilatorios, etcétera. Al representar un monto insignificante entre los consumos y descuentos habituales que posee el consumidor existen altas probabilidades de convertirse en consumos «invisibles» ante el ojo del consumidor afectado.

Y en segundo lugar, esta característica del «precio bajo» tiene una finalidad mucho más profunda y compleja que es instaurar el sentido de insignificancia en el reclamo administrativo o judicial. Así ante la advertencia del consumidor del cobro de un producto o servicio no solicitado, este preferirá reclamar ante el proveedor manifestándose por la negativa a la adhesión de ese servicio o envío de producto no solicitado conformándose con la interrupción de dicha práctica sin reclamar los conceptos debitados con más los intereses y los daños y perjuicios ocasionados, mucho menos reclamar la imposición de la multa prevista en el art.52 bis (1) de la LDC.

Esta última finalidad pretendida por las empresas se cumple ante la adhesión a un servicio o envío de un producto de bajo costo, ya que el consumidor ponderará el costo económico y el tiempo para desplegar que le reporta realizar una reclamación administrativa o judicial a la que se le suma el desconocimiento de las ventajas procesales con las que cuenta a la hora de instaurar una demanda por acción de consumo en los términos de la Ley 24.240; como por ejemplo, el beneficio de gratuidad, el proceso más abreviado en la jurisdicción local, la llamada «inversión de la carga probatoria» -o mejor dicho, deber de colaboración del consumidor-, la facultad de otorgar autorización a su abogado para representarlo en juicio sin costo alguno, entre otros.

Esta forma de actuar se ve posibilitada por el conocimiento de los proveedores de bienes y servicios del desconocimiento por parte del consumidor de sus derechos, sacando el máximo provecho posible a la falta de educación en cuestiones de consumo. Y el éxito obtenido por las empresas radica justamente en la falta de reclamaciones individuales que permitan demostrar que no se trata de un caso aislado, sino de una conducta típica y en masa que reporta grandes beneficios económicos a quienes la realizan.

La segunda característica que podemos mencionar es el mecanismo de cobro de dichos servicios o productos no solicitados. Generalmente se realizan a través de la tarjeta de crédito de la que es titular o adherente el consumidor, lo que reporta ventajas para el proveedor, ya que habitualmente en aquellos sistemas de pago globales pocas veces el titular de la tarjeta de crédito se detiene a revisar concepto por concepto allí cobrado y decide pagarlo sin impugnar el resumen en cuestión. Muchas veces, el titular de la tarjeta abona en canales de pago alternativo solo dando su número de documento o número de tarjeta de crédito sin sopesar más que en el monto total de consumos.

Este mecanismo de cobro, sumado al precio bajo en concepto de tales servicios, acrecienta la

efectividad de dichas prácticas.

Claro que este no es el único mecanismo de cobro utilizado, se pueden mencionar, entre otros, el débito de tales conceptos en caja de ahorros, haberes jubilatorios, cuenta sueldos, etc., pero siempre respondiendo a una clara finalidad, pasar desapercibidos ante el ojo inexperto del consumidor.

Ahora bien, como se podrá haber apreciado, estas prácticas tienen además la característica de no haber sido solicitadas por el consumidor. Si bien parece obvio, ya que de haber sido solicitada, no se estaría ante un ilícito, merece destacarse lo expresamente normado por el art. 35 de la Ley 24.240, que prescribe lo siguiente: «Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice».

Resulta interesante destacar esta cuestión, ya que la finalidad de las empresas que cometen este tipo de ilícitos es tratar de figurar una suerte de aceptación tácita por parte del consumidor al no haberse negado a dicho cobro en un plazo prudencial, como sucede, por ejemplo, en el caso de los débitos automáticos en tarjetas de crédito habiendo el consumidor abonado y no impugnado el resumen de cuenta dentro de los 30 días corridos conforme lo normado por la Ley 25.065.

Con esto se evita justamente cualquier tipo de actitud defensiva del proveedor de pretender tergiversar el silencio del consumidor y / o usuario otorgándole una finalidad diferente a la querida por el legislador y receptada legalmente. No se compadece con el sistema protectorio del consumidor que sea el consumidor afectado quien se emita por la negativa ante la imposición de un servicio o bien no solicitado que se debite de manera automática ya que no

resulta armónico con el régimen de la oferta y aceptación, y por sobre todo, se aniquila cualquier pretensa intención de interpretar la conducta de reclamo del consumidor en una aceptación tácita, debiendo ser el proveedor quien pruebe la aceptación expresa del consumidor.

Pero no resulta caprichosa esta metodología adoptada, ya que es la que mejor resultados brinda al proveedor, disminuyendo los reclamos, pasando inadvertido y creando una falsa conciencia de aceptación tácita por no haber reclamado a tiempo.

Todo esto es posible debido a la característica propia de cada sujeto de la relación de consumo. Por un lado, tenemos a un proveedor cuya nota típica es la profesionalidad, a decir de Farina «e xiste profesionalidad cuando se ejerce una actividad con relevante capacidad y aplicación para lograr óptimos resultados», característica sostenida, además, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Córdoba de 2009 en el cual se arribó a la conclusión de que a los fines de establecer la noción de proveedor resultara determinante su carácter profesional (2).

Esta nota típica del proveedor se traduce en un mayor conocimiento de los aspectos jurídicos y técnicos de su actividad desarrollada quien, en contraposición con el consumidor, ocupa un podio de privilegio ya que utiliza a su favor aspectos poco conocidos por el otro sujeto del polo contractual.

Por su parte, y sin necesidad de mayor abundamiento, el consumidor es inexperto ante los diversos negocios jurídicos que celebra desconociendo mayormente sus derechos. Máxime si se tiene en cuenta que es siempre el proveedor de bienes y servicios quien cuenta con la información que decide otorgar al consumidor, retaceando u ocultándola a expensas de este para lograr su cometido de contratación, y, en el caso de estos ilícitos hormigas, con el objeto de lograr la sensación de licitud en sus prácticas.



Ahora bien, puesto sobre tinta las características típicas de este tipo de prácticas reprochables, cabe destacar que la finalidad pretendida es instaurar el sentido de licitud en dichas prácticas con el objeto de evitar ulteriores denuncias administrativas o judiciales. Y en caso de no lograr crear esa sensación en determinados consumidores su «plan B» radica en desalentar dichas denuncias aprovechándose de los escasos conocimientos del consumidor en materia de litigios haciendo creer lo insignificante y reprochable que sería poner en marcha el aparato jurisdiccional por un «escaso monto de dinero».

Entonces, la pregunta que aquí surge es la siguiente: ¿Cómo desalentar dichas prácticas abusivas? La respuesta es sencilla. El sistema argentino de protección de los consumidores cuenta con un instituto pocas veces aprovechado, y que siendo aprovechado resulta mal aplicado, esto es: el daño punitivo.

Mayormente los jueces a la hora de valorar la cuantía del daño punitivo, cuyo monto queda estrictamente librado a su sana crítica, tienen en cuenta ciertos parámetros, como son los siguientes: a. la envergadura de la institución; b. la cuantía del daño ocasionado; c. la reincidencia; d. la posición que ocupa en el mercado, entre otras.

Y es justamente en la cuantía del daño ocasionado donde la labor judicial falla, ya que solo tiene en cuenta el perjuicio patrimonial individual sin percatarse del daño colectivo que ello genera por no haber sido probado por el consumidor.

Debemos destacar que resulta una prueba diabólica pretender demostrar cada una de las adhesiones a un servicio o envío de producto por parte del proveedor y resaltar la falta de consentimiento expreso de dichos consumidores ajenos al pleito, pero ello no releva al magistrado de aplicar ciertas presunciones hominis (3) cuando así pueda resultar del caso



concreto.

Sostengo que este tipo de prácticas merece el mayor de los reproches ya que no es lo mismo una práctica ilícita cuyas características no pasa desapercibida por su forma de constitución o cuantía económica, ya que debe ponderarse la actitud del infractor, quien pretendió burlar al consumidor con el carácter de licitud de dicha práctica y aprovechándose de su inexperiencia para pasar como inadvertida.

Desde una perspectiva más profunda, la labor de las asociaciones de consumidores, tanto locales como nacionales, cumplen un rol preponderante en la defensa de los intereses colectivos de los consumidores, debiendo estar más atentos ante estas prácticas a los fines de instar los procesos colectivos pertinentes y beneficiar a toda la masa de consumidores afectados sin necesidad de esperar acciones individuales.

-----

(1) Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicarle una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b. de esta ley.

(2) Cita del Estatuto de Derecho del Consumidor comentado, por Demetrio Alejandro Chamatropulos, t. 1.

(3) «La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos». Por Devis Echandía.

(\*) Abogado, Universidad Nacional de Tucumán. Carrera de notariado (en curso), Universidad Nacional de Tucumán. Magister en Economía y Derecho del Consumidor, Universidad de Castilla, La Mancha, Facultad de Albacete. Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales Internacionales, Universidad de Tres de Febrero, Buenos Aires.

**Voces:** RELACIÓN DE CONSUMO - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - INFRACCIONES A LA LEY DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR - ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA - DAÑO PUNITIVO

**Fuente:** [Microjuris.com](http://Microjuris.com)