

*Instituto Región Cuyo
Academia Nacional de Derecho y C. S. de Córdoba*

Tutela jurídica de los consumidores



Departamento de Ediciones - Departamento de Publicaciones
Facultad de Ciencias Sociales - Universidad Nacional de San Juan

**Instituto Región Cuyo Academia Nacional
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**

Tutela jurídica de los consumidores

Pascual Eduardo Alferillo

Ariel G. Parellada

Carlos A. Parellada

Alejandro Pérez Hualde

Elena de la Torre de Yanzón

Carlos H. Plana

Silvina Furlotti

Horacio Gianella

Roberto M. Pagés Lloveras

Alferillo, Pascual Eduardo y otros
Tutela jurídica de los consumidores. - 1a ed. - San Juan : el autor, 2010.
250 p. ; 21x14 cm.

ISBN 978-987-05-9747-6

1. Defensa del Consumidor. 2. Legislación. I. Título
CDD 342.085

Fecha de catalogación: 08/11/2010

Primera edición: octubre de 2010
Diseño de tapa y diagramación interior: Aníbal Brusotti

Es una publicación de los Departamentos de Ediciones y Publicaciones de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan. Todos los derechos reservados. Prohibida su reproducción total o parcial. Registro de la propiedad intelectual, en trámite. Impreso en octubre de 2010 en los talleres propios. Ignacio de la Roza y Meglioli - Rivadavia - San Juan - República Argentina.
Impreso en Argentina - Printed in Argentina.

**Autoridades Facultad de Ciencias Sociales
de la Universidad Nacional de San Juan**

Decano: Mg. Lic. Ricardo M. Coca

Vicedecano: Lic. Raúl Sohar García

Secretaria Académica: Mg. Lic Juana Mabel Raiano

Secretaria Administrativo-Financiera: CPN María del Carmen Zorrilla

Secretario de Extensión Universitaria: Esp. Mónica Coca

Secretario de Investigación y Creación: Mg. Lic. Eduardo Vargas André

Secretario de Asuntos Estudiantiles: Mg. Lic. Miguel Cortéz

Secretario Técnico: Lic. Nelson Alberto Avendaño

**Autoridades Academia Nacional
de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**

Mesa Directiva (2010 - 2013)

Presidente: Dr. Juan Carlos Palmero

Vicepresidente: Dr. Julio Altamira Gigena

Secretario: Dr. Jorge de la Rúa

Tesorero: Dr. Armando S. Andruet

Director de Publicaciones: Dr. Luis Moisset de Espanés

Revisor de cuentas: Dr. Héctor Belisario Villegas

Instituto Región Cuyo

Director

Dr. Pascual E. Alferillo

Sub Director

Aldo Guarino Arias

Sede Mendoza

Secretaria

Silvina del Carmen Furlotti Moretti

Sede San Rafael

Secretaria

Liliana Gaitan

Sede San Juan

Secretario

Dr. Alberto Sánchez

Índice

Palabras preliminares	7
Estado, economía, legalidad y consumo	9
Dr. Pascual Eduardo Alferillo	
Si todos somos consumidores, ¿Quién es el consumidor?	29
Abogados Ariel G. Parellada y Carlos A. Parellada.	
La diferencia entre el régimen del usuario del servicio público y el del consumidor	49
Dr. Alejandro Pérez Hualde	
El derecho a la información: Consecuencias de su inobservancia. Casuística de San Juan	59
Abogada Elena de la Torre de Yanzón	
Los factores de atribución de responsabilidad por daños y la ley de defensa del consumidor	81
Abogado Carlos H. Plana	
Los daños punitivos en el Derecho de consumo	135
Abogada Silvina Furlotti	
Cláusulas abusivas, nulidad e integración del contrato de consumo	145
Dr. Pascual Eduardo Alferillo	
Acciones colectivas	163
Abogado Horacio Gianella	
La tutela procesal diferenciada en los Derechos de los consumidores y usuarios	175
Abogado Roberto M. Pagés Lloveras	
Apéndice jurisprudencial	
La defensa de los consumidores en la doctrina judicial de San Juan	197
Colectación Dr. Pascual Eduardo Alferillo	
Apéndice legislativo	249

PALABRAS PRELIMINARES

La Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan y el Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba coincidieron en el propósito de fomentar y difundir el conocimiento de las Ciencias Jurídicas y Sociales.

A partir de ésta coincidencia institucional se estimó conveniente realizar un esfuerzo conjunto para generar un espacio de análisis y discusión sobre problemáticas relacionada con las distintas instituciones del Derecho, particularmente en su articulación con el resto de las Ciencias Sociales.

Abordar el tema de la Ley de Defensa de los Derechos de los Consumidores fue el disparador de la primera realización conjunta que se concretó en las Jornadas científicas desarrolladas en fecha 15/16 de octubre de 2009 en el salón “Domingo Faustino Sarmiento” del Foro de Abogados de San Juan.

Allí se examinó la evolución operada por la Ley 24.240 en sus primeros quince años de vigencia, particularmente los efectos sobre la sociedad y su economía que ha producido la reciente modificación introducida por la Ley N° 26.361.

El encuentro contó con la participación activa de Académicos Correspondientes de las provincia de San Juan y Mendoza, de Miembros del Instituto Región Cuyo y de notables profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y de la FACSΟ de la Universidad Nacional de San Juan.

El elevado nivel de las exposiciones y la ineludible idea común de entender que el pensamiento científico debe, en definitiva, servir al mejoramiento de la calidad de vida en nuestra sociedad, se coincidió en la necesidad de difundir el contenido de las mismas de un modo que se constituya en una herramienta de consulta permanente. Así nació este libro que edita la FACSΟ.

Para su concreción se requirió la colaboración de los distintos expositores que generosa y desinteresadamente concretaron por escrito el tema abordado.

En la profundización de la idea de practicidad del libro para su consulta, se agregó un apéndice con la doctrina judicial emitida por los tribunales de San Juan. A la par, se añade un apéndice legislativo donde se enumeran las distintas leyes dictadas en la provincia.

El esfuerzo realizado que se pone a consideración de los lectores, marca el inicio de un nuevo camino de sinergia institucional, pues, nuevamente, se coincide en la necesidad de continuar trabajando en realizaciones conjuntas, para aportar a la larga tarea de propender al perfeccionamiento del hombre.

Magister Ricardo Coca
Decano FACS
Universidad Nacional de San Juan

Dr. Pascual Eduardo Alferillo
Director Instituto Región Cuyo
Academia Nacional de Derecho y C.S. de Córdoba

ESTADO, ECONOMIA, LEGALIDAD Y CONSUMO

Dr. Pascual Eduardo Alferillo

1. Introducción.

Para dimensionar con exactitud la importancia de una determinada norma calificada como paradigmática por su contenido, es ineludible recorrer algunos tramos de la historia del derecho, aún cuando fuere brevemente, para ubicarla en el contexto económico y social del cual emergió y, así poder apreciar, cual fue la finalidad que la inspiró.

En esta dirección, resalta por su interés para ese breve ensayo, examinar como empleó, el Estado de Derecho (liberal, social o post moderno) que emergió a posteriori de la Revolución francesa, a la norma jurídica para hacer efectivos sus propósitos económicos y sociales.

De igual modo, se debe examinar, por ser una consecuencia inevitable, cual es el comportamiento debido por la jurisdicción como integrante del esquema del Poder en la aplicación de la ley. Especialmente cual es el modo o la autorización que tiene dada por la propia legalidad respecto de cómo debe ser la hermenéutica cada vez que tenga necesidad de aplicarla.

El diagrama secuencial es: “Estado - Economía – Derecho– Jurisdicción– Interpretación”. Con ello procuraremos conocer el contexto económico y social que fue la causa generadora que dio pie al dictado de la Ley de Defensa de los Consumidor. A partir de ello y de las previsiones contenidas en su texto, se debe revisar cual debe ser la aptitud de la magistratura en la aplicación de la norma.

Para formar una idea mínima del diagrama en los distintos tiempos formularemos un breve repaso que permitirá com-

prender en su real dimensión la *ratio legis* de la norma bajo estudio.

Finalmente, corresponde precisar que las transformaciones económicas y sociales en nuestro país se presentan con retraso temporal respecto de los países donde se originaron, especialmente, la industrialización en sus distintas facetas.

Además, se deberá tener presente que los cambios se producen paulatinamente dándose la posibilidad que en un mismo tiempo histórico coexistan distintos regímenes económicos, sociales y políticos que los estudiosos, en función de las particularidades de cada una, clasifican bajo una denominación diferente.

En este ensayo adoptamos como base de la exposición, la clasificación dada al Estado de Derecho en función de su intervención en la económica y en la vida social. Ello, permitirá analizar el comportamiento del Derecho en la consecución de los fines del Estado y, como consecuencia, cual era el rol de la jurisdicción en cada ciclo.

2. La economía, la ley y el juez en el Estado Liberal de Derecho.

La primera gran etapa económica se caracteriza por la rudimentaria producción agrícola ganadera, que algunos autores ponen como hito de importancia en su desarrollo a la creación del arado y otros, la invención de los molinos movidos por agua que comenzaron a elaborar, por primera vez, productos a escala. Respecto de éste último instrumento de producción, Koengsberger recuerda que “la gran expansión agrícola de los siglos XI y XII no habría sido posible con los útiles y aperos de la era carolingia. El cambio más importante fue la mayor difusión de los metales. El hierro se extraía en muchas partes de Europa y se vendía a las zonas que no lo poseían. La demanda procedía, en primer lugar, de los guerreros para sus espadas, yelmos y costas de malla. Pero los forjadores de espadas podían hacer también hoces y guadañas, hachas y sierras, martillos y clavos. Con esos útiles ya se podían construir molinos de agua. Los molinos eran un invento antiguo, del siglo I a C...No

obstante, en el siglo XI, al ser más accesible los útiles de metal, se extendieron rápidamente...”¹

Esta situación de la antigüedad, le permitió recordar a Ferrer que “el progreso técnico fue muy lento hasta el siglo XV e, incluso, en los tres siglos del Primer Orden Económico Mundial. Esto se refleja en el pausado aumento del producto por el hombre ocupado. Entre los años 1500 y 1800 el crecimiento de la productividad en las actividades primaria y artesano-manufacturera no excedió el 0,2% anual.

El modesto impacto del cambio técnico se refiere a la producción de bienes en la actividad rural y en las ciudades. En cambio, el progreso técnico tuvo consecuencias revolucionarias en dos campos principales: la navegación y la guerra. Hasta mediados del siglo XV, la tecnología naval disponible limitaba la autonomía de los navíos. Paulatinamente se fueron registrando avances importantes en cuatro campos principales: los instrumentos para la estima de la posición (el astrolabio, la brújula, el compás y el cuadrante náutico), el timón de popa, los velámenes y la ingeniería naval que permitió aumentar el tonelaje y mejorar la operabilidad de las naves. En todos estos terrenos los portugueses cumplieron una función pionera...²

Este autor, completa la caracterización de la etapa final de

-
- 1 Koengsberger, H.G., “Historia de Europa. La Edad Media 400-1500”, traducido por Carmen Clavijo, título original “Medieval Europe 400-1500 (A History Of Europe)”, (Editorial Crítica – Barcelona – España – 1991) Pág. 124; Alferillo, Pascual E., “El contrato de elaboración por el sistema de maquila. Vinos – Caña de Azúcar”, (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1994), pág. 22; Anderson, Perry, “Transiciones de la antigüedad al feudalismo”, (Ed. Siglo Veintiuno Editores, México, 1990), pág. 187; Pirenne, Henri, “Historia económica y social de la Edad Media”, (Fondo de la Cultura Económica, Clásicos de Economía, México, 1989), pág. 55; Vicens Vives, J. “Historia social y económica de España y América”, volumen I (Ed. Vicens – Bolsillo, Barcelona, España, 1982), pág. 343; De Vadeavellano, Luis. G., “Historia de España – De los orígenes a la Baja Edad Media”, Tº 2 (Alianza Editorial, Madrid, España, 1980), pág. 54, Alferillo, Pascual Eduardo, “Reflexiones sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio - económicos”, publicado en página Web de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/reflexiones-sobre.../file, entre otros.
 - 2 Ferrer, Aldo, “Historia de la globalización – Orígenes del orden económico mundial”, (Fondo de la Cultura Económica / Serie de Economía, Buenos Aires, primera edición 1996), pág. 72.

este periodo marcando que “entre los siglos XVI y XVIII la ciencia registró un extraordinario avance. En el transcurso de las tres centurias del Primer Orden Mundial se sentaron las fundaciones del método científico moderno y de las principales ramas del conocimiento: matemática, cálculo, astronomía, óptica, física, magnetismo, electricidad y medicina. Recién en el siglo XX, con los avances en la física nuclear y en la biología, emergen contribuciones de trascendencia comparable...³”.

Como se colige las transformaciones económicas fueron de escasa trascendencia y es en ese contexto que se produce la revolución francesa que es el hito que modificó radicalmente la situación política de todo el mundo occidental.

A partir de ella, comienza a conformarse lo que finalmente conocemos como Estado de Derecho, el cual es sus notas fundamentales, reconocía el imperio de la ley como expresión de la voluntad general, la división de los poderes (legislativo, ejecutivo y judicial), la legalidad de la Administración la cual debía someter su actuación a la ley y al control judicial. De igual modo, este modelo de Estado, puso énfasis en la consagración de los derechos y libertades fundamentales. Todo va de suyo, dentro de un ámbito territorial soberano.

En esta primera etapa, cabe destacar, se elevó a dogma el imperio de la ley (*dura lex, sed lex*), lo cual indudablemente tuvo su influencia en el perfil o función que se entendía en la época, le cabía cumplir a la jurisdicción.

Sobre el tema, y sin pretender profundizar, resulta oportuno recordar en la palabra de Carré de Malberg, el cual señalaba que “según una opinión muy difundida en la literatura jurídica francesa, la función jurisdiccional no tiene más objeto que el de aplicar a los casos concretos sometidos a los tribunales las reglas abstractas formuladas por las leyes. Si esta opinión tiene fundamento, hay que deducir lógicamente de ello que la jurisdicción, en definitiva, no es sino una operación de ejecución de leyes, o sea una actividad de naturaleza ejecutiva. Por lo tanto, la función jurisdiccional no puede considerarse como un tercer poder principal del Estado, como una potestad igual a las otras

3 Ferrer, Aldo, ob. cit., pág. 97.

dos e irreductiblemente distinta de ellas, sino que constituye simplemente una manifestación y una dependencia del poder ejecutivo, el que comprende así dos ramos particulares: la administración y la justicia. Las funciones estatales se encuentran reducidas con esto, esencialmente, a dos poderes primordiales⁴

Esta descripción marca la importancia superlativa que se le concedía a la ley al punto de entender que en ella estaban contenidas (particularmente en los códigos) todas las soluciones de los conflictos que se podían presentar a resolución de los tribunales, por cuanto el sistema jurídico era calificado como autosuficiente, cerrado y completo sin vacíos normativos.

En la teoría económica, la línea de pensamiento que se forjó fue una reacción lógica contra la vigencia del sistema feudal y del absolutismo. En ese sentido, la etapa posterior a la Revolución francesa, se caracterizó por la cerrada defensa de la libertad que en lo económico tiene su punto de referencia en las ideas de Adan Smith, para quién la existencia de un mercado libre, la protección de la propiedad privada y una presencia del Estado subsidiaria era el camino apropiado para generar la prosperidad de las naciones.⁵

Por cierto que para consagrar este criterio, la ley debía ser aséptica, no debía tener la intención de intervenir en el devenir social ni en la economía sino que debía dejar librada su evolución a sus propias reglas.

Para ello, se consagró, casi como un dogma, la autonomía de la voluntad declarando, por ejemplo en el art. 1197 Código Civil argentino que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

A partir de este contexto, la labor hermenéutica del juez quedaba restringida a una mera aplicación de las leyes, es decir

4 Carré de Malberg, R, "Teoría General del Estado", traducción de José Lión Depetre, Facultad de Derecho –UNAM – Fondo de la Cultura Económica – México - 1998 - Primera Edición en francés 1922), pág. 628.

5 Adam Smith, "Una Investigación sobre la Naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones", publicado en 1776; Randall G. Holcombe, "Libertad económica y crecimiento económico", 1/2/1998, <http://www.elindependent.org/articulos/article.asp?id=310>.

subsumiendo los hechos en los términos fijados por la norma. Este sistema fue conocido como la “Escuela de la exegesis” que centraba en la norma su objeto de estudio.

La tarea de los magistrados se focalizaba en el análisis de los textos mediante una investigación metódica que principia-
ba con el examen gramatical e individual de la norma. En su defecto, debía recurrirse a la vinculación lógica de esta con sus derivadas. Y finalmente, entendiendo que cada norma aislada forma parte de un plexo normativo, debía hacerse el análisis sistemático.

En otras palabras, el legislador era el exclusivo creador del derecho, razón por la cual únicamente conociendo su voluntad e intención al sancionar la ley era factible interpretar el sentido de la misma. Si el intérprete hiciera algo distinto “usurparía las atribuciones del Poder Legislativo que han sido reservadas a éste por la Nación”.

Una demostración de los lineamientos de la escuela exe-
gética se puede verificar en el contenido de los arts. 15 y 16 del Código Civil argentino. El primero no acepta que un juez pueda dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes simplemente porque no se concebía esa posibilidad. Y en función de ello, en la norma siguiente fija la metodología a seguir para resolver las cuestiones civiles, estableciendo que si no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.⁶

En síntesis, en esta primera etapa de la evolución del Estado de Derecho se puso énfasis en el racionalismo formal, en el gobierno de las leyes, razón por la cual la magistratura debía limitarse, simplemente, a concretar la voluntad del legislador transcrita en la norma sancionada. En lo económico, se consolida el principio de la autonomía de la voluntad, la idea de respecto irrestricto de la libertad de comercio y de la protección

6 Fuego Laneri, Fernando, “Interpretación y juez” (Universidad de Chile-Santiago – 1976), pág. 53.

propiedad. Por lo cual la ley actuaba bajo la directriz de “*laissez faire laissez passer*”, en otras palabras no tenía compromiso social alguno, ni trataba de morigerar desigualdades.

3. La economía, la ley y el juez en el Estado Social de Derecho.

Esta segunda gran etapa de la evolución de la humanidad, algunos prefieren englobarla en una sola (“La segunda ola” de Toffler), pero nosotros preferimos diferenciar, con óptica jurídica, tres periodos. En el primero, se vislumbra que los nuevos paradigmas del incipiente progreso tecnológico comienzan a preparar el terreno de las asimetrías sociales y económicas que se profundizan en la segunda revolución industrial.

El tercer lugar, porque entendemos que aún no ha logrado consolidarse un Estado de Derecho post moderno, ubicamos, como una etapa de transición o en crisis, a la situación económica y legal que se configura con la denominada sociedad del conocimiento.

3.1. Primera etapa del proceso de industrialización.

En la primera etapa de los cambios en los métodos mecánicos de producción, Rifkin estima que concluye en el año 1860 describiendo que “el vapor se empleó para abrir minas de metales, producir textiles, y fabricar un amplio abanico de productos que, en épocas anteriores, habían sido fabricados a mano. Los buques de vapor sustituyeron a los viejos veleros, la locomotora ocupó el lugar de los vagones tirados por caballos; así se mejoró ampliamente el proceso de transporte y el movimiento de materias primas y de productos terminados. El motor a vapor se convirtió en un nuevo tipo de esclavo de trabajo, una máquina cuya potencia física excedía con mucho la fuerza conjunta de animales y seres humanos...⁷”.⁸

7 Rifkin, Jeremy, “El fin del Trabajo – Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era”, (Paidós – Estado y Sociedad, Buenos Aires, 1996 – 1ra edición), pág. 85/86.

8 Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., ob. cit., citan a Gama-

Este período de la industrialización incipiente se desenvuelve, en los países más desarrollados, durante el siglo XIX que es el siglo posterior a la Revolución Francesa en el cual se comienzan a consolidar las estructuras territoriales y políticas de los Estado – Nación, cuyas economías estaban inspirados fundamentalmente en la defensa de la libertad, sin preocuparse por las desigualdades sociales que comenzaban a vislumbrarse.

Las primeras reacciones sociales contra este sistema las podemos asociar a las protestas obreras producidas en los Estados Unidos que culminaron con el reconocimiento de las 8 horas de trabajos⁹. Va de suyo, que en otros países, entre ellos los europeos, de igual modo comenzaba a generarse la lucha por el reconocimiento de los derechos de los obreros.

En nuestro país, es la inmigración europea la que trae consigo toda la problemática reivindicativa, reconociéndose que a finales del siglo XIX comienzan a gestarse las primeras organizaciones obreras bajo la ideología socialista o anarquista.

Con relación al punto de la participación del Estado en la remediación de las asimetrías resulta oportuno transcribir la investigación histórica de Lavaggi quién recuerda la palabra de Jean Baptiste Henri Lacordaire, (1802-1861) cuando preconizaba que “entre el pobre y el rico, entre el débil y el fuerte, es la libertad la que oprime y es la ley la que libera”. Como se colige

rra, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo”, (Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 1991), pág. 8. Estos autores con óptica jurídica señalan que “la primera revolución industrial muestra como mecanismos salientes, a la lanzadera de las máquinas textiles, a la caldera de vapor y a la locomotora; sobre estas maquinarias se edificó un formidable desarrollo industrial y capitalista. Pero aún cuando ellas provocaron mucho más daño que los medios de producción y transporte utilizados con anterioridad, su siniestralidad era insignificante comparada con la producida por los medios de producción y transporte que las sustituirían a ellas un centenar de años después: la electricidad, la energía nuclear, los automotores a combustión interna, los telares eléctricos, etc.”

- 9 En 1886, el presidente Andrew Johnson promulgó la denominada Ley Ingersoll, donde se establecía la jornada de trabajo de ocho horas. La misma, no fue cumplida por la mayoría de las patronales lo cual generó la convocatoria a huelga para reclamar por su vigencia, particularmente, en Chicago cuya protesta se recuerda como la “Revolución de Haymarket” que terminó con la ejecución de sus líderes. Estos hechos inspiraron al Congreso de París de la Segunda Internacional (1889) donde se acordó celebrar el “Día del Trabajador” el 1º de mayo de cada año.

este sacerdote ya ponía en crisis a la libertad como valor supremo para la concreción de la justicia social. Es por ello, que preclaros pensadores, como José Ingeniero, de igual modo citado, observaban que “ese fenómeno implica transformaciones jurídicas paralelas a él, pues toda nueva condición de hecho tiende a crear su correspondiente condición de Derecho. Así ha surgido la necesidad de legislar acerca de las relaciones entre el capital y el trabajo, instituyendo derechos y deberes recíprocos, mitigando asperezas, restringiendo los excesos abusivos”¹⁰.

Como se colige, estos autores, entre muchos otros que sostenían estas ideas, reclaman la participación activa del Estado, su intervencionismo para morigerar las diferencias e injusticias sociales que se generan con la industrialización de la economía. A mayor injusticia mayor intromisión del Estado para moderar las diferencias sociales.

En este marco temporal, económico e ideológico, es el derecho laboral el que marca la vanguardia del nuevo criterio, no solo separándose del Derecho Civil y adquiriendo autonomía científica sino marcando como sus propios principios rectores, a la protección de la persona del trabajador y, con ello, la aplicación de la condición más favorable para el obrero que llevó ineludiblemente a marcar como regla interpretativa el *in dubio pro operario* y el de la primacía de la realidad por encima de los aspectos formales.

Estas pautas de la ley dada por el Estado para regular la relación patronos – trabajadores, sin duda, van pergeñando un nuevo perfil de jurisdicción acorde con sus propósitos legales.

Si se acuerda a la legislación laboral carácter de orden público y se regla el *in dubio pro operario*, se está exigiendo al magistrado salir del estado de pasividad liberal para tener un protagonismo activo en la resolución de los conflictos de acuerdo a la finalidad de la norma, por encima de la voluntad de las partes involucradas en el conflicto de interés. Ello es así dado que esas

10 Levaggi, Abelardo, “Historia del Derecho Argentino del Trabajo (1800-2000)”, *Iushistoria Revista Electrónica* N° 3, (Setiembre de 2006, Buenos Aires, Argentina), Universidad del Salvador, www.salvador.edu.ar/juri/reih/index.htm; José Ingeniero, “Sociología argentina”, (Buenos Aires, L. J. Rosso y Cía., 1918), pág. 195.

pautas actúan como reaseguro de la propia ley de que realmente será aplicado su contenido por los operadores sociales.

En suma, desde el inicio de la industrialización se fueron haciendo evidente las asimetrías sociales y económicas en perjuicio de la clase obrera que obliga la intervención del Estado para morigerar las mismas utilizando como herramienta a la ley.

En cuanto al resto de las relaciones de la sociedad regidas por la normativa civil se verifica que el imperio de la autonomía de la voluntad, de igual modo es moderado por el intervencionismo del Estado especialmente en aquellas relaciones que tenían fuerte efecto social, como era el caso de los contratos de alquileres.

Para completar, con esta breve caracterización de este ciclo es oportuno transcribir el pensamiento expuesto con relación al contrato de maquila para producir vino o azúcar que eran actividades productivas llevadas a cabo con un control estatal extremo. Allí decíamos que “los civilistas, con una visión social del contrato, encuentran justificación a la intervención pública en las relaciones privadas cuando los conflictos de intereses trascienden al derecho imperativo, o la fuerza obligatoria de los contratos y compromete el interés general. Es entonces cuando la libertad contractual debe ceder espacio al orden público económico. Es evidente que la igualdad formal, propia del esquema clásico, fue insuficiente ya que no pudo impedir la desigualdad real; fue menester entonces la asunción por el Estado del control de áreas esenciales del derecho contractual con la deliberada intención de recomponer el equilibrio contractual, prendiendo mediante diversas formulas, proteger a la parte más débil de la relación jurídica, pues ella está obligada a querer lo que los más fuertes son libre de imponerles¹¹”¹²

11 Alferillo, Pascual Eduardo, “El contrato de elaboración...”, ob. cit., pág. 54; Gelli, María Angélica, “Las libertades económicas y el papel del Estado (Acerca de la suspendida ley de abastecimiento)”, La Ley 2006-D, 1081-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo III, 929.

12 Tanzi, Silvia Y., “La autonomía de la voluntad y sus límites”, La Ley 1994-E, 318; Guibourg, Ricardo A., “Autonomía de la voluntad”, La Ley 2008-F, 1392; Caivano, Roque J., “Autonomía de la voluntad vs. equidad (A propósito de la revisión de una cláusula penal)”, La Ley 1994-C, 420; Pierre, Juan Carlos, “De la autonomía de la voluntad y de los contratos”, La Ley 1991-D, 1173; Lovece, Graciela, “El principio de la autonomía de

En otras palabras el intervencionismo del Estado en las relaciones contractuales se verificaba cuando afectaban a un sector social o de la producción por su situación de inferioridad económica en que se encontraban.

Pero cuando, la inferioridad era individual, de una sola persona, fue necesario esperar el dictado de la ley 17.711 (año 1968) para que se incorporara al Código Civil una serie de figuras que procuraban reestablecer el sinalagma contractual cuando el mismo era vulnerado por una de las partes, aceptándose la modificación de lo pactado bajo el régimen de autonomía de la voluntad. Verbigracia, arts. 954, 1078, 1198, etc.

3.2. Segunda etapa del proceso de industrialización.

La segunda etapa de la revolución industrial¹³, se caracteriza, conforme los estudios realizados por Rifkin, del siguiente modo: “el petróleo empezó a competir con el carbón mientras que la electricidad fue utilizada por primera vez, creando nuevas fuentes de energía para hacer funcionar los motores, encendía las luces de las ciudades y proporcionaba comunicación instantánea entre las personas. Al igual que lo que ocurrió con la revolución del vapor, el petróleo, la electricidad y los inventos que acompañaron la segunda revolución industrial continuaron transfiriendo el peso de la actividad económica del hombre a la máquina. En la minería, la agricultura, el transporte y la fabricación, las fuentes inanimadas de potencia combinada con máquinas permitían aumentar, amplificar y, finalmente, sustituir cada vez más al hombre y al animal en las tareas propias del proceso económico...¹⁴”.

la voluntad. Sus límites en la sociedad actual”, La Ley 2007-F, 753; N. de R., “Hacia un nuevo equilibrio entre autonomía de la voluntad y ordenamiento jurídico”, La Ley 03/10/2005, 7

13 para algunos autores, como Rifkin se produjo entre 1860 y la primera Guerra mundial, en cambio otros pensadores no se preocupan por precisar el inicio de esta sub-etapa de la mecanización manufacturera pues estiman que es la profundización de la primera, pero coinciden en fijar, las postrimerías de la misma, entre el final de la segunda guerra mundial y la década del sesenta del siglo XX (Toffler, Sakaiya, etc.).

14 Rifkin, Jeremy, ob. cit., pág. 86; Toffler, Alvin, “La tercera ola”, traduc-

En síntesis, enseña Sakaiya, “en ámbito de posguerra, gozando de una abundancia de materia prima y productos agrícolas baratos, originó una filosofía de consumismo acorde con la cual era sensato e incluso “refinado” usar muchos productos y recursos y cuidar la mano de obra; y la generación de la posguerra, engarzando éste ideal de consumo con los avances técnicos y los nuevos sistemas de gestión necesarios para concretarlo, creó la matriz que permitiría un enorme aumento en la escala de las operaciones económicas y la tasa de crecimiento económico durante un largo período. Como la civilización que logró esto partió de la repentina abundancia del petróleo barato, y se propuso desarrollar modos de explotar este recurso, a partir de aquí llamaré “Cultura petrolera de la posguerra” ...¹⁵”.

Como se vislumbra, el consumo es una etapa necesaria en el circuito económico de la producción de bienes y servicios, razón por la cual fue imprescindible generar su incremento exaltando sus virtudes e importancia para una mejor ubicación en los estratos sociales de la persona mediante la utilización de refinados sistemas publicidad.

El incremento del consumo permitió el desarrollo a niveles impensados de la economía, particularmente, en los países con mayor evolución tecnológica. A mayor consumo mayor producción para satisfacer la demanda.

ción Adolfo Martín, título original “The third wave”(Plaza & Janes Editor S.A., España, undécima edición, 1995) , pág. 181. Para este autor el “carbón, ferrocarriles, hiladoras, automóviles, caucho, fabricación de máquinas herramientas... fueron las industrias clásicas de la segunda ola. Basadas en principios electromecánicos esenciales sencillos, utilizaban elevadas aportaciones de energía, despedían una cantidad enorme de desperdicios y polución y se caracterizaban por largas series de producción, bajo nivel de especialización de la mano de obra, trabajo repetitivo, productos uniformados y controles fuertemente centralizados...”

15 Sakaiya, Taichi, “Historia del futuro – La sociedad del conocimiento”. Traducido de la edición norteamericana de Kodansha Internacional, New York, 1991 titulada “The Knowledge – Value Revolución or A History of the future” (Editorial Andres Bello, Chile, Primera edición 1994), pág. 49. Este autor oriental, completa su visión agregando que “la ideología de la sociedad industrial sostiene que es de buen gusto consumir recursos en abundancia, y que brindar la oportunidad de lograr ese consumo a todos los pueblos del mundo es hacer justicia. Estos supuestos éticos y estéticos constituyen, en conjunto, lo que denominaré el espíritu básico de la sociedad industrial...”, pág. 50.

Esta situación es advertida en 1962 por John F. Kennedy, cuando remite al Congreso de su país un mensaje especial anunciando una serie de normativas tendientes a la protección de los intereses de los consumidores, al decir que “todos somos consumidores. Todos nosotros tenemos el derecho a ser protegidos contra publicidad fraudulenta o engañosa y etiquetas - el derecho a ser protegidos contra drogas peligrosas o sin valor y otros productos - el derecho a elegir de una variedad de productos a precios competitivos...”.

De este mensaje, para esta investigación que procura desentrañar la funcionalidad de la ley de defensa de los consumidores, tiene una importancia superlativa la parte donde se destaca que “la vida moderna es tan compleja que las leyes vigentes en los estatutos son inadecuadas para garantizar estos derechos...”.

Allí marca el inicio de la etapa de intervención del Estado para proteger a través de su normativa a la parte económica y técnicamente más vulnerable, a los consumidores, no solo en las relaciones formales de consumo (contratos) sino controlando, de igual modo, la producción y comercialización de los bienes para asegurar una adecuada sanidad y competitividad.

Una de las paradojas de ese tiempo queda marcada por la circunstancia de que los países que habían abrazado a la libertad como principio rector de su economía, fueron los primeros en reaccionar en defensa de los consumidores.

3.3. Tercera etapa: La transición de la modernidad a la post modernidad.

Sin lugar a duda el proceso cultural de finales del siglo XX en su paso al XXI ha sufrido una profunda modificación en el pensamiento de los actores sociales que pretenden un nuevo perfil para conformar la sociedad del futuro. Esta transición de la modernidad a la post modernidad, aún discute si se ha logrado conformar un nuevo perfil de Estado democrático de derecho distinto al social o no.

Sin perjuicio de ese debate no se puede desconocer la profunda crisis por la cual atraviesa el Estado-Nación como unidad

política universal y la influencia de algunos procesos internos encabezados por grupos de poder (económico y político) que procuran modificar o morigerar el intervencionismo del Estado para generar condiciones más favorables a sus intereses.

Es por ello que no se puede desconocer este nuevo ciclo, pero no existe certeza científica suficiente para aseverar que en la actualidad se ha configurado un nuevo modelo de Estado de Derecho distinto del social.

En lo económico esta tercera fase de la evolución tecnológica ha sido identificada con distintos nombres conforme cada autor que trató de precisar los perfiles de este tiempo económico y social que vive la sociedad en los albores del siglo XXI¹⁶. Para la mayoría de los autores este ciclo principia a perfilarse después de la finalización de la segunda guerra mundial, entre los años cincuenta a sesenta de la pasada centuria y entienden que en los años noventa comenzó a tener impacto significativo en como la sociedad organiza su actividad económica.

Toffler efectúa una descripción general de este tiempo precisando que “la tercera ola trae consigo una forma de vida auténticamente nueva basada en fuentes de energía diversificadas y renovables; en métodos de producción que hace resultar anticuadas las cadenas de montaje de la mayor parte de las fabricas; en nuevas familias no nucleares; en una nueva institución, que se podría denominar el “hogar electrónico”, y en escuelas y corporaciones del futuro radicalmente modificadas. La civilización naciente escribe para nosotros un nuevo código de conducta y nos lleva más allá de la uniformización, la sincronización y la centralización, más allá de la concentración de energía, dinero y poder...¹⁷”.

Por su parte, Rifkin señala que “los robot controlados numéricamente y los ordenadores y sus avanzados “software” están invadiendo las últimas esferas humanas disponibles: El

16 Rifkin, Jeremy, “Tercera revolución industrial”; Toffler, Alvin, “La tercera ola”; Drucker, Peter F., “La sociedad poscapitalista”; Sakaiya, Taichi, “La Sociedad del conocimiento”; Mercier, Pierre Alain - Plassard, François – Scardigli, Víctor, “La sociedad digital”; “sociedad posmoderna”, “sociedad tecnológica”, etc.

17 Toffler, Alvin, ob. cit., pág. 21.

reino de la mente. Adecuadamente programadas, estas nuevas “maquinas pensantes” son capaces de realizar funciones conceptuales, de gestión y administrativas y de coordinar el flujo de producción, desde la propia extracción de materia prima hasta el marketing y la distribución de servicios y productos acabados...¹⁸”. De igual modo observan la realidad contemporánea, Druker¹⁹, Sakaiya²⁰, entre otros.

Esta nueva sociedad que mediante el progreso tecnológico informático facilita el acceso masivo al conocimiento, tomo conciencia de las limitaciones que tiene el planeta Tierra para albergar un desarrollo industrial sin topes, no sustentable por la naturaleza. El mayor consumo genera mayor producción y, ello, mayor contaminación y agotamiento de recursos no renovables.

Esta toma de conciencia produjo la aceleración de las expresiones sociales no solo, en defensa de los consumidores dictando normas protectoras sino contra la cultura consumista propiamente dicha. En otros términos, en lo económico – jurídico se profundiza la defensa de los consumidores extendiendo sus fronteras conceptuales y mecanismo de protección.

Con relación a este último aspecto interesa resaltar que además de consolidar el principio *in dubio pro consumidor*, algunos Estados avanzan en la tutela clasificando la norma como de orden público²¹. Es decir, es una ley contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y

18 Rifkin, Jeremy, ob. cit., pág. 86.

19 Drucker, Perer F., “Las nuevas realidades – En el Estado y la Política...En la economía y los negocios. En las sociedad y en la imagen del mundo”, Traducción Purificación Suárez Herranz y José María Suárez Campos, Título original “The New realities in Government and in Society in Economy and Economics and in world View” (1989) (Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Quinta edición 1995), pág. 254.

20 Sakaiya, Taichi, ob. cit., pág. 79.

21 Rivera, Julio César, “Instituciones de Derecho Civil – Parte General”, T^o I, (Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997), pág. 99 y sig.; Alferillo, Pascual Eduardo, “Introducción al Derecho Civil”, Universidad Nacional de San Juan – Facultad de Ciencias Sociales – Secretaría Académica, 2000, pág. 148, dijo que “las leyes de orden público son aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica cuya existencia prima sobre los intereses individuales o sectoriales”

limitadora de la autonomía de la voluntad.²²

A partir de estos conceptos, al ser categorizada la Ley de Defensa del Consumidor como de orden público se debe entender que su aplicación es esencial para el normal desenvolvimiento de la actividad comercial del país.

Con mayor precisión, Brizzio ha expresado que es innegable que la protección al consumidor reglada en la ley 24.240, debe ser emplazada en el ámbito del orden público económico²³. Por su parte, Estigarribia Bieber completa la idea sosteniendo que “el “orden público económico de protección de la parte débil” pretende restablecer el equilibrio contractual, afectado por la disparidad de fuerzas, y el de coordinación, que defiende el “*minimum inderogable*”, en aras de los derechos esenciales de la persona que ostenta tal situación de vulnerabilidad²⁴”.

En otros términos, el Estado al legislar el contenido de la ley de defensa de los consumidores la ubicó por encima de los intereses individuales o de algún sector interesado, razón por la cual su aplicación prima en todo acto de consumo. Este es el criterio que marca como derrotero la Corte Federal al interpretar que los tribunales deben considerar la aplicación de las leyes de esta categoría aún cuando las partes lo omitan²⁵ por cuanto, evidentemente, existe un interés de la comunidad toda en que así sea.²⁶

22 CSJN, P. 344. XXIV.; “Partido Justicialista s/ acción de amparo, 28/09/1993, T. 316, P. 2117, (Voto del Dr. Carlos S. Fayt).

23 Brizzio, Claudia R, “La teoría general del contrato y el derecho del consumidor”, *La Ley 1998-D*, 1285.

24 Estigarribia Bieber, María Laura, “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina”, Tesis doctoral aprobada e inédita, facilitada por gentileza de la autora a quién corresponde agradecer tamaño acto de bondad científica, pág. 121.

25 CSJN, S 1455.XLI; RHE “Sociedad Anónima –Dominga B. de Marconetti c/ Gobierno de Buenos Aires”, 04/09/2007. En el fallo se dijo que “Atento el carácter de orden público de la ley de consolidación, el tribunal debe considerar su aplicación aun cuando la accionada omita solicitarla”.

26 Segunda Cámara en lo Civil – Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, Expediente: 25648 “Alenda, Rolando Walter y ot. O.M.G. S.A. Resolución de contrato – Nulidad – Daños y perjuicios”, 02/06/1999, LS093 - Fs.425. En este fallo se dijo que “la ley 24.240 de defensa del consumidor es de orden público, por lo que corresponde su aplicación por el juzgador, aunque el interesado no la haya invocado”. Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, autos N° 18015 “Banco de San

Es por ello que el Tribunal de Justicia de Córdoba entendió que en los asuntos donde se dirime cuestiones vinculadas con los derechos de los consumidores la intervención del Ministerio Público Fiscal no solo está autorizada sino impuesta por el art. 52 de la ley 24.240, en virtud del ejercicio de una legitimación que le es propia y que tiene un fin distinto del perseguido por el consumidor o usuario.²⁷

Esta protección se ha generalizado tanto en las Constituciones²⁸ como, puntualmente, en las leyes²⁹ internas de los distintos países, al punto que hoy podemos aseverar sin temor a equivocarnos que *“la protección de los consumidores”* forma parte del nuevo *“orden público internacional”*³⁰ conforme el criterio

-
- Juan S.A. c/ Liñan Gutiérrez, Miguel y otros – Cobro de pesos – Sumario”, 27/04/2005, L. de S. T° 90 F° 173/185. En este fallo se dijo que a pesar de que “los demandados no han reconvenido por nulidad de las cláusulas que denuncia como abusivas, pero como el art. 65 regula que la misma es de orden público, su aplicación por la jurisdicción puede ser de oficio”.
- 27 Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, S 72 “Jiménez, Tomás c/ Citibank N.A. y otra – ordinario – Recurso Directo 21/7/2003.
- 28 Art. 42 República Argentina (1994), art. 5 República Federativa de Brasil (1988), art. 78 República de Colombia (1991), art. 101 República del Salvador (1983), art. 119 República de Guatemala (1986), art. 105 República de Nicaragua (1986), art. 65 República del Perú (1993), arts. 50, 51 y 96 España (1978), etc.
- 29 Declaran que son de orden público: art. 2 de la Ley N° 37.930 (4/5/2004) de Venezuela; art. 21 de la Ley 17.250 (17/8/2000) - Uruguay; art. 1 Ley 2000-21 (4/7/2000) – Ecuador; art. 1 de la Ley 8.078 11/9/1990, etc. El art. 26/1984 de España declara el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico. Declaran que los derechos del usuario son irrenunciables: art. 4 ley 19.496 (7/3/1997) - Chile; art. 2 Ley 1334 (18/6/1998) – Paraguay, entre otros países.
- 30 Comisión n° 8 “Derecho Internacional Privado – Conflicto de fuentes” - XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – Córdoba - 2009. En las conclusiones generales se dijo que “En un tiempo de características extremadamente novedosas la interacción cultural, con sistemas y civilizaciones distintas, ha generado una compleja trama de relaciones, particularmente en el ámbito del Derecho Internacional Público, Privado, Transnacional y de la Integración que requiere de nuevas respuestas jurídicas. Se destaca la influencia del derecho protectorio de los derechos humanos fundamentales respetando la diversidad cultural, que ha contribuido a forjar un nuevo orden público internacional - a base de principios generales- que debe ser considerado, en especial, por los legisladores y los órganos jurisdiccionales de cada Estado, en los casos de conflicto entre las fuentes. “es insuficiente abordar esta complejidad reduciéndola a relaciones entre fuentes formales. Los jueces deben realizar, en los casos de conflicto de

definido recientemente en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la provincia de Córdoba.

Para resaltar esta tendencia actual de internacionalizar el orden jurídico es ineludible resaltar la propuesta del Parlamento Latinoamericano³¹, organismo que elaboró un Proyecto de Ley marco denominado “Código Marco Referencia de Defensa del Usuario y del Consumidor” (Guayaquil 6/6/1997) en cuyo art. 1 propone que “la presente ley establece normas de protección y defensa de los consumidores y usuarios, de orden público e interés social. Sus disposiciones son irrenunciables y prevalecerán sobre cualquier norma legal, uso, costumbre, práctica o estipulación en contrario”.

El otro aspecto destacable de este tiempo se observa en la complejidad de su entramado social el cual está en permanente mutabilidad que se enfrenta con la rigidez del normativismo abstracto clásico. Vale decir, en la actualidad el Derecho es impotente a la hora de abordar la complejidad porque el legislador tiene lentitud para tratar el cambio y traducirlo en regla de conducta.

En este mundo complicado y enmarañado es casi una utopía pretender que existan leyes que reglamenten de todas y cada una de las posibles situaciones conflictivas de la sociedad. Hay un derecho nunca concluido y en permanente renovación.

Es por ello, que se va consolidando como nuevo criterio legislativo, el dictado de normas principios, de leyes que contienen pautas genéricas de conducta aplicables en un sentido transversal a todas las relaciones y situaciones regladas por el derecho (por ejemplo: el principio de buena fe, el interés superior del niño, etc.).

Esta es la situación de la ley de Defensa de los Consumidores en la teoría jurídica que más allá de reglar una determinada cantidad de escenarios de posibles conflictos con los consumi-

fuentes, el test de compatibilidad de cada norma con el inderogable Estatuto Universal de la Persona Humana”.

31 El Tratado de Institucionalización del Parlamento Latinoamericano (16/11/1987) ha sido suscrito por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

dores se erige como norma principio aplicable a todos los casos en que se encuentre involucrado un consumidor.

Una prueba evidente de este nuevo criterio queda plasmado en el inc. 1 del art. 1 de la ley de Defensa de los Consumidores y usuarios de España (N° 26 del 19 de julio de 1984) cuando reglamenta que “tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de *principio general informador del ordenamiento jurídico*”.

En síntesis, en el mundo jurídico actual, “la defensa de los consumidores” es un principio general transformado norma positiva que no puede ser soslayado por los magistrados a la hora de juzgar los conflictos en las cuales este involucrado un consumidor, aún cuando la hipótesis de conflicto no este expresamente reglada en la ley.

4. A modo de colofón.

En este breve ensayo se ha procurado, en general, destacar de la historia del Estado de Derecho emergente de la Revolución francesa, los hitos económicos y sociales que dieron un perfil peculiar a su existencia (liberal – social; subsidiario – intervencionista, etc.) y definieron la función de la ley (gobierno de las leyes – la ley como instrumento para el cambio social – como instrumento orientador para la resolución de conflictos) y el modo de actuación de la magistratura (de simples exegetas a una interpretación direccionada y oficiosa).

Así se descubre que la defensa de los consumidores emerge como una reacción primero política y luego plasmada en la norma, contra los abusos provenientes del proyecto económico basado en la idea de generar mas producción de bienes mediante la exaltación del consumo de productos innecesarios, superfluos, en mal estado, etc. por medio de sistemas de publicidad muy estudiados.

Esta ley, desde su origen, tuvo un propósito muy definido que es anunciado en la propia denominación, la “*defensa de los consumidores*”. Para lograr ello, introdujo una versión particu-

larizada del principio *in dubio pro debilis* con el cual, para los casos de duda, impone a la autoridad de aplicación (sea administrativa o judicial) un método interpretativo definido en beneficio del consumidor.

A la par de ello, un importante número de Estados estimaron necesario, para asegurar su efectiva vigencia, declarar su condición de normas de orden público con lo cual imponían su aplicación oficiosa a los operadores jurídicos.

En la actualidad este sistema protectorio de los consumidores se ha generalizado en las normas del máximo rango de cada país y en las comunitarias, de tal modo que permite aseverar que forma parte del nuevo orden público internacional.

Finalmente, la complejidad del mundo actual pone en evidencia la incapacidad operativa de los poderes legislativos para reglar, en tiempo oportuno, todas y cada una de las nuevas situaciones conflictivas que se van produciendo. Frente a ello, la ley se autoproclama como “norma principio” aplicable a todo conflicto en el cual intervenga un consumidor solucionando de este modo todas las variables conflictivas que pudiere presentar una relación de consumo.

Como se colige, el magistrado del siglo XXI tiene el deber de estar alerta a los vertiginosos cambios sociales, económicos y culturales para ver la realidad que lo circunda, pues de otro modo, atado a los viejos racionalismos decimonónicos, no podrá satisfacer los requerimientos de justicia. Por ello, sin lugar a hesitación, el juez, en este tiempo, está convocado a contribuir con la efectivización de los derechos de los más débiles ante el incontenible avance de la tecnología que profundiza las asimetrías sociales y económicas.

Si todos somos consumidores, ¿Quién es el consumidor?(¹)

Ariel G. Parellada y Carlos A. Parellada

I. La persona como consumidora

La persona humana, eje central del ordenamiento jurídico, desarrolla su actividad en cada uno de los aspectos de su vida, adoptando diversos roles en su interacción social.

El indefectible contacto social la coloca a veces en posiciones desde las cuales ejerce su libertad incondicionadamente, pero en otras se encuentra frente a situaciones en la que la responsabilidad, los deberes, las necesidades, etc., condicionan sus decisiones, reduciendo su independencia y autonomía.

Los tiempos cambian y las transformaciones sociales históricas ponen de resalto la conveniencia de atender a un rol especialmente determinado en razón de factores coyunturales que acentúan la reducción de la actuación libre de la persona.

Y cada persona cambia desde su nacimiento hasta su muerte, y las distintas etapas en la vida de la persona requieren que la regulación de su conducta adquiera ribetes diferentes. De allí, que se distingan situaciones de acentuada vulnerabilidad atendiendo a la temprana o avanzada edad, y se entienda que quienes están en esa situación sean sub-consumidores, requirientes de una mayor tutela.

Distintos roles, distintos momentos de la vida y distintos momentos históricos requieren distintas soluciones jurídicas. Pero la constante es que el ordenamiento jurídico persigue la

¹ El texto refleja la charla que se dió en marco de las Jornadas Sanjuaninas de Derecho del Consumidor, por lo que se ha respetado el estilo coloquial. Sólo se le han agregado algunas citas de las fuentes utilizadas para el desarrollo, por lo que hay, a veces, una superficialidad o brevedad en las argumentaciones que responde al estilo propio del lenguaje en una exposición oral.

tutela de la persona humana y ese es el norte que intentamos mantener en el análisis de la noción de uno de los roles que ésta asume en la búsqueda de la satisfacción de sus, también humanas, necesidades: el rol de consumidor.

II. Caracterizar al sujeto protegido

Como sistema protectorio, el sistema de defensa de los consumidores, tiene por finalidad proteger a quienes se encuentran en una relación jurídica que los muestra en una posición de inferioridad o debilidad y en razón de ello, merecen un tratamiento distinto o privilegiado respecto de quien se encuentra en el otro extremo del vínculo jurídico.

Indagar sobre la noción de consumidor implica definir el alcance de la protección en el sentido de “cuál es su ámbito subjetivo de aplicación” del Derecho del consumo. En esta tarea se han propuesto diversos criterios para determinar quién es el consumidor, es decir, buscando características que permitan saber cuáles son las personas que pueden invocar o beneficiarse con las bondades del sistema de tutela especial. Este criterio conduce a determinar la legitimación activa, es decir, precisar quiénes pueden hacer uso de las herramientas de protección previstas por la ley.

Desde otra óptica se propone la determinación del ámbito de aplicación desde el aspecto objetivo, estableciendo las pautas que permitan concluir si determinada relación jurídica encuadra en el concepto de relación de consumo, y de ser así, brindar a la parte que presenta la inferioridad la tutela especial y requerir de la parte situada en el otro extremo del vínculo especiales deberes.

Lo cierto es que los textos legales construyen un sistema de tutela, parece señalar al consumidor como su protagonista o protegido y la doctrina –a pesar de las definiciones legales– encuentra una gran dificultad en descubrir sus características precisas.

El 12 de marzo de 1962 –fecha que desde 1983 se conmemora justamente como “el día internacional del consumidor”- el entonces Presidente de los Estados Unidos –John F. Kennedy-,

en su mensaje al Congreso de su país pronuncia lacélebre frase: “Todos somos consumidores”.

La coincidencia con el aserto del famoso líder político nos permitiría cerrar estas líneas en la consideración que hemos encontrado la respuesta que buscábamos, agradeciendo la atención del lector y saludándolo hasta que una nueva inquietud merezca una respuesta.

Pero lo cierto es que, si bien desde el punto económico todos podemos considerarnos consumidores, desde que en determinados actos de nuestra vida nos comportamos como tales; desde la óptica del derecho la búsqueda de la noción requiere, establecer ya no de quién se puede predicar el carácter de consumidor –ya que puede predicarse de todas las personas- sino cuál es el ámbito de la conducta humana que cae bajo las directrices de la regulación específica protectoria.

No ignoramos la interdependencia entre economía y derecho sino que, por el contrario, afirmamos que como ciencias humanas resultan complementarias, por lo que ambas miradas resultan fructíferas para encontrar la noción que se busca.

Si -desde el punto de vista económico- todos somos consumidores, el universo del concepto de consumidor comprende a todos los individuos que encuadran en la noción de persona humana. Es decir, ser consumidor no es un ‘status’ subjetivo permanente que permita descartar o dejar fuera a algunos, sino que se presenta como un modo de actuación de la persona y, en consecuencia, se es consumidor en relación con ese modo.

Consumidor es cualquier persona que actúa en rol de tal. Así como la persona actúa muchas veces en su carácter de padre, otras en su carácter de vecino, de deportista, de conductor, de médico, de consumidor, etc.

El derecho común toma como los ejes centrales los conceptos de persona y acto jurídico; en el derecho del consumo la noción de consumidor y la de relación de consumo ofrecen un marco inicial de análisis propicio para determinar el ámbito de aplicación del sistema protectorio.

El art. 42 de la Constitución Nacional dispone que “los *consumidores y usuarios* de bienes y servicios tienen derecho, *en*

la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

Como puede apreciarse, la norma constitucional incluyó ambos conceptos para consagrar la garantía. Al consumidor y al usuario se les reconocen derechos en cuanto sujeto de la relación de consumo.

La fórmula difiere de otros textos constitucionales en los que se reconocen derechos a “*todos los habitantes*” y se asemeja a la que utiliza cuando protege a ciertas personas en cuanto sujeto de una relación jurídica particular. Valga como ejemplo la redacción del art. 14 bis que prevé la protección del trabajo, prescribiendo que las leyes deben asegurar *al trabajador*.

En la doctrina laboral que atiende a la protección de la parte débil —el trabajador—, el ámbito de aplicación del sistema protectorio se concibe mediante la caracterización del especial vínculo particular en el que se encuentra: la relación de trabajo.

Así como el trabajador es protegido en tanto partícipe de la relación de dependencia, el consumidor lo es en tanto participa en una relación de consumo. Uno y otro son roles de la persona. La persona es protegida por el Derecho Laboral cuando actúa dentro de la relación laboral y por el sistema protectorio consumerista cuando actúa en el marco de una relación de consumo.

El hecho de que no todos los habitantes participen de una relación de dependencia permite pensar en un universo de trabajadores que no coincide con el de los habitantes, es decir, no todas las personas lo son. Hay personas cuyo trabajo está prohibido, otras que trabajan en forma autónoma.

No podemos decir lo mismo del consumo. Todas las personas, como dijimos antes, consumen o utilizan bienes y servicios ofrecidos en el mercado (?). Por lo cual no hubiera variado la solución constitucional si la fórmula utilizada hubiera sido “*todos los habitantes*” tienen derecho en sus “*relaciones de consu-*

2 Farina, Juan M. “Defensa del consumidor y del usuario”, (Bs.As, Astrea, 2008), pág. 4, No. 5.

mo". Lo cual demuestra que no buscamos un perfil determinado subjetivamente, sino que buscamos una relación determinada por características objetivas las que determinan el ámbito de aplicación de la protección constitucional e infraconstitucional especial.

El concepto de consumidor –como muchos conceptos jurídicos- se nutre del aporte de diversas perspectivas y se desarrolla a través de una evolución histórica, que ayuda a su mejor comprensión. De allí que sea conveniente analizar el fenómeno de la protección del consumidor desde los puntos de vista histórico, económico, sociológico, psicológico y jurídico, en la búsqueda de la noción del objeto de tutela especial regulado por este subsistema.

Es necesario advertir que la noción de consumidor es una noción en construcción. Estamos buscando un concepto jurídico de consumidor que amalgame en el crisol jurídico los aportes que brindan las otras perspectivas científicas. No esperamos –entonces- que hoy demos una noción acabada de algo que estamos construyendo, pues el producto terminado todavía no creemos que lo hayamos obtenido. Estamos asistiendo a un proceso que aún no está terminado.

1. Enfoque histórico. La evolución histórica de la protección del consumidor permitirá revelar de dónde venimos y cuál fue el camino que nos trajo hasta el punto en el que hoy nos encontramos respecto de este tema.

La revolución francesa y sus ideas básicas constituyen un punto de partida. Los postulados que se afianzaron en aquel movimiento histórico fueron los que responden a las ideas de libertad, igualdad y fraternidad.

Nuestro Código Civil recogió estos valores y construyó sobre tales postulados el sistema de derecho privado.

A dos siglos de la irrupción de aquellos valores en la regulación de las relaciones jurídicas, cabe preguntarnos sobre la adecuación de las soluciones que brinda la normativa que se nutre de estos valores a las circunstancias que la realidad nos presenta hoy. ¿Somos verdaderamente libres en nuestras relaciones

jurídicas? ¿Somos todos iguales a la hora de concertar negocios, tomar decisiones, elegir qué y cómo contratar? ¿Podemos afirmar que las relaciones intersubjetivas en la actualidad aparecen presididas por el valor de la fraternidad?

La declamación de la trilogía liberal como norte de la regulación jurídica posiciona como eje central del Derecho Privado a la protección de la propiedad privada y el fortalecimiento de las relaciones jurídicas contractuales. Se acentúa la protección del individuo en reacción a los abusos del poder, asegurando su libertad frente al Estado. Se ve en el contrato el ámbito en el que entre iguales se producen libremente normas para auto-regular la propia actividad.

La evolución posterior mostró que los contratantes no eran necesariamente iguales y que la figura puesta a disposición y fuertemente protegida por el ordenamiento jurídico –el contrato– también podía ser utilizada como una herramienta de explotación.

En nuestro derecho, fue a través de la reforma del año 1968, mediante la ley 17.711, que se incorporaron instituciones que tienen como fin morigerar las consecuencias de esa utilización de la figura contractual en detrimento del cocontratante que presenta inferioridad –lesión subjetiva–, o para paliar la utilización de la tutela jurídica desvirtuando los fines tenido en miras por el legislador –abuso del derecho–, o en atención al cambio imprevisible de las circunstancias que tornaran lo acordado por las partes en situaciones injustas o desequilibradas –teoría de la imprevisión–.

2. **Análisis económico.** Desde el punto de vista económico se destaca que el Mercado presenta fallas que determinan que muchas personas no puedan acceder a sus bondades o que aún quienes pueden ingresar a participar de él se vean expuestos a una serie de errores o coacciones.

Por otro lado, el fenómeno de la oferta de bienes y servicios tiende a uniformarse, fortalecerse y concentrarse mientras quienes demandan esos servicios se presentan en forma des-concentrada, difusa, heterogénea y dispersa ⁽³⁾.

3 Lorenzetti, Ricardo L. "Consumidores", Bs.As-Sta.Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 17.

La posición de quienes efectúan esa oferta se fortalece significativamente y desde esta posición de fortaleza actúa en contra del sujeto que, por su desconcentración y heterogeneidad, se encuentra en una situación de desventaja o debilidad.

Esta falla debe ser corregida desde el ordenamiento jurídico, el error o coacción –antes individual- hoy aparece de forma general.

3. **Análisis sociológico.** La heterogeneidad, como grupo, que presentan los sujetos que demandan bienes y servicio, se muestra desde el punto de vista sociológico como segmentos de la población que adolecen de ciertas características que les permitirían una posición igualitaria ⁽⁴⁾. Así, encontramos personas de avanzada edad deteriorados por la vida, jóvenes carentes de experiencia, inocentes e inexpertos, personas que no tienen acceso a la información necesaria para evaluar antes de efectuar una decisión, carenciados e indigentes que resultan excluidos de la normalidad social, etc.

4. **Análisis psicológico.** La profusión de las campañas publicitarias difunde valores que ponen en jaque la autoestima del individuo. Se proclama que tener determinados bienes permite alcanzar la felicidad, produciendo en quienes no alcanzan a adquirirlos una angustia creada por esa idea.

Se despiertan necesidades que determinan un estado de insatisfacción permanente en la persona.

5. **Análisis jurídico.** El *favor libertatis* infundido por los ideas de la revolución francesa, que preside la regulación jurídica, es atemperado por el *favor debitoris*, de raigambre romana y más tarde, evidenciado que muchas veces el deudor ocupa una posición de fortaleza y el acreedor es quien muestra una dependencia o inferioridad, acomete la formulación del principio del *favor debilis*⁽⁵⁾.

4 Lorenzetti, Ricardo L. "Consumidores", cit., pág. 19.

5 Lorenzetti, Ricardo L. "Las normas fundamentales del Derecho Privado", Bs. As.-Sta.Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 103.

Los distintos enfoques señalados aportan los elementos que permiten que se vaya perfilando la noción de consumidor en el campo jurídico.

Pero la evolución no se cristalizó en la noción que inspiró la ley 24.240, por lo que transcurrida una década, asistimos a la modificación que instituye la Ley 26.361. Por otro lado, entre el dictado del cuerpo normativo originario y su reforma reciente, la Constitución Nacional fue reformada, lo que convirtió a la ley vigente en 1994, en un texto que no concordaba en cuanto a los sujetos comprendidos con la aspiración constitucional de tutela. En la ley, el concepto de consumidor presuponia un vínculo contractual –limitándolo a las relaciones que presentasen la característica de la onerosidad- y no había alusión a la relación de consumo; en cambio, la norma constitucional evocaba a ambos, permitiendo una noción integrativa de un criterio objetivo para definir más acabadamente lo que se debía normar.

Pasar revista comparativa del ámbito de aplicación de la Ley originaria y de la reforma, revela de qué modo se amplía el ámbito de vigencia del Derecho del Consumo.

El art. 1 de la Ley 24.240 rezaba: “Se considera consumidores o usuarios las persona físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigidas a personas indeterminada”

La reglamentación por el decreto No. 1798/94 amplió ligeramente –sin traicionar el espíritu de la norma reglamentada- cuando dispuso en el inciso a “serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios”. De ese modo se extiende la protección a las llamadas ‘muestras gratis’ (por ejemplo, farmacológicas) y los ‘demos’ (por ejemplo, de los programas informáticos, que tienen una duración temporal limitada o un número determinado de operaciones).

El nuevo texto ordenado por la Ley 23.361 del artículo primero, dispone: “considera consumidores o usuarios a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Fácil es advertir la diferencia existente en torno a cuáles son los actos en que se tutela. Antes el acto tenía que ser a título oneroso o estar destinado a una operación a título oneroso, en cambio, ahora están comprendidos los actos a título gratuito. Obviamente, surge la inquietud acerca de si a los actos a título gratuito se les aplica la garantía del art. 11 y el régimen de los vicios redhibitorios, que según la norma del art. 2165 del Código Civil, estaban excluidos.

En el nuevo art. 1 el segundo párrafo, establece que “Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Volveremos en adelante sobre esta cuestión.

Por su parte, el art. 2 de la Ley 24.240 establecía: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrar los en procesos de producción, transformación, comercialización o procesos de producción”. El decreto reglamentario especificaba que “se entiende que los bienes o servicios integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica”. La norma desaparece en la Ley 26.361, aunque continúa exigiendo que los bienes sean adquiridos o utilizados como destinatario final en el segundo párrafo del art. 1.

Se ha señalado el defecto técnico de aludir a “bienes o servicios”, ya que dentro de la categoría de los bienes se encuentra el crédito del consumidor a la prestación de los servicios. Por lo que debe entenderse que cuando la ley se refiere a ‘bienes’ debe leerse ‘cosas’ (6)

6 Alterini, A.A. “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor. Primera

Debe tenerse en cuenta también que el consumidor no se confunde con “contratante”, pues la ley habla de quien “utiliza” y el que utiliza puede ser alguien distinto de quien adquiere. Se trata de proteger a ambos.

En orden a los servicios profesionales, la regla del art. 2 segundo párrafo que excluía la aplicación de la ley a ellos, se mantiene. Sin embargo, se agrega un tercer párrafo que dispone: “Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentados por los usuarios o consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”. Se advertirá que la intervención de la autoridad de aplicación al respecto se limita a un simple deber de información acerca de a dónde debe dirigirse el usuario, sin imponer el deber ni siquiera de recibir la denuncia y direccionarla.

Aparece ahora una referencia a la relación de consumo, limitándose a decir que “La relación de consumo es el vínculo entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

La ley 24.240, excluía expresamente en la segunda parte del segundo párrafo del art. 2, la aplicación de la ley a los contratos realizados entre consumidores que tuvieran por objeto cosas usadas ⁽⁷⁾. Sin embargo, en el art. 9 se refería a las cosas usadas para imponer el deber de informar que eran tales, cuando se hiciera oferta pública y a personas indeterminadas. Por otro lado, sólo para los inmuebles exigía que fueran nuevos, lo que dio motivo a críticas e interpretaciones concluyéndose en que debía referirse a construcciones nuevas.

La nueva ley modificatoria excluyó el párrafo que excluía la aplicación cuando se tratase de cosas usadas. Pero, en el art. 11 al referirse a la garantía legal se establece que el plazo es de tres meses si las cosas son usadas y seis si son nuevas.

lectura veinte años después” Supl.especial L.L. abril 2008 p. 5, especialmente No. 4.

7 En realidad, en virtud de lo prescripto por los art. 1 y 2 de la Ley 24.240, el supuesto resultaba excluido por la falta de configuración del “proveedor” en uno de los extremos de la relación, por lo que la norma era sobrebundante en tanto el carácter usado de la cosa no agrega nada. Aún la venta de cosas nuevas entre consumidores resultaba excluida.

Las nuevas normas han ampliado considerablemente el ámbito de aplicación del derecho consumerista.

III. La persona jurídica y la noción de consumidor

El análisis de los criterios doctrinales y del derecho comparado en orden a quiénes deben estar comprendidos en la tutela revela una cuestión discutible y opinable en torno a si deben estar tuteladas las personas jurídicas.

La tesis restrictiva el derecho protectorio presupone una persona física que a través del consumo que satisface una necesidad propia, familiar o social. La protección está determinada por la vulnerabilidad, que supone un defecto de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones económicas y jurídicas ⁽⁸⁾. Se cree que la noción de consumidor —y la necesidad de protección— está determinada por la vulnerabilidad que supone un defecto de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones económicas y jurídicas. Por tanto, la persona jurídica no es merecedora de la protección porque se presupone que ellas tienen conocimiento y experiencia en el mercado o, en su caso, disponibilidad de asistencia técnica que le ayudará a superar sus eventuales limitaciones.

El Ante-proyecto originario que con modificaciones dio origen a la Ley 24.240, seguía el criterio predominante en el viejo continente en virtud del cual sólo es consumidor la persona humana. Así lo propugna la Directiva 93/13/CEE. Se entiende que es consumidor la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. Sin embargo, aquélla señala un contenido mínimo que no le impide al Decreto Real Legislativo Español 1/2007 extender la tutela tanto a la persona física como jurídica.

Por su parte, Italia mantiene la protección exclusivamente a la persona física o humana y la limita a los actos en que no exista profesionalidad en la intención de actuación del sujeto.

En Francia, la protección de las ventas a distancia comprende exclusivamente a las persona físicas, según la Ley 121-21.

8 Alterini, A.A. López Cabana, R.M, y Stiglitz, G. "La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley" en Alterini, A.A. López Cabana, R.M, "Derecho de daños", Bs.As., La Ley, 1992, pág. 315

El Poder Legislativo, entendió que el Anteproyecto retaceaba protección, que era demasiado restrictivo y prefirió ampliar el ámbito de protección a las personas jurídicas. Nuestra ley responde a una concepción difundida en Latinoamérica y que se receipta en el Anexo I del Protocolo de Santa María y CTN 7, Comité de Defensa del Consumidor comprende a las personas físicas y jurídicas.

Este criterio que se basa en la vulnerabilidad se ha reflejado en algunas decisiones jurisprudenciales, y así se ha entendido que aunque las sociedades comerciales vinculadas contractualmente exhiban dimensiones y expansiones de diversa importancia no pueden considerarse igual a un particular sin experiencia, y por ello, no puede admitirse que una empresa desconozca las reglas de la contratación de shopping ⁽⁹⁾. En definitiva, se consideró que a una empresa por pequeña que fuera no cabía aplicar los criterios interpretativos de los contratos de adhesión.

Frente a tal criterio se alza otro que exhibe mayor amplitud, que entiende que las personas jurídicas necesariamente también son consumidoras de bienes y de servicios; que, a menudo, hay personas jurídicas de muy escasa entidad, como por ejemplo algunas asociaciones sin fines de lucro que son consumidores ⁽¹⁰⁾; que si bien es cierto que los actos de la sociedad comercial, se presumen comerciales, pero eso no significa que no pueda ser consumidor, pues la sociedad o la asociación sin fines de lucro realiza actos de consumo cuando adquiere cosas o utiliza servicios como destinatario final ⁽¹¹⁾.

La jurisprudencia también ha acogido este criterio amplio y así se ha resuelto que “la Ley de Defensa del Consumidor es aplicable a la persona jurídica que ha adquirido a título oneroso un automóvil con el fin de satisfacer una necesidad propia –en el caso, el transporte de sus miembros y dependientes-, por-

9 C.Nac.Civ., sala H, “*Carrefour Argentina S.A. c. Kids And Co S.R.L.*” L.L. To. 1995-C pág. 18.

10 Vázquez Ferreyra, R.A. y Romera, O.E. “Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240”, Bs.As., Depalma, 1994

11 Álvarez Larrondo, Federico M. “Las personas jurídicas ¿son consumidores?” L.L. To. 2001-B pág. 1165

que reviste el carácter de consumidor o destinatario final del bien”⁽¹²⁾.

Un tercer criterio, intermedio se basa en la fortaleza relativa de las partes; sostiene la persona jurídica difícilmente pueda ser “destinatario final” de bienes o servicios, al menos normalmente, pero que en casos excepcionales pueden ser considerados consumidores las pequeñas o medianas empresas cuando contratan con las grandes.

IV. ¿Interesa el destino de la adquisición?

La ley modificada mantiene la exigencia de que el destino de la adquisición sea final del adquirente o usuario, familiar o social. Han señalado Tanzi y Humpherevs que esto permite distinguir al consumidor del cliente ⁽¹³⁾. Cliente es cualquier sujeto que se coloque en situación de demanda en un vínculo convencional, sin que interese cuál es el destino de la adquisición. En cambio, consumidor se considera a quien demanda el uso o la adquisición de la cosa o servicio con destino final.

La ley 26.361 ha eliminado como causal de exclusión de la categoría de consumidor, la circunstancia de que la adquisición, almacenamiento, utilización o consumo de las cosas o servicios estén destinados a la integración a un proceso productivo.

Nos enfrentamos con que hoy la ley 26.361 exige que para ser consumidor la adquisición se haya hecho en el carácter de ‘destinatario final’, pero a la vez suprime el párrafo que excluía la vocación aplicativa de las normas tuitivas a quien adquiriría para integrarlo a un proceso productivo.

Bajo la vigencia de la ley originaria (L. 24.240) la jurisprudencia había mostrado discrepancias sobre el alcance de la tutela cuando de alguna manera se conectaba la adquisición a un proceso productivo.

Así, se resolvió que no ostentaba el carácter de consumidor cuando se compraba para el desempeño profesional. Se trata de un caso de una persona –profesor de música- que se desem-

12 CNCom., sala A, 2000/11/21, *in re "Artemis Construcciones S. A. c. Diyón S. A. y otro"*, L.L. To. 2001-B pág.. 839; D.J. To., 2001-2 pág. 345

13 Tanzi, Silvia- Humphereys, Ethel “El consumidor en el marco de la globalización” L.L. online, cap. 3.

peñaba como compositor, productor musical, autor de jingles, etc. que había comprado una computadora que utilizaba para sus labores, que resulto fallada y no obtuvo solución rápida de las fallas, por lo que debió recurrir a la jurisdicción (14). El Tribunal entendió que no podía aplicarse la ley de protección al consumidor (15).

En cambio, en otro caso, se resolvió que *“resulta aplicable la ley de defensa del consumidor respecto de la adquisición de un automóvil por una persona física a través de un plan de ahorro y para ser utilizado como servicio de taxi, ya que la situación de ésta es la de quien adquiere el bien en beneficio propio y de su grupo familiar como único medio de ingresos y subsistencia, donde el hecho de la prestación a terceros –art. 2 ley 24.240- no reviste entidad suficiente para excluirla del carácter de consumidor y por ello del ámbito protectorio de dicha ley”* (16).

En ese contexto jurisprudencial, debemos interrogarnos acerca de cuál es el sentido de la supresión de la condición negativa de la vinculación con un proceso productivo.

El interrogante puede suscitar diversas respuestas:

1) Se puede afirmar que ahora, aunque el destino sea la incorporación al proceso productivo existe una relación de consumo.

2) También es posible sostener que lo diga o no la ley, consumidor y proveedor profesional se excluyen.

3) Finalmente es posible sostener que el silencio legal está destinado que el Juez tenga mayor libertad para analizar si en el caso concreto hay o no una relación de consumo.

14 C.S.J.Mza., sala I, octubre 12-2006 “Sellanes vs. Frávega S.A.”, R.R.C.y.S, to. 2007 pág. 387 con nota de Javier Wajtraub

15 Se destacó en el fallo que *“la exclusión legal que tantos problemas genera respecto del concepto mismo de consumidor, es plenamente justa y equitativa cuando se la vincula a la extensión de los daños reparables desde que no es razonable hacer diferencias significativas entre consumidores cuando esas diferencias no se vinculan a los llamados daños a la persona sino que están estrechamente unidos a determinadas actividades de producción o prestación a terceros”* (voto de la preopinante Dr. Kemelmajer de Carlucci).

16 C.1a Civ. Com. La Plata, sala III, marzo 29-2007, “Hernández, Daniel O. c. Ancona S. A. y otro”, J.A. To. 2007-III, p. 237

Tan dificultoso resulta establecer la noción de consumidor que cuando se pretende aplicarla en determinados mercados la doctrina no logra ponerse de acuerdo respecto de su condición de tal. Así sucede en el sector de los seguros ⁽¹⁷⁾, finanzas ⁽¹⁸⁾, etc.

La aplicación de los criterios sentados por las normas de los arts. 1 y 2 de la Ley 26.361, nos llevaría inequívocamente a la conclusión de que la relación entre una persona y un profesional liberal que le presta un servicio de su competencia es una relación de consumo.

Sin embargo, las apariencias engañan... porque la ley excluye expresamente de su ámbito a tal relación, en la primera parte del artículo segundo.

Ahora bien, después de colocarnos una serie de requisitos para considerar quién es consumidor y quién es proveedor, y –paradójicamente- también excluir de su ámbito de aplicación a quienes encuadran en los conceptos que la misma ley parece haber perfilado, termina prescindiendo prácticamente de todo requisito cuando establece que también es consumidor quien no los reúne: el by-stander; y que no resultan comprendidos en la ley tuitiva quienes claramente encuadran en la caracterización del proveedor: los profesionales liberales.

Las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil –reunidas en Córdoba 2009 tratando de especificar la figura sostuvieron

17 Schwarzberg, Carlos, "El consumidor y los seguros. Nuevas interpretaciones", L.L. 09/04/2010, p. 1; Gregorini Clusellas, Eduardo L., "El seguro y la relación de consumo", L.L. 2009-A, p. 1130; López Saavedra, Domingo "La Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor (N° 26.361) y el seguro" en "Mercado Asegurador", N° 351, Julio 2009 pág. 50.

18 Marsili, María-Pelaez, Enrique (Su ponencia presentada en el I Congreso Argentino sobre Mercado de Capitales, Bs. As., 2008) Grigione, María (En Cabanella de las Cuevas (Director) "Mercado de capitales", Bs. As., Heliasta, 2009, pág. 691) lo niegan. Fabier Dubois, Eduardo (h) sostiene que consumidor no es el inversor, sino quien recibe el auxilio financiero (Su ponencia en el Segundo Congreso Argentino-Español de Derecho Mercantil, Iguazú, 2003). Difino, Graciela, en cambio, sostiene que el consumidor financiero resulta amparado por el artículo 42 de la Constitución nacional ("Secreto Bursátil" LL 2009-1062, cap. VII Nro. 2) Lanús Ocampo, María (Su artículo "Responsabilidad por mal asesoramiento en el mercado de capitales" LL 2009-c, 1221, cap. VIII), Abdala, Martín (Lorenzetti, R. y Schötz, G. "Defensa del Consumidor", Bs. As., Ábaco, 2003, p. 205.) condicionan su caracterización como consumidor al hecho de que la oferta sea pública.

“c) Quien se expone a una relación de consumo, a un peligro derivado de la misma o quien resulta efectivamente afectado. La noción comprende, entre otras situaciones, a: 1) Los sujetos indeterminados expuestos a prácticas comerciales; 2) Los sujetos expuestos a los defectos de seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor”

Dice el art. 1 último párrafo de la ley 26.361: *“Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. Pero ¿no era que la relación de consumo se define por ser el vínculo entre un consumidor y un empresario? La técnica legislativa conduce a una incoherencia lógica evidente a la luz del art. 3, pues la relación de consumo se define como el vínculo entre el consumidor y el proveedor, y en consecuencia, no puede considerarse consumidor a quien no es parte de ese vínculo relacional. La aplicación de una lógica elemental lleva necesariamente a que una de esas afirmaciones es fatalmente falsa.*

La ley originaria ya consideraba consumidor a quien no era parte del vínculo cuando preveía su aplicación a los integrantes del grupo social o familiar del contratante que adquiriría un bien como destinatario final. Se protegía a los invitados a la mesa de quien había comprado la cena.

La nueva figura prevista del by-stander prescinde de todo recaudo para otorgar la protección. La mera exposición a una relación de consumo es suficiente. No hay requerimiento de destino final, ni de ausencia de profesionalidad ⁽¹⁹⁾. Si el by-stander es “asimismo consumidor o usuario” ¿podemos seguir exigiendo todos los requisitos enunciados para considerar consumidor a quien se vinculó directamente con el proveedor? ¿Podemos prescindir de todos ellos para quien resultó “expuesto” a una relación de consumo?

19 Alvarez Larrondo, F.M. “El impacto procesal y de fondo de la nueva ley 26.361 en el derecho de consumo” L.L. Suplemento (abril) 2008, pág. 33.

No podemos olvidar que la reforma sobrevino a una trascendente resolución emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que resolvió que: *“Debe responsabilizarse al club donde se disputó un encuentro deportivo —en el caso, partido de fútbol—, por los daños ocasionados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos lanzados desde el propio club, aun cuando el art. 51 de la ley 23.184 contemple expresamente la reparación de los perjuicios sufridos por “espectadores”, en los estadios y durante el desarrollo del evento, ya que “estadio” es un vocablo de textura abierta que debe interpretarse mediante analogía sustancial, sin que pueda entenderse de modo tal que se excluya a los sujetos que se encuentran en sus inmediaciones* ⁽²⁰⁾

Si el Alto Tribunal pudo tomar esa decisión respecto de un hecho ocurrido antes de que se dictara la ley 26.361, ¿hacía falta incluir al by-stander?

Las respuestas difieren en el ámbito doctrinal; algunos piensan que era necesario, para que el derecho del consumo se expanda, y que de esa manera se incentiva el ánimo tuitivo, se responde a la fuerza expansiva que muestra el derecho de consumo; otros, en cambio, piensan que no era necesario, y que la inclusión vuelve impreciso el concepto de consumidor.

Es posible que la recepción de la figura responda a que *“Existe una fantasía que circula permanentemente, referida a la desprotección en que quedarían aquellos sujetos excluidos del régimen especial, lo que es una verdad a medias”* ⁽²¹⁾.

V. Una hipótesis para pensar

Las confusas reflexiones que preceden no deben desesperarnos; estamos en un proceso de búsqueda de la noción del consumidor, y en medio de tal proceso no podemos pretender ideas acabadas.

20 C.S.N, marzo 3-2007 “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros” L.L. To. 2007-B p. 261.

21 Mosset Iturraspe, Jorge-Wajtraub, Javier H. “Ley de defensa del consumidor. Ley 24.140 (mod. por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361)”, Bs.As.-Sata Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 41.

Entretanto, puede resultar útil formular una hipótesis que se deduce de la evolución legislativa, claramente ampliatoria, que se ha producido hasta este momento.

Parece que el fundamento de la protección que atiende a la debilidad que implica una necesaria comparación entre ambos extremos de la relación, por lo que para considerar que estamos en presencia de un consumidor, necesariamente debemos encontrar un proveedor en el otro extremo, y viceversa. Protejamos a quien es débil, y para considerarlo tal en la relación necesitamos considerar que lo protegemos respecto de alguien más fuerte.

La debilidad parece encontrarla el Legislador en quien adquiere o usa 'como destinatario final' en beneficio propio o de su grupo familiar o social. En este sentido concluyeron las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: "I. Condiciones generales y ámbito de aplicación: ...4. En el ámbito de la ley 24.240, conforme su actual redacción, quedan amparados en la protección legal: a) Quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u oneroso; b) Quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente"

En el otro extremo, 'la fortaleza' radica –a criterio del Legislador- en la profesionalidad. Así, las Jornadas citadas sostuvieron: "3. Noción de proveedor. A los fines de establecer la noción de proveedor resultará determinante su carácter profesional"

Entre los dos términos, se produce una situación de vulnerabilidad que justifica la tutela especial ⁽²²⁾. Se trata, como venimos razonando, de una debilidad relativa –frente a alguien- que se manifiesta en cuanto el carácter de destinatario final se enfrente con el de profesional.

Una consecuencia de ello es que cuando se adquiere con destino final no se aplica la protección especial si la adquisición o el uso no son provistos por quien no reviste el carácter

22 Santarelli, Fulvio G. en Picasso, S.-Vázquez Ferreyra, R.A. (Directores) "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada", Bs.As., La Ley, 2009, págs. 29 y 43, Nos. II y VII de la glosa al art. 2 de la Ley.

profesional. Por ejemplo, está sujeta a la normativa tuitiva la adquisición de un automóvil usado a una concesionaria de automotores, pero no lo está si se adquiere de un particular. La protección legal se otorga únicamente cuando la ley presume desigualdad y se niega cuando tal presunción falta.

Paralelamente, cuando se provee una cosa o un servicio en forma profesional a quien lo adquiere o usa con un destino diverso al consumo final no convoca la protección legal. Por ejemplo, el hipermercado que le vende a un minorista —almacenero— no resulta comprendido en las disposiciones de la Ley de Protección al consumidor, pero si cae en ellas cuando se relaciona directamente con el consumidor final.

El esquema presenta una inconsistencia a través de la exclusión del régimen de quienes claramente proveen servicios de manera profesional. Esta actitud, en virtud de la relatividad que venimos destacando, importa una defección ante la presencia de una clara vulnerabilidad respecto del sujeto que se relaciona con un profesional liberal.

Un mismo acto está comprendido o no en el subsistema tuitivo según la ley presuma desigualdad o no entre quienes lo celebren.

Por ello, creemos que quizás nuestro empeño no deba orientarse a la búsqueda de la noción de consumidor, sino a las características de la relación de consumo. El subsistema tuitivo no tiene un ámbito subjetivo, sino un ámbito objetivo: la relación de consumo.

Pero si de ámbito subjetivo se trata quizás hubiese sido mejor concluir al empezar: “Todos somos consumidores” (John F. Kennedy).

VI. A modo de conclusión

Las situaciones de vulnerabilidad pueden responder a diversas debilidades: económica, técnica, cultural o jurídica. La infinidad de situaciones, arroja una zona gris, y serán las circunstancias particulares las que definen si es justo que la protección especial se otorgue, sin que las características inherentes a la persona del sujeto determinen su inclusión o exclusión

del sistema protectorio, sin perjuicio que acentúen en algunos casos, como ocurre con los subconsumidores.

Quizás el camino que tiende a la caracterización del subjetiva del consumidor no nos permita arribar a un definición del ámbito que justifica la especial tutela sino que haya que definir cuáles son los signos que revelan una situación de vulnerabilidad –caracterizando la relación de consumo- la senda que brinde al juez la flexibilidad de la herramienta para brindar la defensa que el fenómeno amerita. Este es el camino recorrido por un pariente cercano del Derecho del Consumidor, que es el Derecho Laboral, cuyo parentesco radica precisamente en que ambos derivan de un tronco común: una situación de vulnerabilidad dentro de la relación y que requiere una especial tutela a cualquiera se encuentre en una relación de trabajo.

Quizás sea el Derecho Común el que debe asumir la reacción igualadora de las situaciones de vulnerabilidad que se presentan en la sociedad moderna. Los subsistemas correctores de casos específicos de vulnerabilidad se constituyen en modelos ejemplares para que el Derecho Privado comprenda la necesidad de utilizar las herramientas protectoras toda vez que concurren desigualdades que requieran reacción tuitiva.

LA DIFERENCIA ENTRE EL RÉGIMEN DEL USUARIO DEL SERVICIO PÚBLICO Y EL DEL CONSUMIDOR.

Dr. Alejandro Pérez Hualde

No siendo yo un especialista específicamente en la temática de defensa del consumidor, desde el Derecho Administrativo he procurado trabajar la temática vinculada a los servicios públicos, más concretamente, al usuario de ellos, que no es lo mismo que consumidor.

Para poder hacer una aproximación hacia donde creo que podemos centrar la diferencia que hay entre el consumidor y el usuario del servicio público, tenemos que partir de la concepción que tenemos nosotros del mercado.

Hoy los mercados están presentes. Está presente en nuestra Constitución, pues en el art. 42 hace mención expresa y dice que se compromete como garantía constitucional *“la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”*.

Para poder aproximarnos al tema es importante tener muy claro cómo percibimos nosotros a este mercado donde se desenvuelven estos personajes del usuario y el consumidor. El mercado puede ser concebido como espacio propicio para el reino de la ley de la selva o puede ser concebido como un espacio humano sometido a reglas.

Nosotros hemos experimentado años con una suerte de mercado considerado únicamente como espacio de libertad, espacio donde toda especulación era admisible y donde se apostó ideológicamente a aquello que se denominó el *“Consenso de Washington”* (1990/91). En ese ámbito se apostó a una suerte de autorregulación de los mercados, estos mercados, son tan completos que permiten que generen sus propias reglas y sus propias regulaciones y controles.

A fines del año 2008, algunos lo ubican allá por el 15 o 16 de octubre, fecha de la caída de la banca Lemman Brothers, estalló una crisis de proporciones, que todavía estoy convencido de que

transitamos, que puso en evidencia severas fallas y muy grandes desajustes en los comportamientos de estos mercados. Esta crisis tan severa que ha significado la caída de grandes empresas, la generación de casi 40 millones de trabajos perdidos en todo el mundo.

Esta crisis ha sido atribuida expresamente al fracaso de este frustrado intento autoregulatorio. Ha quedado demostrado que nadie se autorregula. Estos mercados financieros se desmadraron por no respetar ningún tipo de regulación normativa y esto los colocó en una carrera suicida.

Este fracaso de la autorregulación está escrito en el acuerdo conocido como del “G-20” suscrito entre otros por nuestro país el 2 de abril de 2009 en Londres; allí se determina con expresa decisión que la causa de la crisis es la falta de regulación o la defectuosa regulación y la ausencia de un control que haga efectiva esta regulación.

De ahí que frente a este fracaso de aquel plan de destrucción de reglas o de desregulación, tendiente a la autorregulación, se nos ha convocado ahora hacia una nueva actitud. Y esto es así porque también se nos ha convocado a un nuevo Estado.

Aquel Estado neoliberal que debía ser prescindente, que debía permitir que se movieran solamente las fuerzas naturales del mercado, resulta que ese mismo Estado hoy invoca el interés público y, desde las fuerzas públicas, invocando el interés público, hace aportes multimillonarios, y más que multimillonarios, sobre empresas privadas, sobre mercados, sobre bancos. Hoy Estados Unidos de Norteamérica es accionista de empresas fabricantes de automóviles, de bancos, etc... Interviene en los mercados con sumas siderales. En Europa ha ocurrido lo mismo. La comunidad autónoma de Aragón ha comercializado con General Motors la compra pública del diseño de un modelo concreto que va a producir la GM en Zaragoza, esto es para dar como ejemplo de cómo hoy tenemos una administración pública que interviene, que pretende regular y que quiere controlar.

De ahí entonces que es muy importante ubicar ahora donde tenemos a estos dos personajes porque nos encontramos con que el mercado hoy ha dejado de ser percibido como un espacio

de la ley de la selva. Hoy el mercado requiere necesariamente de regulaciones. Estas regulaciones y acompañadas de controles fuertes son las que pueden regular efectivamente el cumplimiento y el alcance de determinados valores. Valores económicos dentro del mismo mercado. En otras palabras, la regulación y el control eficaz van a permitir que no haya monopolios que no haya abuso de posición dominante, que no se desvirtúen las normativas que protegen la libertad de comercio porque tampoco el mundo ha renunciado a la libertad de comercio.

Sería incurrir en un error. Ya se cometió un error grave cuando se percibió la caída del muro de Berlín como la desaparición absoluta de todas las consideraciones sociales y el triunfo del capitalismo. Un error grave hoy sería pensar que se ha destruido el capitalismo y que viene alguna cosa como el socialismo o algo por el estilo. Creo que hay que evitar cualquiera de los dos errores.

El mundo apuesta a una economía de mercado, con un mercado asignador de recursos, pero un mercado sometido a las reglas, al mercado dentro de la constitución si se trata de sus comportamientos dentro de un estado, y dentro de los pactos y acuerdos internacionales, si se trata de sus comportamientos globalizados.

Esto es así porque requiere de controles y regulaciones globales; esto es lo que ha dicho claramente el “Acuerdo del G-20”, y sobre todo cuando se trata de asegurar el cumplimiento de metas no económicas. Porque tenemos muchas metas no económicas a nivel internacional y global que requieren de regulación y controles fuertes. Metas no económicas, la protección del ambiente sano, la protección de los trabajadores, la seguridad social.

Y ahora sí, diría, estamos en condiciones de ubicar mejor, la diferencia entre nuestros protagonistas: consumidor y usuario. Porque ambos, tanto al consumidor como al usuario, nuestra constitución los trata en conjunto dentro del art. 42 CN. Es una de las novedades de la Constitución del '94.

La norma constitucional reconoce al consumidor y al usuario una serie de derechos en el ámbito de la relación de consumo

y hace un listado entre los que está el derecho a la información, a la seguridad, a la protección de los bienes, etc.

De igual modo crea el instrumento, como es la constitución de asociaciones de usuario y consumidores, y ello ubica al consumidor dentro del mercado y sometido a estas regulaciones económicas; regulaciones que procuran protegerlo, proteger al mercado y a la vez al consumidor.

Podríamos decir que en la protección al consumidor hay un interés además del social, que inspira los valores comprometidos desde mediados del siglo pasado con los derechos humanos fundamentales, que busca la equiparación en una igualdad real y material –que nos permita superar aquella ficción de la revolución francesa-, y se persigue más concretamente evitar aquellas distorsiones que el mercado permite cuando hay grandes corporaciones. Llegar ahí donde dejan desprotegido a este consumidor y se hace necesario llegar a él con regulaciones y con controles que garanticen sus derechos dentro de esta relación del consumo.

Pero cuando hablamos del usuario del servicio público tenemos otro panorama, porque el servicio público está fuera del mercado; la actividad sometida al régimen del servicio público ha sido sustraída de un modo total o parcial, según lo requiera el cumplimiento del objetivo, del comportamiento de las reglas del mercado. La ley extrae esa actividad del ámbito del mercado, por decisión del legislador, que algunos llaman *publicatio* –pero no me quiero complicar porque después se sacan muchas conclusiones que no comparto-.

Prefiero decir “*decisión del legislador*” que interpreta que va a producir esta sustracción de la satisfacción de esa necesidad, que es propia del mercado, para someterla a un régimen específico que permita llevar esta actividad hacia el cumplimiento de aquellos principios que inspiran el sistema de derechos humanos fundamentales. Principio que, siguiendo una inspiración filosófica muy importante, compromete a garantizar a todo habitante de la Nación, por el sólo hecho de su presencia, de su existencia como tal en una determinada comunidad, un mínimo de derechos necesarios que le aseguren un estándar acorde a su dignidad como hombre.

De ahí entonces que esta decisión del legislador que viene inspirada en este compromiso con el conjunto de los derechos humanos. Porque no persigue valores económicos, como lo hace normalmente el resto de la regulación, sino porque lo que acá se persiguen son valores no económicos que se vinculan a los derechos humanos fundamentales.

Entonces de aquí sí podemos extraer varias observaciones en materia de diferencias entre el consumidor y el usuario.

Dijimos que al consumidor lo ubicamos en el mercado, y al usuario lo hemos ubicado en una relación que transita fuera del mercado, de ahí entonces que el consumidor no necesita en principio una regulación específica. Se van a producir regulaciones únicamente dentro del mercado en los casos que se haga necesario, como el caso en que se produce el fenómeno del monopolio, cuando se presentan las consecuencias del fenómeno de las economías de escala, etc. En cambio, en el terreno de los servicios públicos, por principio sí se necesita de regulación para poder garantizar tanto los derechos fundamentales como al acercamiento de los valores perseguidos.

La relación de consumo está sujeta a la libertad de contratación, en principio esta sujeta al código civil, al del comercio, pero no es así en el caso de la relación del usuario con su distribuidor, o con el prestador del servicio. Éste está sujeto a un régimen público de normas inmodificables para las partes, inderogables en principio, no las pueden sustituir.

El caso del consumidor es muy distinto, tienen en principio normas supletorias a las cuales va a ir en caso de conflicto y a veces no va ir jamás. En principio el consumidor elige a su prestador, el usuario no tiene la posibilidad de elegir a su prestador, a veces la única posibilidad que tiene es no usar el servicio, pero eso es inimaginable en el caso de la electricidad, gas, agua, etc. El consumidor, en principio, acuerda los términos de contratación, en cambio el usuario –muy por el contrario- no tiene posibilidad acordar itinerarios, mucho menos precios, las tarifas tienen carácter reglamentario, son impuestas por reglamento por la autoridad pública, tampoco puede pactar condiciones, a veces hay un pequeño espacio para elegir uno u otro medio de

transporte, pero mayormente no va a poder variar lo que es la oferta.

Por esa causa el consumidor no está alcanzado por esa garantía específica que trae el art. 42 CN que es la garantía de “*control de calidad y eficiencia*” del servicio público. Pues cuando la norma incluye la garantía de control de calidad y eficiencia se refiere al usuario del servicio público y no se refiere al consumidor. En esto radica una de las principales diferencias y fue muy destacada por Jorge Salomoni cuando escribió su “*Teoría de los servicios públicos*”.

El régimen público, en el caso del consumidor, tiene por finalidad esencial equiparar la situación de desigualdad material entre el consumidor y el resto de los agentes del mercado, en cambio, el régimen público en el servicio público tiene por fin asegurar aquel fin perseguido que es el de dotar de esos bienes mínimos que necesita una persona para desarrollar un nivel adecuado de vida como garantizan ocho tratados internacionales que están expresamente incorporados en la CN por el art. 75, inc. 22.

El consumidor se presenta ante un prestador que, en principio, carece de privilegios y potestades públicas, todo lo contrario a lo que le ocurre al usuario. El usuario se encuentra con un prestador que utiliza y explota bienes que nos pertenecen a todos como lo son por ejemplo las redes de gas, de agua, de cloacas; se encuentra con un prestador que goza de privilegios que son propios de la utilidad pública que ha sido habilitado para ese servicio específico para poder garantizar la continuidad y la generalidad de ese servicio público.

El consumidor está ante un prestador que corre por su cuenta y riesgo en todos los casos y que normalmente pone en riesgo sus bienes. En cambio el prestador que brinda el servicio público normalmente no solo utiliza sus bienes sino bienes que pertenecen al dominio público y eso hace que la administración no pueda desentenderse del uso que se hace de estos bienes que nos pertenecen a todos, que en algún momento algunos fueron sustraídos a través de la expropiación a algún particular para ser sometidos a esta utilidad pública que representa el servicio.

El consumidor se encuentra con un régimen que tiene por finalidad proteger a los actuales y potenciales consumidores que hoy se encuentran en el mercado, que usan o no usan este tipo de consumo, que no controlan ni regulan por ejemplo la expansión de estos negocios comerciales. En cambio en el servicio público no sólo alcanza al actual usuario o potencial usuario, sino a todos aquellos que aún no han nacido. De allí entonces que en el servicio público se encuentren cargas importantes hoy muy descuidadas en esta renegociación de hecho que ha ido haciendo nuestro Estado Nacional en estos últimos años.

El prestador del servicio público se encuentra con obligaciones muy severas y garantías muy importantes sobre la expansión del servicio que tiene que asegurarle la existencia de esa mínima dignidad a las generaciones que todavía están por venir. Salvo casos excepcionales, que se sospechan como maniobras de infracción, los órganos de control de consumo carecen de facultades de indagar en la contabilidad o componentes de costos de los comerciantes, regla totalmente contraria a la que rige cuando se trata a la prestación de un servicio público.

En principio la autoridad pública, que es quien va a fijar en definitiva las tarifas, tiene el compromiso y la posibilidad de indagar en los costos y pedir transparencia de composiciones de costos a los prestadores de los servicios públicos. El prestador de bienes y servicios en el mercado carece absolutamente de garantía de rentabilidad, en cambio el prestador de servicio público tiene normalmente un marco regulatorio y la garantía que le asegura la posibilidad de una renta razonable.

Entonces podríamos decir que esto, que está tan claro en la CN, en la diferencia del consumidor y el usuario, no está así de claro cuando se trata en la ley de defensa del consumidor; aun cuando le dedica un capítulo, que es el sexto, específicamente a los servicios públicos domiciliarios. Menos claro aún está en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de la Nación; pues la Corte identifica prácticamente al usuario y al consumidor en casos como *“Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/ VI-COV S.A. s/ daños y perjuicios”* donde no hace diferencias y frente a un servicio público como es el prestado por una presta-

dora del servicio de comunicación vial de autopista. Identificó la situación del usuario a la del consumidor, se trataba de un accidente de un vehículo con un animal suelto, no era el caso de un camión distribuidor de una empresa comercial, como podría ser de gaseosas o de una tintorería, donde incorporaba ese servicio a un proceso productivo que después se negocia.

¿Cuál es la utilidad práctica de esa diferencia?, nosotros creemos que es la efectiva inclusión bajo la garantía constitucional. Permite esto tener claro hasta donde alcanza con esta garantía constitucional de control de calidad y eficiencia cuando se refiere expresamente a los servicios públicos. El régimen de protección del consumidor no es de derecho común, como lo sostienen algunos autores, creo que no es del derecho común, pues sus reglas son imperativas y propias del derecho público, están apuntando a protecciones que apuntan más arriba de lo que es el mero interés de las partes o la regulación de los comportamientos dentro de lo que es la justicia conmutativa. El régimen de protección del consumidor está dictado conforme los párrafos segundo y tercero del art. 42 CN.

Podríamos decir entonces que esta ley de defensa del consumidor, al no hacer tampoco de un modo muy severo la diferencia, ha permitido acumular a favor del usuario del servicio público algunos elementos novedosos, como por ejemplo la posibilidad de presentar su reclamo ante las autoridades propias de defensa del consumidor y no específicamente ante el organismo regulador concreto que rige a ese servicio público. Esto es de mucha utilidad, sobre todo en provincias como la de Mendoza donde la Comisión Nacional de Comunicaciones que, teóricamente, debería controlar el servicio telefónico brilla por su ausencia, ya que es tortuoso hacer allí una denuncia.

Es también importante el art. 27 porque permite hacer los reclamos por nota, por teléfono, fax, correo o por cualquier medio disponible; y lo es también la presunción legal de error cuando una tarifa excede el 75% del mismo período del año anterior y permite el no pago.

Conclusiones: en primer lugar el sistema constitucional distingue al usuario del consumidor y le brinda una mayor protec-

ción al usuario. En segundo lugar, esto permite que una ubicación dentro o fuera del mercado, sirva para determinar bien la naturaleza y el peso de la regulación que recae sobre el sujeto, sea el consumidor o el usuario, y comprobar que es más severa cuando se trata del usuario.

La regulación es absolutamente necesaria para asegurar los objetivos propios del servicio público. La utilidad de la distinción de los regímenes radica en la necesidad de asegurar efectivamente esa diferencia de protección constitucional a favor del usuario, sobre todo en estos tiempos en que la ausencia de los organismos de control de los servicios públicos, por lo menos en los que competen al sector nacional, es notoria, es importante y está provocando consecuencias muy graves.

Sobre esta base de distinción, entonces podemos decir que esta ley de defensa del consumidor, reformada recientemente, es bienvenida en la medida que ha facilitado algunos instrumentos más a este usuario necesitado de protección. Muchas gracias.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN: CONSECUENCIAS DE SU INOBSERVANCIA. CAUSÍSTICA DE SAN JUAN

Elena de la Torre de Yanzón

1- Introducción

La información en la contratación moderna, es una herramienta muy valiosa y constituye una manifestación de poder negocial. Quien cuenta con información relevante se posiciona mejor en una negociación, permitiéndole tomar las medidas preventivas necesarias o de acción que más le favorezcan, incorporando cláusulas especiales en el contrato o fijando estrategias. El deber de información tiende a que los contratantes conozcan la cosa o servicio que se contrata, las condiciones de contratación, consecuencias, riesgos y beneficios. Este deber apunta fundamentalmente a dar precisión, transparencia y equidad en el ámbito negocial¹. “El deber de informar es un deber que incumbe a todo experto ubicado frente a un profano, y por ello asume una configuración de deber-derecho, según la perspectiva que se adopte”².

Nosotros abordaremos el deber de información en las relaciones de consumo, señalando, primero, las normas relacionadas con el tema y después, analizando las consecuencias de su inobservancia. Expondremos algunos de las resoluciones emitidas por Dirección de Defensa del Consumidor y fallos de nuestra Provincia, relacionados con este deber. Por último, expondremos nuestras conclusiones.

1 ANDORNO, Luis, “El deber de información en la contratación moderna” en la obra colectiva “Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio” Dir: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – BUERES, Alberto, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Bs.As., 1997, cita: Lexis n° 1010/0110066.

2 LORENZETTI, Ricardo Luis, “Consumidores” (Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe. 2003) pag. 129.

2- La relación de consumo

En nuestro país, la Ley de Defensa del Consumidor, n° 24.240, fue sancionada en setiembre de 1993 y publicada el 15 de octubre de 1993, con varios artículos vetados por el Poder Ejecutivo. Fue reglamentada, el 13 de octubre de 1994, mediante el decreto 1798/94. Posteriormente, fue modificada por ley 24.568, 24.787 y 24.999. La última modificación introducida por ley 26.361, promulgada el 3/4/08, entre otras reformas, definió la relación de consumo y amplió los sujetos protegidos por la ley.

La reforma constitucional de 1994 incorporó la noción de “relación de consumo”, que no estaba prevista en la ley 24.240. Esta noción permitió incluir, aún antes de la reforma introducida por la ley 26.361, a aquellas relaciones no específicamente contractuales, puesto que se trata de una norma de rango superior y que en forma operativa se impone en orden de prelación a la Ley de Defensa del Consumidor.

Como enseña Lorenzetti, la relación de consumo, abarca “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 de mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del Derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles.³” La modificación introducida por la ley 26.361, recepta este concepto, pues alcanza a sujetos que “de cualquier manera están expuestos a una relación de consumo⁴”.

3- El deber de información: noción, normas aplicables

Uno de los aspectos de mayor vulnerabilidad del consumidor es el conocimiento, porque éste es fuente de poder. Existe, cada vez más evidente una brecha informática entre el productor y el consumidor, y tal brecha opera como desequilibrante del contrato. Son diversos los factores que influyen para que esto

3 LORENZETTI, Ricardo Luis, “Consumidores”, ob. cit. pag. 74.

4 MOLINA SANDOVAL, Carlos, “Derecho de Consumo” (Advocatus, Córdoba, 2008), pag. 29.

suceda: la complejidad técnica de diversos productos y servicios, la cantidad profusa de bienes que tienden a satisfacer las mismas necesidades, la influencia de la publicidad, la ausencia de negociación en etapa precontractual, entre otras⁵.

Informar es “enterar, dar noticia de algo.”⁶ Podemos decir también que es poner en conocimiento, exhibir, advertir, decir. “Como señala la doctrina, desde el punto de vista normativo es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si éstos no son suministrados”⁷”

El art. 42 de la Constitución Nacional señala que los consumidores tienen, en la relación de consumo, “*derecho a una información adecuada y veraz*”. A partir de esta norma, el deber de informar adquirió rango constitucional.

Nuestra Constitución Provincial, de 1986, reconoce, en el art. 27 el derecho de todos los habitantes “*a que se les informe veraz y auténticamente sin distorsiones de ningún tipo,...*”

En la Ley de Defensa del consumidor está previsto el deber de información, principalmente, en su art. 4°, que establece: “*Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.*” Este artículo se complementa con supuestos de protección específicos como el contemplado en el art. 6°, 8°, 9°, 10, 10 bis, 14, 21, 25, 30 bis. 33. etc.

5 APARICIO, Juan Manuel “Contratos” T I (Ed. Hammurabi 2001, Bs.As.) pág. 373.

6 Diccionario de la Lengua Española www.rae.es

7 LORENZETTI, Ricardo Luis, ob.cit, pág. 172

Asimismo, a nivel provincial, el art. 6 inc. e de la ley 7087, de adhesión a la ley 24.240, del 30/11/00, sanciona *“la negativa o resistencia a suministrar datos o facilitar las funciones de información, vigilancia o inspección de la autoridad de aplicación”*.

Este derecho de información no encuentra regulación exclusiva en la Ley de Defensa del Consumidor, sino que se contempla en otros sectores del ordenamiento. Así, por ejemplo, en la Ley de Lealtad Comercial, el Código Alimentario Argentino, la Ley de medicamentos, etc.

4- Fundamento:

Podemos decir, siguiendo las enseñanzas de Lorenzetti, que *“el deber de informar tiene su fundamento constitucional en el respeto de la libertad, pues no puede avasallarse la libertad del otro sin su consentimiento”*⁸. El contrato es un acto jurídico, por lo que debe ser voluntario. Para que exista voluntariedad debe existir discernimiento, intención y libertad. La existencia de un desnivel informativo entre las partes, afecta los tres elementos. Por ello, corresponde dar la suficiente cantidad de información para que el sujeto tenga capacidad de discernimiento libremente intencionado hacia la finalidad perseguida en el contrato⁹.

También, la mayoría de la doctrina sostiene que este deber se funda en la exigencia de la buena fe y en los deberes secundarios de conducta que son un precepto de aquella, que derivan del art. 1198 del C.Civil.¹⁰

La buena fe, si bien es un concepto bastante difícil de definir, se puede identificar, aunque no son sinónimos, con el actuar leal, correcto, respeto de la palabra empeñada, protección de la confianza suscitada, fidelidad al acuerdo concluido, etc.¹¹

8 LORENZETTI, Ricardo Luis, “Consumidores” ob. cit. pág. 173.

9 LORENZETTI, Ricardo, Luis, “Consumidores” ob.cit. pag. 173.

10 OSSOLA, Federico, VALLESPINO, Gustavo, “La obligación de informar”, (Advocatus, Córdoba, 2001), pag.122. Estos autores, en la misma página citada, señalan que, por ejemplo, Pérez García, Pedro Antonio, no considera que este principio sea suficiente para fundamentar el deber de información.

11 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La buena fe en la ejecución de los contratos” en Revista de Derecho Privado y Comunitario n° 18, “Respon-

5- **Ámbito.**

El deber de información surge y se mantiene en todo el iter negocial.

En la etapa precontractual: El deber de información previsto por la LDC es ante todo, deber de información precontractual. Tiene por objeto “que el informador transmita al eventual cocontratante lo que sabe y formule las aclaraciones que sean menester para evitar un consentimiento viciado¹²”. La norma procura preservar la libertad del consentimiento del consumidor. Por ello, impone al experto la obligación de brindar al usuario los datos necesarios para que éste pueda comprender acabadamente el alcance de las prestaciones que obtiene y obligaciones que asume, y así pueda evaluar la conveniencia de contratar. Este deber de información se pone de manifiesto en la etapa precontractual tanto en el acto de la oferta como en la publicidad¹³. Por ello, la publicidad integra el deber de informar.

En la etapa contractual: La información contractual es la que el consumidor requiere o necesita durante la ejecución del contrato, tendientes a una ejecución satisfactoria del contrato, revistiendo particular importancia la vinculada con el modo de empleo de la cosa o servicio¹⁴. Esta obligación es exigible durante todo el tiempo de ejecución del contrato, razón por la cual debe comunicarse al consumidor cualquier cambio sustancial en las condiciones de prestación.

En la etapa post-contractual: De conformidad con el art. 4° del decreto reglamentario 1798/94, se impone a los proveedores o prestadores el deber de comunicar la peligrosidad del producto o servicio, cuando tengan conocimiento de dicha circunstancia con posterioridad a su introducción al mercado. Esa obligación no debe circunscribirse a los adquirentes o usuarios en sentido estricto, sino también a los potenciales con-

sabilidad contractual” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, pág. 227.

12 STIGLITZ, Rubén, “La obligación precontractual y contractual de información. Deber de consejo”. L.L. 1997 II, pág. 770.

13 RUIILLON, Adolfo, comentario al art. 4° de la ley 24.240 en “Legislación premiun” de Laley online

14 RUIILLON, Adolfo, comentario al art. 4° de la ley 24.240 en “Legislación premiun” de Laley online.

sumidores. Su incumplimiento acarrea la responsabilidad por daños.¹⁵

La prueba de haber brindado la información, con los requisitos establecidos en la presente norma, corresponde al prestador del bien o servicio, no sólo porque le ha sido legalmente impuesta, sino porque exigir lo contrario importaría para el consumidor o usuario la obligación de acreditar un hecho negativo.

6- Consecuencias de su inobservancia:

Corresponde distinguir si el contrato se celebró o no.

A- No se celebró el contrato: Estamos en la etapa precontractual. Cuando el proveedor no ha informado, teniendo el deber de hacerlo, ingresa en estado de mora y está a tiempo de informar hasta el momento de la celebración del contrato. Si el adquirente es anoticiado extemporáneamente, el proveedor incurre en incumplimiento liso y llano. El adquirente puede optar por no celebrar el contrato y en tal caso serán resarcibles los daños derivados en el ámbito de la responsabilidad precontractual.¹⁶

El monto indemnizatorio está determinado por el llamado el daño al “interés negativo o de confianza”¹⁷ que “son los daños que sufre el acreedor a raíz de haber creído en la eficacia del negocio y que no hubiera padecido de haberse generado la obligación. El interés lesionado es esa “confianza” negocial, afectada por el incumplimiento del deudor¹⁸.” Comprende, según la doctrina mayoritaria, el daño emergente y las ganancias frustradas por haber descartado otras relaciones jurídicas.¹⁹

15 MOLINA SANDOVAL, Carlos, ob. cit pág. 99.

16 OSSOLA, Federico – VALLESPINO, Gustavo, “La obligación de informar” ob.cit., pág 253.

17 ARIZA, Ariel, “Consecuencias del incumplimiento de la obligación de información en el contrato de consumo” Ponencia presentada en el “VII Congreso Internacional de Derechos de Daños” publicada en internet en www.aaba.org.ar

18 BUERES, Alberto - HIGHTON DE NOLASCO, Elena, “Código Civil Cometa-do” T 2 A, (Ed. Hammurabi, Bs.As. 1998), pag. 222.

19 CNCom. Sala E 5/6/96 “Farley, Omar c LRI- Radio El Mundo” L.L. 1996-E, 652.

B- Sí celebró el contrato. Si se celebró el contrato, el proveedor ingresa en la etapa de incumplimiento definitivo. Cuando la información ejerce notoria influencia en el consentimiento, la inducción a error o dolo a través de información falsa o retaceada puede generar un consentimiento viciado con la consiguiente posibilidad de anular el contrato y exigir los daños causados por su anulación²⁰. El Código Civil da respuesta a la inobservancia del derecho de la información, a través de los vicios de la voluntad (error, dolo y violencia) o de la lesión como vicio del acto jurídico, siempre y cuando concurren los requisitos legales que permitan la nulidad del acto jurídico.

El derecho de consumo, conforma un verdadero microsistema que tiene como norte la protección del consumidor, por lo que ofrece otras alternativas menos rígidas que puede hacer uso cuando el deber de información ha sido vulnerado.²¹

a- Demandar la nulidad del contrato o de la cláusula. Esta norma trata específicamente el incumplimiento al deber de informar. Para su aplicación es necesario que la omisión de prestar información sea determinante de la contratación, que si el consumidor la hubiera conocido no hubiera contratado o lo hubiera hecho en otras condiciones²².

Cuando la información no ha sido brindada o ha sido insuficiente en la etapa precontractual, el art. 37 de la LDC brinda la posibilidad de pedir la nulidad del contrato o de la cláusula. Así dispone que cuando el oferente *“...transgrede el deber de información (...) el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario.”*

En estos supuestos, no se requiere que el juez averigüe cuál fue la voluntad real de los contratantes. La sola infracción supone que contradice la voluntad real y permite la declaración de la nulidad. En el ámbito del derecho de consumo se tiende a mantener la validez de la relación jurídica, anulando parcialmente

20 MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Derecho de Consumo” ob.cit. pag. 97.

21 OSSOLA, Federico – VALLESPINO, Gustavo, ob. cit. pág. 267.

22 OSSOLA, Federico – VALLESPINO, Gustavo, ob. cit. pag. 254.

la cláusula contractual que importe la trasgresión de ese deber. Anulada la cláusula el juez debe integrar el contrato. Recordemos que la integración es la tarea dirigida a señalar las consecuencias jurídicas que emergen del negocio, sea por voluntad de las partes, manifestada de manera expresa o tácita, sea por voluntad del legislador a mérito de los elementos estructurales y de los efectos naturales.²³

b- Utilización de la facultad de retractación: Esta opción es una facultad a favor del consumidor o usuario para determinadas ventas, haya o no incumplimiento por parte del proveedor. Así, en las ventas domiciliarias, y por correspondencia, telecomunicaciones, electrónico o similar, el consumidor *“tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de diez días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último”* (art. 34 LDC).

Se denomina venta domiciliaria a aquella que se realiza fuera del ámbito del establecimiento del proveedor. También se considerará comprendida *“aquella que resulte de una convocatoria al consumidor al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación o se trate de un premio u obsequio”* (art. 32 LDC).

Es una excepción al supuesto contemplado en el C. Civil de retractación de la aceptación, prevista en el art. 1155 *“ya que otorga la facultad de desistir unilateralmente y sin expresión de causa, no sólo la aceptación ya emitida sino también el contrato celebrado en las condiciones establecidas por los arts. 32 (venta domiciliaria) o 33 (venta por correspondencia y otras)”*²⁴. Es una causal resolutoria del contrato que sólo genera para las partes la

23 MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos” (Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995), pág. 316.

24 FARINA, Juan M., “Defensa del Consumidor y del usuario” (Ed. Astrea, Bs.As, 1995), pág.258.

obligación de restituirse recíprocamente lo debido, eximiendo al consumidor de la obligación de indemnizar al proveedor²⁵.

Es una solución dada por el legislador frente a “la agresividad de medios de venta empleados” aprovechado la desinformación absoluta del cliente quien “como no ha contemplado la posibilidad de comprar el bien de que se trata no está informado sobre su precio en plaza, sobre las calidades existentes, sobre los tipos o variantes...”²⁶

Cuando la contratación de un servicio, incluidos los domiciliarios ha sido efectuada en forma telefónica, electrónica u otra similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado. La empresa receptora deberá enviar una constancia, sin cargo, al domicilio del consumidor dentro de las 72 hs. posteriores a la recepción del pedido de rescisión. A su vez, esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa envía regularmente al consumidor o usuario (art. 10 terc LDC).

c- Aplicación del art. 10 bis de la ley 24.240: Este artículo opera sólo respecto de aquellas obligaciones de las que el consumidor resulta ser acreedor, y que tienen como deudor a alguno de los sujetos obligados al cumplimiento de la ley 24.240. En cambio, no puede ser invocado, por los proveedores de bienes y servicios en caso de que sea el consumidor quien incumpla una obligación a su cargo. Ello resulta tanto de la clara redacción del art. 10 bis. Asimismo, este artículo se aplica frente al incumplimiento total o parcial, absoluto o relativo de cualquier obligación del proveedor. La norma fue incorporada por la ley 24.787 y resulta ser una transcripción casi literal del art. 35 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil.²⁷

Es un complemento de las reglas que resultan de los arts. 505, 509, 1202 y cc del C.Civil. Ofrece tres alternativas al consumidor frente al “incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor”, salvo caso fortuito o fuerza mayor. Faculta al consumidor, a su libre elección a: exigir el cumplimiento, exigir

25 MOSSET ITURRASPE, Jorge – WAJNTRAUB, Javier, ob. cit. pág. 190.

26 OSSOLA, Federico – VALLESPINO, Gustavo, ob. cit. pág. 283.

27 MOSSET ITURRASPE, Jorge – WAJNTRAUB, Javier, ob. cit. pag. 114.

una prestación equivalente, decidir la resolución, cualquiera de estas opciones con más los daños y perjuicios.

Cuando la ley dice salvo “caso fortuito o fuerza mayor”, está imponiendo al proveedor de una obligación de resultado. Recordemos que mientras que en las obligaciones “de medios” la responsabilidad es subjetiva, pudiendo el obligado demostrar su falta de culpa para eximirse de responder, en las “de resultado”, nos hallamos en presencia de un factor objetivo de atribución, razón por la cual la demostración de haber actuado diligentemente no liberará al deudor, quien para desobligarse deberá acreditar la fractura del nexo causal.²⁸

C.1. Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible. Ésta no es más que una aplicación, en el ámbito del derecho de consumo de las disposiciones del art. 505, 509, 1202 cc y ss del C.Civil. 509. Por ello, no merece mayores precisiones.

C.2. Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente. No se trata, de la “indemnización por equivalente”, que implica el pago de una suma de dinero que sustituya la prestación debida, sino de la posibilidad de que el consumidor acepte la entrega de otro producto o la prestación de otro servicio que guarde “equivalencia” con la prestación incumplida. Tal “equivalencia” no significa que la segunda prestación, que se acepta como paliativo del incumplimiento de la primera, deba ser exactamente similar a aquélla. “Basta con que sea “equivalente” en cuanto a su valor económico. Y, de todos modos, aun cuando no lo fuera, podrán las partes acordar el cumplimiento de una prestación a cambio de otra en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197, C.Civ.), siempre, claro está, que no exista abuso en perjuicio del consumidor²⁹”.

C.3. Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Se establece a favor del consumidor una facultad de resolución contractual por incumplimiento, que constituye la derogación parcial, para las relaciones de

28 MOSSET ITURRASPE, Jorge – WAJNTRAUB, Javier, ob. cit. pág. 116.

29 MOSSET ITURRASPE, Jorge – WAJNTRAUB, Javier, ob. cit. pág. 119.

consumo, de lo dispuesto por los arts. 1202 C. Civ. y 216 C. Com.³⁰

En efecto, aún cuando las partes no hayan pactado expresamente la posibilidad de resolución contractual, podrá el consumidor considerar resuelto el contrato ante el mero incumplimiento y sin necesidad de previa interpelación por un término no menor a quince días que prevén los mencionados Códigos. Se establece, en realidad, un pacto comisorio a favor del consumidor, que opera con iguales requisitos y efectos que el llamado “pacto comisorio expreso” de la legislación común, aun cuando no haya sido expresamente convenido. Debe, entonces, comunicarse en forma fehaciente, la voluntad de resolver. Se refuerza esta interpretación cuando el propio art. 10 bis estatuye que la resolución lo es “sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato”, lo que resulta coincidente con lo prescripto por los Códigos Civil y de Comercio al regular el instituto del pacto comisorio. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.³¹

d- Acción de daños y perjuicios: La posibilidad de resarcir daños y perjuicios surgirá siempre y cuando se den los presupuestos de la responsabilidad: a)- antijuridicidad, b)- factor de atribución, c)- daño, d)- relación de causalidad.

A los fines de la extensión del resarcimiento serán aplicables las normas de los arts. 520 y 521 del C. Civil. En los dos primeros supuestos -ejecución forzada de la prestación y prestación de otro servicio o entrega de otro producto equivalente-, estamos, normalmente, ante un incumplimiento relativo de las obligaciones de la empresa, la indemnización vendrá a reparar el daño moratorio, o bien el causado por la defectuosa prestación cumplida por la empresa, y se adicionará siempre al cumplimiento en especie. Si el incumplimiento es absoluto, el consumidor podrá reclamar el daño compensatorio, caso en el cual la indemnización entra en lugar de la prestación debida, cubriendo su valor y el de los ma-

30 MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier, ob. cit. pág. 121.

31 MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier, ob. cit. pág. 120.

yores daños que se encuentren en relación causal adecuada con el incumplimiento.³²

Por último, en caso de que el consumidor opte por ejercer la tercera de las alternativas resolviendo el contrato, también la reparación del daño será integral, es decir, los daños que en relación de causalidad adecuada ocasiona la frustración del contrato.³³

En todos los casos, será resarcible el daño moral que se demuestre haber sufrido (art. 522 CCiv.). Alguna doctrina entiende que en las relaciones de consumo, el daño moral resulta acreditado “per se”³⁴.

Además, si el incumplimiento al deber de información provocó un daño, será aplicable el art. 40 de la ley 24.240 que prevé una responsabilidad solidaria respecto de todos los que forman parte de la cadena de comercialización y producción.³⁵

Asimismo, en virtud de la reforma introducida por la ley 26.361, (art. 52 bis) el consumidor podrá solicitar al juez la aplicación del daño punitivo que es una multa civil la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones. Esta multa no puede exceder el máximo de la sanción prevista en el art. 47 inc. b de la LDC o sea, \$ 5.000.000.

A través de este instituto se pretende evitar que la conducta dañadora se repita constantemente. Es una forma de disuadir a partir de una pena pecuniaria que vuelva a incumplir el proveedor. Tiene su origen en el derecho anglosajón.³⁶

32 MOSSET ITURRASPE, Jorge – WAJNTRAUB, Javier, ob. cit., pág. 121.

33 MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Incumplimiento, resolución y lucro cesante” L.L. 1990-D, 1064 y ss.

34 LOVECE, Graciela, “La fuerza vinculante de la publicidad. El daño moral en las relaciones de consumo” L.L. 2005-F, 734.

35 El art. 40 LDC dispone: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponda. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

36 MOLINA SANDOVAL, Carlos, ob. cit. pág. 67

e- Aplicación del art. 36 LDC para las relaciones de crédito para consumo.

El crédito o financiamiento para consumo es “todo aquel que una persona física o jurídica en ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional.”³⁷

En relación a las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para consumo la LDC impone el cumplimiento de una serie de requisitos que hacen al cumplimiento del deber de informar: entre otros, la determinación del precio, la tasa de interés efectiva anual, el total de intereses a pagar, el sistema de amortización del capital y cancelación de intereses, etc. (art. 36 LDC).

Cuando el proveedor omita esta obligación, el consumidor puede: solicitar la nulidad del contrato, la nulidad de la cláusula, debiendo el juez integrar el contrato, o cumplir directamente pagando intereses a “tasa pasiva anual promedio del mercado difundida por el Banco Central de la República Argentina vigente a la fecha de celebración del contrato” (art. 36 LDC). En este último caso, no requiere declaración judicial y se hace efectiva con el pago de dicho monto, sobre el tema, Molina Sandoval señala que “Se trata de un dispositivo imperativo (y no modificable en perjuicio del consumidor) y configura un verdadero elemento natural del contrato³⁸”.

f- Acceso a vía administrativa: El consumidor puede realizar una denuncia ante la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor o ésta actuar de oficio frente a la infracción del deber de información (art. 45 ley 24.240 y art. 40 y ss ley 7714). En ambos supuestos se abre una instancia administrativa que tiende a determinar si el proveedor incurrió o no en infracción y en caso afirmativo, culmina con una sanción. En el orden nacional, la autoridad de aplicación es la Secretaría de

37 LAGUINGE, Esteban, “Los contratos de crédito ante la Ley de Defensa del Consumidor” Ábaco, Bs.As. 2001, pág.83.

38 MOLINA SANDOVAL, Carlos, ob. cit., pág. 57.

Industria y Comercio. En la provincia, la Dirección de Defensa del Consumidor.

En el ámbito nacional, la sanción es recurrible ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las cámaras federales de apelación con asiento en las provincias, según corresponda de acuerdo al lugar de comisión del hecho (art. 45 ley 24.240 y modif.).

En virtud de lo dispuesto por el art. 47 de la ley 7714, en el ámbito provincial, la sanción es apelable “por ante la jurisdicción provincial con competencia en la materia, de conformidad con las normas del derecho procesal vigentes.” Frente a la creación del juzgado contencioso administrativo, éste es el juzgado competente. (cf. art. 4° de la ley 7677, y Acuerdo n° 54/2007 de la Corte de Justicia). La decisión del Juez de Primera instancia es irrecurrible, salvo el recurso extraordinario.³⁹

En el ámbito administrativo la autoridad de aplicación, puede determinar el daño directo (art. 40 bis LDC).

La posibilidad de accionar en sede administrativa u ocurrir a la vía judicial civil para la recomposición de la prestación, y determinación de los daños, no son caminos excluyentes.

Dada la naturaleza meramente formal de la infracción, basta que se verifique la contradicción de la conducta con la norma, careciendo de gravitación en su configuración, la existencia de dolo o culpa.⁴⁰

7- Casuística:

Analizando todas las resoluciones dictadas en los últimos años por la Dirección de Defensa del Consumidor, (DDC) como la jurisprudencia de nuestros tribunales, se advierte, por la cantidad de denuncias y resoluciones dictadas por DDC que el consumidor sanjuanino, opta por la vía administrativa, antes que la judicial.

39 Así lo ha decidido la Cámara Civil de San Juan, Sala I, en autos n° 19.928, caratulado “BBVA Banco Francés S.A. s/ Recurso directo”, el 27/2/09, Prot. de A. F°. 99/10, T 163, Año 2009, Sala III, en autos n° 91.737, caratulados “C.T.I. Compañía de Teléfonos del Interior S.A. c/ Dirección de Defensa del Consumidor. Recurso de Apelación – Recurso de Queja”, en fecha 6/3/09, Prot. de A. T I f° 87/88, Año 2009.

40 LORENZETTI, Ricardo Luis, “Consumidores” ob. cit., pág. 509.

Comentaremos algunas resoluciones de Dirección de Defensa al Consumidor y fallos emanados del Poder Judicial, relacionadas con la infracción al deber de información.

En la elección de las resoluciones administrativas hemos tenido en cuenta la importancia de la multa, la envergadura económica de la empresa, la gran cantidad de consumidores que adhiere a esos servicios y el año de imposición de la sanción, intentando ofrecer resoluciones recientes. Por limitaciones de tiempo en la exposición, sólo analizaremos dos resoluciones y dos fallos judiciales.

a)- **Servicio de internet:** El 7 de julio de 2009, por Resolución 269 DDC, Dirección de Defensa al Consumidor, en expediente n° 405-1321-H-08, caratulado “Hernández Oscar Daniel c/ Telefónica de Argentina S.A.” impuso una multa de Pesos Setenta mil (\$ 70.000) a Telefónica Argentina, por infracción, entre otros, al artículo 4° de la ley 24.240 y sus modificatorias.

Hechos: El Sr. Oscar Daniel Hernández denunció, en fecha 19/6/09 que contrató el servicio de Speedy y que hasta el momento de hacer la denuncia no contaba con ese servicio. La empresa al brindar los descargos dijo que cuando presta el servicio de Internet speedy lo hace bajo la condición de que exista o haya disponibilidad técnica de instalarlo en el área o en el caso particular, en el domicilio del denunciante, situación que es informada a sus clientes. Que en este caso en particular, existe una imposibilidad técnica por existir en ese domicilio un tetraplicador. Esto es un dispositivo que se instala en la caja donde ingresan las líneas y sirve para mejorar la calidad del servicio telefónico de usuarios cercanos al mismo. Propone realizar un trabajo de reingeniería para tratar de darle solución, y pide un plazo de cuarenta días, que después de ampliado a pedido de la empresa. Ofreció la empresa cuando solicitó un nuevo plazo, anular las facturas que le iban llegando al consumidor y mantener la promoción que había contratado. Vencido el nuevo plazo no se le brindó el servicio y tampoco se anularon las facturas. Hubo otra audiencia de conciliación, sin resultado positivo.

Resolución: DDC dijo que “cuando se ofrece un servicio se supone, se presume, se prevé, que el oferente está en condiciones ciertas de brindarlo y con mucha más razón cuando se pretende el cobro de tal servicio”(…). “Que si se ofrece un servicio sujeto a disponibilidad técnica, no puede venderlo hasta tanto esté seguro de poder brindarlo, caso contrario estaría, creando falsas expectativas al denunciante, provocándole un daño, frustrándose todas las expectativas creadas de hacer uso y goce del servicio contratado...” “Las alegaciones publicitarias constituyen un “acto propio” que el empresario no puede contradecir sin incurrir en responsabilidad” que “las manifestaciones suficientemente precisas, realizadas por el empresario a través de técnica de información y publicidad, son vinculantes, forman parte integrante del contenido de cada contrato celebrado por los consumidores sobre los bienes y servicios promocionados, y obligan al empresario a brindarlos en los términos anunciados. Caso contrario incurre en responsabilidad por incumplimiento”.

En la graduación de la multa se tuvo en cuenta el perjuicio al denunciante, la posición de la empresa en el mercado y el grado de intencionalidad. Impuso, además de la multa un monto por daño directo, según art. 40 bis de la ley de Defensa del Consumidor, estimado en el equivalente a cinco canastas hogar 3, que publica el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo de la República Argentina. Esta resolución está apelada.

En relación al daño directo cabe recordar que la ley lo ha definido como “todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona; como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios” (art. 40 bis LDC). Las sumas que el proveedor pague al consumidor serán deducibles de otras indemnizaciones que le pudiera corresponder.

La posibilidad de que en sede administrativa puede fijarse una indemnización genera severos cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la norma, sobre todo después del caso “Angel Estrada y Cia”, que negó la facultad de que un ente ad-

ministrativo resuelva la procedencia de un resarcimiento a los usuarios, por parte de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.⁴¹

b)- Plan de autoahorro: En el expediente administrativo N° 405-0006-G-06A través de resolución n° 339, Dirección de Defensa del Consumidor impuso a la empresa Volkswagen S.A. para fines determinados una multa de Pesos Cincuenta mil (\$ 50.000).

Hechos: En sede administrativa, la Sra. Alicia Cecilia Gómez denunció que el 19 de octubre de 2004, suscribió un plan de ahorro para fines determinados en la concesionaria de Mario Goldstein S.A. donde solicitó un plan de ahorro de un automóvil Volkswagen Gol 1.6 Power a 84 cuotas. Dijo que allí le informaron que el plan se dividía en tres etapas con montos fijos; que en un momento se atrasó en el pago de una cuota porque la boleta no llegaba a su domicilio, que la próxima boleta llegó con un monto muy superior al pactado. Señaló que cuando fue a consultar a la concesionaria, el empleado le dijo que sólo pagara la mitad hasta que él averiguara. Parecía que el problema era del Banco que no mandaba correctamente el pago a la empresa. Después de otras idas y venidas pidiendo información sobre lo que debía y por qué causa, el mismo empleado le aconsejó que directamente no pagara hasta que él averiguara y se comprometía hacerlo en una fecha determinada, lo que no ocurrió.

La denunciante pidió un informe detallado de cuotas pagas e impagas con sus respectivos períodos, copia de contrato firmado por la denunciante, descripción de cada valor a pagar, restitución de valores abonados en concepto de intereses e imputación correcta de ahora en adelante del plan o baja del mismo, con devolución del dinero pagado.

En sede administrativa se presentó Mario Goldstein S.A., a través de apoderado, señalando que la denunciante no tenía vínculo contractual con la empresa, ya que la relación se trabó directamente con Volkswagen S.A. de Ahorro para fines deter-

41 MOSSET ITTUPASPE, Jorge WAJNTRAUB, Javier, ob. cit., pág. 248/249, Fallos 328:651.

minados. Que Mario Goldstein S.A. tenía a su cargo la entrega del vehículo remitido por Volkswagen Argentina S.A. y en algunos casos, recibir pagos por cuenta de tal empresa, en razón de ser su concesionaria.

También formuló descargo Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados, a través de apoderado. Negó los hechos y dijo que el sistema contratado prevé una cuota móvil, sujeta a variaciones en el valor del vehículo. Hizo un detalle de la deuda y acompañó copia del contrato que suscribiera la denunciante y puso a disposición de la Dirección, la documentación y los registros de donde surgía el detalle de las cuotas abonadas y el origen de la deuda, para una eventual prueba pericial. Intimada la empresa a presentar los libros, no los presentó.

Dirección de Defensa al Consumidor impuso una multa a Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados por considerar que había vulnerado el deber de información, entre otras normas, “por no haber brindado información necesaria suficiente en este caso sobre las alícuotas pagadas y las impagas” ni haber presentado libros contables en sede administrativa.

Apelada la sanción, se tuvo por configurada la infracción al deber de informar.⁴² En la sentencia se señaló que no basta para cumplir con tal información que las condiciones de contratación estén contenidas en un contrato por escrito. Además de que es necesario que un ejemplar sea entregado al consumidor, de acuerdo a lo exigido por el art. 10 tercer párrafo de la ley de Defensa al Consumidor, es fundamental que lo informado verbalmente, responda a lo que surja del contenido escrito; ya que el consumidor, por su propia debilidad negocial, confía en lo informado por el empresario y comúnmente, no lee todas y cada una de las cláusulas de los contratos por adhesión que no redactó y que firmó de buena fe.

También se expuso que la concesionaria Mario Goldstein S.A. que ofrecía el producto, no conocía bien el sistema y no lo

42 Autos n° 97180, caratulados “Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinado s/ Apelación de multa” tramitada ante el 9° Juzgado Civil, Comercial y Minería de marzo de 2008. P. S. T I, en fecha 13/3/08, fs. 138/148.

informó debidamente. Si bien era cierto que el empleado que informó no era dependiente de la recurrente, Volkswagen S.A. confió en esa concesionaria para captar adherentes a su plan de autoharro y no verificó si el personal de esa empresa estaba suficientemente adiestrado para ofrecerlo. Sabía o debía saber, que era el nombre de su empresa el que estaba en juego. Tampoco destinó personal de su sociedad para que captara adherentes, informara adecuadamente y evacuara las consultas. Que si bien, la empresa brindó informaciones parciales sobre la deuda, en la etapa administrativa y explicó que el precio de la cuota era móvil, como surgía del contrato escrito, no presentó los libros contables para que se verificara la verdad de lo informado por ella respecto a la correcta imputación de los pagos.

No obstante, la sentencia redujo la multa a Pesos Veinticinco mil (\$ 25.000) por considerar que no correspondía una sanción por la supuesta infracción al art. 40 de la LDC, puesto que el régimen resarcitorio sólo podía analizarse en el ámbito del Poder Judicial y sólo determinada su existencia en sede judicial, podía tenerse por configurada su infracción.

c)- **Televisión por cable:** En autos N° 110112, caratulados “Provincia de San Juan c/ Supercanal S.A. s/ Amparo”, tramitados ante el Noveno Juzgado civil, Comercial y Minería, la Provincia de San Juan, a través de Dirección de Defensa al Consumidor dedujo un amparo colectivo. Tuvo por objeto lograr que la empresa Supercanal S.A. se abstuviera de cobrar y/o percibir toda suma de dinero en concepto de venta de la revista “Primera Fila” a clientes que no lo hubiesen contratado en forma expresa y la devolución íntegra respecto de los ya cobrados. También pretendía la correcta prestación del servicio que había sufrido desperfectos por cortes.

Hechos: Supercanal S.A., en el mes de enero de 2009, remitió a sus clientes junto con la factura una revista “Primera Fila” recargando en forma automática el precio de ésta en el cargo mensual. Con la revista mandó una nota que decía que “si usted llegase a preferir no recibir la nueva Primera Fila, podrá dar avi-

so mediante un e-mail dirigido a la casilla clientes@supercanal.TV o vía telefónica llamado al 0810-122-0202”.

DDC afirmó que la empresa con esa misiva había violado el deber de información porque a través de la publicidad indujo a error al usuario, ya que efectuó una “oferta agresiva” expresamente prohibida por el art. 35 de la LDC. Tal norma prohíbe la realización de propuestas sobre cualquier cosa o servicio que no haya sido previamente requerido y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito.

Convenio transaccional: Después de haberle dado trámite al amparo, las partes llegaron a un acuerdo conciliatorio, tras varias audiencias. El convenio fue homologado por el juzgado, en abril de 2009⁴³. En relación a la revista, la empresa dejó sin efecto el modo de suscripción y decidió entregarla sin cargo a la totalidad de los abonados con factura mensual, estableciendo el modo de reintegro del pago efectuado. Además se estableció un mecanismo de reparación respecto de los distintos abonados, en relación a los cortes de servicio.

En la aprobación de la conciliación, se dejó a salvo la posibilidad de que los usuarios individuales que así lo desearan se apartaran de la solución general adoptada, de conformidad a lo dispuesto por el art. 54 de la ley 24.240 y modificatorias, cuando manifestaran tal voluntad dentro de los cinco días de efectuada la última publicación.

d)- **Servicio eléctrico:** En autos n° 16.891, (32.639 4° Juzgado civil) caratulados “Energía San Juan c/ E.P.R.E. Club Amancay – Contencioso administrativo- Sumario”, la Cámara Civil de San Juan, Sala I, en diciembre de 2002, confirmó el fallo de primera instancia que rechazó la acción interpuesta por Energía San Juan (ex EDESA) contra la resolución n° 073/97 dictada por el E.P.R.E.

A través de dicha resolución el Ente Regulador hizo lugar al reclamo del Club Amancay que había sido afectado por las deficiencias en el suministro de energía eléctrica, producido los días 16 y 20 de setiembre de 1997 debido a las bajas de tensión en la

43 P. de S. T I, fs° 180/181, del 13/4/2009.

línea que suministraba al Club. Había resultado afectado dos motores de 10 HP de las bombas de sus instalaciones a las cuales se les quemó el bobinado. El EPRE otorgó un plazo de diez días hábiles para que se le abonara al reclamante los montos correspondientes a la reparación y le aplicó una multa a EDESA equivalente a tres módulos de 550 Kwh.

Energía San Juan, pretendía la revocación de la sanción porque entendía el usuario no tenía en buen estado de conservación y uso sus instalaciones y eléctrica y los daños se produjeron por esa causa, imputable a la negligencia del Club.

El fallo se fundó principalmente en la ley provincial n° 6668 y en el contrato de Concesión de Servicio Público, que también vinculaba al usuario por ser destinatario de aquel. Lo interesante del fallo que se relaciona con este tema, es que uno de los vocales, el Dr. Alferillo invocó el incumplimiento por parte de EDESA del deber de información previsto en el art. 4° de la ley 24.240. Señaló en relación a las deficiencias de instalación en el sistema eléctrico que se había detectado a través de prueba pericial, que ni la Municipalidad de Santa Lucía ni el EPRE habían reglamentado las previsiones de seguridad para recepcionar el suministro eléctrico. Dijo que: “la empresa concesionaria a pesar de conocer fehacientemente la falencia reglamentaria, hizo caso omiso a la misma y brindó el suministro al Club Amancay, obteniendo rentas por la venta de electricidad. Esta razón pone de relieve que EDESA se prevaleció de la carencia de reglamentación y no tomó las previsiones que la ley nacional n° 24.240, (B.O. 26/IV/1993) titulada de “Defensa del Consumidor” reglamentaria del art. 42 de la Constitución Nacional, estatúa como deber para su parte”. Hace expresa mención a la obligación de informar exigiendo conductas activas a las empresas que presten servicio y que tal información se torna más rigurosa en el art. 6, cuando se trata de servicios domiciliarios de riesgo, exigiendo el art. 28 el deber de informar sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y artefactos.

8- Conclusiones:

- 1- En las relaciones de consumo el deber de información es un deber legal de jerarquía constitucional que tiende a dar transparencia y equidad a la contratación.
- 2- Se debe respetar en todo el iter negocial.
- 3- Las consecuencias por el incumplimiento varían si el contrato se ha perfeccionado o no. La LDC da varias alternativas al usuario que ha contratado que, en general, son menos rígidas que las soluciones del C. Civil y tienden a mantener la validez del negocio.
- 4- En San Juan, los usuarios ocurren en su mayoría a la vía administrativa denunciando ante la Dirección de Defensa del Consumidor, constituyendo un instrumento de indudable valor tendiente a que el proveedor sean sancionado. También en el ámbito del Poder Judicial se está comenzando a debatir el cumplimiento de este deber.

San Juan, octubre de 2009.

LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Carlos H. Plana

I- Introducción. Lo subjetivo y lo objetivo en materia de factores de atribución

De la adhesión al principio de responsabilidad por culpa que campea en todos los preceptos del Código de Vélez Sarsfield, se pasa, en manera progresiva, a admitir otras fuentes o causas de atribución del deber de responder por daños.

La doctrina y la jurisprudencia, haciéndose eco de las nuevas ideas, coadyuvan a ese resultado: y el proceso culmina con la reforma legislativa de 1968 – ley 17.711- que claramente incorpora al viejo Código de Vélez Sarsfield sin renegar de las normas de imputación subjetiva, el principio del riesgo creado como factor atributivo de responsabilidad. Esta solución subjetiva del Código de Vélez, se aprecia con claridad tanto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (llamada comúnmente “aquiliana”), como en el caso de la responsabilidad contractual o por incumplimiento de obligaciones convencionales. En la esfera extracontractual (actos ilícitos) la postura subjetiva del Codificador Vélez Sarsfield se halla claramente expuesta en los artículos 1067 y 1109 de su obra: “No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código...sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia”, reza el artículo 1067. Luego, el artículo 1109 del Código Civil expresa: “Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio”. Idéntico principio – culpa- se encuentra en el ámbito de la responsabilidad contractual o por incumplimiento de obligaciones¹.

¹ Casiello, Juan José, “El Principio de la Responsabilidad por culpa en el Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield”, L.L., 1986-B, 726 y sgtes.

Luego, en virtud de los innumerables cambios socioeconómicos producidos a partir de la segunda mitad del siglo XX,- período post- segunda guerra mundial,- se hizo necesario idear un sistema de responsabilidad basado en el riesgo de las cosas, ya que en la mayoría de las actividades el hombre se sirve de ellas para actuar en sociedad. Y el fundamento exclusivo de la culpa (aspecto subjetivo de la responsabilidad) no daba adecuada respuesta al problema cuando el daño no era causado por un obrar culposo del dañador, sino por la intervención de cosas viciosas o riesgosas. Y así devino la reforma del Código de Vélez Sarsfield,- concretada a través de la ley 17711 del año 1968,- que en el ámbito de la responsabilidad civil *extracontractual* incorpora derechamente el principio de la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa en el artículo 1113, pero manteniendo a la vez el sistema de la responsabilidad por culpa, tanto para la responsabilidad contractual como extracontractual.

En materia de responsabilidad civil *contractual*, el sistema del Código de Vélez aparece inalterado, con el estandarte del reproche subjetivo como uno de los requisitos de responsabilidad². Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han encargado de crear un criterio objetivo de responsabilidad contractual, a través de la buena fe, el deber de seguridad, la garantía, etc. Se ha desarrollado doctrinaria y jurisprudencialmente la teoría de las “obligaciones de medios y de resultado”

2 Como apunta Jorge Mayo, si analizamos nuestro ordenamiento de derecho privado, no puede negarse que tanto las normas de alcance general como las particulares toman a la culpa como punto de referencia para juzgar la conducta del eventual responsable. Así, en materia contractual pueden citarse los artículos 511, 513 y 889 como reglas generales, y arts. 576, 578, 579, 580, 581, 610, 612, 613, 627, 628, 888, etc., como normas particulares (“El ámbito de la culpa en el derecho de las obligaciones”, en “Derecho Priavo. Obra en homenaje al profesor Alberto J. Bueres”, Ed. Hammurabi, 2001, p. 1289). A tales supuestos, cierta doctrina agrega el sistema de la mora previsto en el artículo 509 del Código Civil, sobre todo para los contratos, al decir: “En la órbita contractual no existe un texto que establezca el carácter objetivo de la responsabilidad por incumplimiento; al contrario, la regla del artículo 512 n fue desplazada por la reforma del año 1968 (González de Prada, María V. y Wayar, Ernesto, “La Mora, la Demora y la Crisis de la Culpa”, en “Responsabilidad por Daños”, Homenaje a Jorge Bustamente Alsina, Dir., Alberto Bueres, Tomo I, Ed. Abeledo – Perrot, p. 3019.

en materia contractual. La base de la distinción está dada por los deberes que tiene que cumplir el deudor en la relación de obligación, donde el objeto está constituido por la “prestación”. Así, se distingue la “obligación de medios” como aquella que se agota en la diligencia puesta por el deudor en su cumplimiento. En las “obligaciones de resultado”, por el contrario, no basta el cumplimiento de la debida diligencia por el deudor, sino que lo que se requiere es la plena satisfacción del acreedor. En éstas últimas, la prestación o bien debido, consiste en la satisfacción del pleno interés del acreedor, lo que no se agota con el comportamiento o la diligencia, sino con su resultado útil³. En las de-

3 Compagnucci de Caso, Rubén, “Responsabilidad Contractual”, *Obligaciones de Medios y de Resultado*, La Ley, 1990-E, 534. Cita este autor que distinguidos juristas se muestran contrarios al distingo entre obligaciones de medios y de resultado, para quienes “todas” las obligaciones son de “resultado”, y la diferenciación aparece como irrelevante, y producto de un falso razonar. Siempre se tiene en consideración un fin, un opus; un hecho valorado en esa serie causal hacia su destino final es en sí mismo un resultado, y por ende es imposible establecer un distingo neto entre ambos tipos (Idem, p. 535). En un interesante artículo (Prevot, Juan Manuel, “Obligaciones de Medios y de Resultado”, *Revisión Crítica de la Clasificación*, La Ley 2007-B, 852 y sgtes.), se dice que “En rigor, tratándose de un supuesto de responsabilidad contractual, esto es, cuando hay un vínculo preexistente que sobrepasa en mero encuentro ocasional al que todos, en tanto seres sociles, estamos permanentemente expuestos, y del cual, por supuesto, deriva un daño a la esfera jurídica del acreedor, la cuestión pasa por escudriñar si para responsabilidad al deudor a resarcir el detrimento basta con demostrar el incumplimiento a secas de la obligación, o es menester, además, que dicha inejecución le sea imputable o, más todavía, que lo sea producto de su culpa o dolo”. Así, dice que “llegado el caso que debiéramos hechar mano a la clasificación entre “obligaciones de medios” y de “resultado”, ello sólo tendría sentido si se hace una vez producido el incumplimiento. Al inicio de un proceso, arguye con razón Yzquierdo Tolsada, no sabemos con entera seguridad ante qué tipo de obligaciones nos encontramos. Son las partes quienes aportarán sus pruebas, de tal forma que el demandante intentará hacer ver que la obligación era de resultado y el demandado dirá que lo era de actividad. Lo único que está claro al comienzo es que el interés final del acreedor no se obtuvo, pero todavía no sabemos (podremos a lo sumo sospecharlo) si la insatisfacción de ese interés final es la mismo tiempo insatisfacción del interés primario. La utilidad práctica de la distinción está, propiamente, no en la posibilidad de etiquetar la obligación ab initio, sino en el tramo final del litigio, cuando las pruebas aportadas o la capacidad discursiva de una de las partes haya logrado convencer al juez de cuál era el verdadero contenido del programa de prestación. Con esto queremos significar que no hay una ecuación matemática (Obligación de Medios = factor de atribución subjetivo y Obligaciones de resultado = factor de atribución

nominadas “obligaciones de medios” es el acreedor quien debe demostrar la culpa del deudor⁴; en cambio, en las “obligaciones de resultado”, al acreedor le basta con establecer que el resultado pactado no se cumplió, y al deudor no le bastará con probar su diligencia para zafar de la responsabilidad, sino que deberá probar el rompimiento del nexo causal (culpa de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder, caso ó hecho fortuito, fuerza mayor, etc.)⁵.

En el Código de Comercio encontramos algunas disposiciones de responsabilidad basadas en factores objetivos de responsabilidad, como por ejemplo el artículo 184.

Este sistema de responsabilización objetiva no es más ni menos justo que el de responsabilización subjetiva⁶, sino que mira a la justicia de la reparación del daño desde diferentes óp-

objetivo)...Hay que determinarlas caso por caso en atención a los criterios generales que sirven para diferenciar estos dos tipos de obligaciones, ya que esa distinción no es un a priori, sino un práctico expediente para definir el objeto del contrato y para poder determinar cuándo y cómo se produce el incumplimiento” (ps. 856/857).

- 4 Salvo que la culpa del deudor se “presuma”, en cuyo caso la doctrina las ha denominado “obligaciones de medios agravadas” ó de “resultado atenuadas” (Ver Alterini, Atilio A., “Carga y contenido de a prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual”, en La Ley, 1988-B, 956 y p. Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo II, Ed. La Ley, p.143).
- 5 La división entre “obligaciones de medios” y “obligaciones de resultado” ha sido criticada en su aplicación práctica a casos concretos: “Una ve más se presenta un caso, en el que la famosa clasificación puramente teórica de las obligaciones de medios y de resultados se desmorona y carece de aplicabilidad. Y son tantos y tantos en el área de las prestaciones profesionales que, al margen de otras doctrinas que la fueron minando por el centro de su practicidad (las cargas probatorias dinámicas; la de la carga probatoria del que está en mejores condiciones para acreditar la ejecución correcta de sus compromisos; la aplicación de la responsabilidad objetivo en muchos aspectos; la de la existencia compleja de numerosas presunciones hominis sobre la culpa del deudor; la obligación de seguridad, etc.), muy poco es lo que queda de la famosa división clásica de Demogue (Cifuentes, Santos, “Teoría de las obligaciones de medios y resultados y la responsabilidad de los establecimientos médicos asistenciales”, La Ley 1995-D, 437, nota a fallo de la CNCivil y Comercial Federal, Sala II, “O., G.R. c- Estado Nacional – Armada Argentina”).
- 6 “A mí, la Culpa-así como en el Renacimiento a la Locura- se me tiene presente y se me atribuyen muchas calamidades. Pero diría que, en general, se sabe oco y mal de mis características esenciales y casi nada de mis méritos” (Aguinis, Marcos, “Elogio de la Culpa”, Ed. Sudamericana, Diciembre de 2009, p. 41).

ticas⁷. Así, el reproche subjetivo es de indudable justicia y está de acuerdo con la dignidad y libertad del hombre desde la perspectiva del agente dañador⁸. Por el contrario, el reproche objetivo pone su acento en el lado de la víctima, facilitándole a ella una reparación de los daños sin el deber de demostrar la culpa del que causó el daño⁹.

Esto tiene que ver con la idea expansiva¹⁰ de la teoría del riesgo, y, - por ende, - de la responsabilidad objetiva¹¹. Un sector

7 Para ampliar este tema ver: Pizarro, Ramón Daniel, "Responsabilidad por Riesgo Creado y de Empresa", Contractual y Extracontractual, Parte General, Tomo I, Ed. La Ley, ps. 109/156.

8 "La ductilidad del concepto de culpa, la adecuación a cada circunstancia con arreglo al cúmulo de particularidades que puede presentar, permite resolver con justicia todas las situaciones posibles (Cám. Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala I, 31-08-1993, "A. de G., M.B. c/ L., A A y otro", DJ, 1994-I-362) porque es un concepto elástico, en cuya apreciación los jueces tiene un amplio campo" (Borda, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones II", Buenos Aires, Ed. Abeledo – Perrot, 1971, 3era. Edición, p. 260), ambos citados por: GALDOS, Jorge Mario: ¿"El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa del Código Civil de Vélez Sarsfield?", en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo II, p. 430.

9 En los casos en los cuales la culpa se *presume* , - que no deja de ser un sistema basado en el reproche subjetivo, - se favorece también la reparación del daño desde la óptica de la víctima. A veces, las presunciones de culpa están expresamente establecidas por el legislador, tal lo que sucede en los casos de responsabilidad de los padres, tutores y curadores (arts. 1114 a 1116 y ccdtes. del Código Civil) o en los daños causados "con" las cosa (art. 1113, segundo párrafo, primera parte). En otros supuestos, las presunciones tiene carácter jurisprudencial y se edifican en base a criterios que se han ido cristalizando en la doctrina judicial a la hora de apreciar ciertos hechos, tal lo que sucede en materia de accidentes de automotores con la presunción de culpabilidad que pesa sobre el embistente.

10 Con posterioridad a la reforma del artículo 1113 del Código Civil por la ley 17.711 (año 1968), en la doctrina y jurisprudencia se extendió el ámbito de aplicación del artículo 1113 del Código Civil a los daños que resultaban de aquellas actividades riesgosas, ya sea por su naturaleza o por su modo de realización; por ejemplo, los servicios públicos domiciliarios, médicos, (Lovece, Graciela, "El riesgo de la víctima y la eximición de responsabilidad" (art. 1113 del Código Civil), en Revista Responsabilidad Civil y Seguros, Año 2007, p. 104, Ed. La Ley). Ver también GALDOS, José María, "¿El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa?", en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Tomo II, pgs. 453/475.

11 La teoría del riesgo es una clase de responsabilidad objetiva, que coexiste con otros, como la obligación de resultado, la garantía, el deber de seguridad, etc.. Ello se ve también en los fundamentos para responsabilizar

de la doctrina expresa que el principio general en materia de responsabilidad civil es la culpa, debiendo las responsabilidades objetivas ser emplazadas en un plano subsidiario o excepcional¹².

Otro sector de la doctrina, sostiene que tanto la culpa como los factores objetivos de atribución tienen, en nuestro derecho, similar jerarquía cualitativa, cada uno dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación¹³, ó aún como “regla final del sistema” ó

al Estado, pues al principi se requería un obrar culposo del dependiente de la administración basado en los arts. 43, 1109 y 1113 priemra parte del Código Civil, hasta que en el año 1984 la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo referencia expresa a la causal de “falta de servicio” como causal objetiva de imputación de responsabilidad directa, sin necesidad siquiera de recurrir a la norma del artículo 1113 del Código Civil (Rusconi, Dante D., “Responsabilidad del Estado y del Banco Central de la República Argentina”, en “Responsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos”, Stiglitz, Gabriel (Director), Ed. Rubinzal – Culzoni, ps. 129/131).. El concepto de “*falta de servicio*” prescinde de la noción de culpa, y su fundamento es el principio unitario que rige la responsabilidad estatal que exige afianzar la justicia a través de la restitución que procede para reestablecer la igualdad alterada por el daño ocasionado al particular por un acto o hecho administrativo (Cassagne, Juan Carlos, “Derecho Administrativo”, Tomo I, Novena Edición, Ed. Abeledo – Perrot, p. 489; Cuadros, Oscar A., “Responsabilidad del Estado”, Fundamentos, Aplicaciones, Evolución Jurisprudencial, Ed. Abeledo – Perrot, ps. 233/235).

12 López Mesa - Trigo Represas, “Tratatado de la responsabilidad civil”, Tomo I, p. 55; Brebbia, “Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino”, L.L. 1990-B-1074; Se ha llegado a sostener que “la ley 17.711, al introducir la responsabilidad por riesgo de la cosa en el artículo 1113 del Código Civil, ha establecido una presunción agravada de culpa, al limitar la posibilidad de desvirtuar esa presunción a la comprobación de la culpa de la víctima, de interceso por quien no e deba responder u, obviamente, del caos fortuito o fuerza mayor. Y no se diga que tales eximentes no acreditan una ausencia de culpa sino una ruptura de la relación de causalidad entre la cosa y el daño, pues, la culpa d ela víctima o del tercero excluyen el elemento subjetivo de la responsabilidad, pero nada tienen que ver con el elemento objetivo (causalidad) (Moisá, Benjamín, “La Culpa como único fundamento de la responsabilidad civil”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Diciembre de 2006, ps. 17/18).

13 Pizarro, Ramón Daniel, “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y.....”, cit., Tomo I, Parte General, p. 165, Ed. La Ley; Fernández Madero, Jaime, “La nuevas ideas en el derecho de daños”, La Ley 2002-A, 1102, quien afirma que “en la actualidad la responsabilidad objetiva dejó de ser la excepción de nuestro régimen, para competir con la culpa de igual a igual por el premio de la atribución”.

“válvula de cierre”¹⁴, llamada a aplicarse en todos aquellos supuestos no encasillados en ningún otro régimen de responsabilidad¹⁵.

A pesar de esta disquisición doctrinaria, los hechos, - tanto a través de la jurisprudencia como de la legislación-, están marcando los tiempos de *preeminencia* de los factores objetivos de atribución. Entre ellos podemos ver la “obligación de seguridad”, el “deber de seguridad”, la “garantía”, la “apariencia” y el “riesgo”, citados en cada vez más repertorios jurisprudenciales como fundamento de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual¹⁶. Y en materia legislativa, últimamente existe una tendencia a imputar objetivamente las responsabilidades, como podemos observar en los arts. 5,6 y 40 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, ref. por la ley 24. 449; artículo 107 de la ley 24.522; artículo 45 y 47 de la Ley 24051 de Residuos peligrosos, Artículos 28 y 29 de la Ley General de Ambiente N° 25.675, etc.

También, y de modo tácito en el ámbito contractual, hay una fuerza expansiva del deber de seguridad derivado *ex lege* del artículo 1198 del Código Civil, que se integra al contexto del contrato, estando implícito en él¹⁷.

Coincido con el criterio que sostiene que tanto la culpa como el riesgo y los demás factores objetivos de atribución deben ser

14 El Proyecto de Código Civil de 1998 redactado por la Comisión designada por decreto 685/95 se establece la culpa como “norma de clausura del sistema” (art. 1602).

15 Mayo, Jorge A. – Prevot, Juan Manuel, “La carga de la prueba en los juicios de daños y perjuicios”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, año 2007, p. 154, Ed. La Ley.

16 Es por ello, que aún la doctrina subjetivista reconoce que la responsabilidad por culpa ve afectada su esfera de actuación a las obligaciones contractuales de medios y a las extracontractuales encuadradas en el artículo 1109 del Código Civil, constituyendo éste un continente excesivamente estrecho para el eminente principio general de la culpa que mal que les pese a muchos, sigue siendo el principio general en materia de responsabilidad” (López Mesa – Trigo Represas, “Tratado de la responsabilidad Civil”, Tomo I, p. 642)

17 Al margen de los casos expresamente previstos en la legislación (art. 75 LCT, art. 184 del Código de Comercio, leu 23.184 de espectáculos deportivos, art. 1118 del Código Civil respecto del posadero u hotelero, o lo asentado en el artículo 5 de la ley de defensa del consumidor 24.240) (ver: Saux, Edgardo I., “La Obligación de seguridad en los vínculos contractuales”, en Suplemento Especial La Ley “ Obligación de Seguridad”, Setiembre de 2005, p. 17, nota 14).

aplicados en forma equivalente, cada uno dentro de su propio ámbito¹⁸. Esto quiere decir que, cuando haya previsión legislativa expresa sobre cierto factor de atribución¹⁹, debe respetarse el mismo, salvo que no pase el test de constitucionalidad²⁰. Y cuando no existe previsión normativa en ese sentido, la aplicación analógica (extensiva) de factores objetivos de atribución debe ser **aplicado** con mucha prudencia, pues la analogía,- entiendo,- no puede ser fuente de restricción de los derechos del imputado como responsable²¹. Esto último es así, con más razón,

18 En doctrina se expresa que “no hay incompatibilidad entre la responsabilidad por culpa y por riesgo, pudiendo el damnificado invocarlos de manera simultánea a fin de que prospere el que el magistrado reputa jurídicamente viable, ya que a él corresponde la aplicación del derecho, sin quedar vinculado al que las partes invocaren” (Trigo Represas, Félix y Compagnucci de Caso, Rubén, “Responsabilidad civil por accidentes de automotores”, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1996, Tomo 2, p. 226). Idem: Piaggio, Anibal, op. cit., p. 220/221 donde pregona la posible *armonía* entre la culpa y los factores objetivos de atribución, ejemplificando con lo dispuesto en el Anteproyecto de Código Civil de 1998, redactado por la Comisión designada por decreto PEN N° 685/95. En él se establece la culpa como norma de clausura del sistema (art. 1602), y, paralelamente, en el párrafo 259 expresa que uno de los ejes fundamentales del Proyecto es la “expansión de la responsabilidad objetiva”.

19 Cualquiera sea la solución que doctrinariamente se apadrine sobre el “factor de atribución”, lo cierto es que el “dato legislativo” constituye un instrumento de contraste insoslayable, entendiéndose: el punto de inflexión o equilibrio en la selección del criterio adecuado de imputación. Bien se dijo que para resolver una cuestión, es preciso tener presente la necesidad de anclarse en el derecho positivo. De lo contrario, nuestras mociones no serían más que meras elucubraciones *de lege ferenda*” (Prevot, Juan M. “Obligaciones de Medios y de Resultado” – Revisión Crítica de la Clasificación, La Ley 2007-B, 854/855).

20 Como ocurriera con el artículo 39, primer párrafo de la Ley de Riegos de Trabajo 24557, que impide al trabajador reclamar al empleador la reparación integral en base a la culpa, lo cual excluía también la posibilidad de reclamar en base a un factor objetivo de atribución (sólo se aplica el dolo como factor subjetivo). Ello fue dejado de lado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Aquino” (CSJN 21/09/2004, “Aquino, Isacio c7 Cargo Servicios Industriales SA”).

21 Sin embargo, la doctrina mayoritaria en nuestro país aplica analógicamente el artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte a las “actividades riesgosas” (ver: Bueres – Highton (coord.), “Código...”, cit., Tomo 3^a, ps. 554/555.). También, Trigo – Represas y López Mesa (“Tratado...”, cit., Tomo II, p. 824), sostienen que en materia de espectáculos públicos de concurrencia masiva, se ha sostenido *la aplicación analógica* de la ley de espectáculos deportivos (ley 23.184, ref. por ley 24.192), sin perjuicio de lo cual se alcanzan las mismas soluciones por aplicación de los principios

si,- como dijo la Corte de Justicia de la Nación,- “para que se mecanicen las eximentes de culpa de la víctima o de un tercero por el que no se debe responder y liberen totalmente de responsabilidad a la demandada, ésta debe acreditar el protagonismo de dichas causales de “modo fehaciente”, lo que significa que la “causa ajena” que intervino en la causación de los perjuicios debe ser interpretada restrictivamente²². “Cuando se hace uso de la opción que autoriza la ley 9688, la aplicación del art. 1113 del Código Civil requiere, para fundar la pretensión resarcitoria respecto de su empleador, *encontrarse reunidos los requisitos exigidos por las normas cuya aplicación se pretende*”.²³

Otro argumento para sostener esta postura de equivalencia entre los factores subjetivos y objetivos, es el hecho que es admitido doctrinariamente que tanto en la responsabilidad contractual como en la aquiliana hay unicidad en el concepto de culpa²⁴ (y dolo); no así en materia de riesgo ó factores objetivos de atribución en materia contractual²⁵. Además, los factores exi-

generales y de las disposiciones de la ley 24.240 (arts. 5º, 6º, 40 y cc-dtes.).

- 22 Sagarna, Fernando Alfredo, “Accidentes de tránsito. El peatón que aparece imprevistamente. Jurisprudencia de la Cámara Nacional Civil y de la Corte Suprema”, La Ley, 2000-C, 511 y 512.
- 23 CSJN, “O` Mill, Allan E. c- Provincia del Neuquén”, 19-11-1991, JA 1992-II-153- La Ley, 1992-D, 228). Ver también: Kemelmajer de Carlucci, Aída: “Reflexiones en torno a la acción d derecho común en la nueva ley de accidentes de trabajo y en el Código Unico”, ED, 146-632.
- 24 Bueres, Alberto, “Derecho de Daños”, Ed. Hammurabi- José Luis Depalma (Editor) p. 461.
- 25 No es pacífica la doctrina que acepta sin más la diferencia entre obligaciones de medios (de carácter subjetivo) y obligaciones de resultado (de carácter objetivo) (Prevot, Juan M., “Obligaciones de Medios y de Resultado”, Revisión Crítica de la Clasificación, La Ley, 2007-B, 852; Zannoni, Eduardo, “Obligaciones de Medio y de Resultado”, en JA, 1983-II, 157; Belluscio, Augusto C., “Obligaciones de Medios y de resultado. Responsabilidad de los Sanatorios”, L.L. 1979-C-28); como así tampoco existe previsión normativa expresa que prevea el factor de atribución por riesgo en materia contractual (principal factor de atribución de la responsabilidad extracontractual) (Mosset Iturraspe- Novellino, “Derecho de Daños”- La Prueba en el Proceso de Daños, Ed. La Rocca, p. 133). En el ámbito que más se ha desarrollado en nuestro país la obligación contractual de resultado es en las denominadas “obligaciones de seguridad” los que, en principio, son obligaciones de resultado y no de medios (Ver: Vázquez Ferreyra, Roberto A., “La Obligación de Seguridad y la Responsabilidad Contractual”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 17, Respon-

mentos de responsabilidad son más gravosos en casos de responsabilidad objetiva que en casos de responsabilidad subjetiva, y los mismos no pueden limitarse sino cuando la ley así lo prevea expresamente²⁶.

Además, la culpa no ha perdido presencia ni peso en el sistema de responsabilidad civil ante el avance de la objetivación de los factores de responsabilidad. La culpa resiste desde la trinchera de las “eximentes” de responsabilidad objetiva, ya sea a través de expresa previsión normativa (artículo 1113 del Código Civil)²⁷,

sabilidad Contractual-I, Ed. Rubinzal – Culzoni, ps. 79/93). Por ello, bien se ha dicho que en el campo negocial “resultan indiferentes las figuras del dueño y el guardián mentadas en el artículo 1113 del Código Civil, dado que el “solvens” responde en carácter de tal y no por estar investido de aquellos roles. En el campo negocial, el deudor responde – sea o no guardián del objeto- por haberse comprometido a cumplimentar un deber calificado adicional de indemnidad. Las particularidades mentadas- es decir la objetivación del facto (de atribución) cualquiera sea la naturaleza o características operativas propias de la cosa (es decir, si el daño con la cosa ó por el hecho del riesgo o vicio de la misma) causante del daño, y la intrascendencia de la propiedad o guarda de la misma- constituyen *diferenciaciones sustanciales* entre el sistema de responsabilidad contractual que proponemos, y el que normativamente se encuentra instituido en materia extracontractual (arts. 1109, 1113, parte segunda, párrafos primero y segundo del Código Civil) (Agoglia- Boragina – Meza, “Responsabilidad Por Incumplimiento Contractual”, cit., p. 204).

- 26 Que el ordenamiento haya limitado en casos específicos las eximentes, como sucede con el artículo 184 del Código de Comercio para el transporte de personas- obligación de seguridad no tácita, sino derivada expresamente de la ley,- no significa que pueda generalizarse alegremente la solución para los supuestos de obligaciones tácitas de seguridad, fundados en el concepto doctrinario y apriorístico de que se trata de una obligación de resultado. Ello significa que no pueden limitarse las eximentes de responsabilidad sino cuando la ley lo determina expresamente, máxime cuando se admite, dentro de los límites fijados por la ley, las cláusulas de exclusión o reducción de la responsabilidad (Mayo, Jorge A., “La obligación de seguridad. El factor de atribución”, en “Obligación de Seguridad”, Vázquez Ferreyra, Roberto (dir), Suplemento Especial Ed. La Ley, 2005, p. 13).
- 27 Shina – Petrone-Gramano-Sobrino, en Ghersi, Carlos A. (Director), “Responsabilidad Objetiva. El Artículo 1113 y la Ley 24.999”, en “Responsabilidad 3, Ed. Jurídicas Cuyo, ps. 92/93, donde expresan que “los factores objetivos de atribución tampoco prescinden de la noción de culpa.. El verdadero cambio que introdujo la reforma del año 1968 no consistió en suprimir la noción de culpa al crear los factores objetivos, sino que ha *invertido* su tratamiento, de manera tal que la culpa del agente dañador no es un requisito para la aplicación de una sanción, sino que constituye a la culpa ajena (culpa de la víctima o de un tercero) como un eximente del deber de reparar....En realidad lo que se hace es *invertir* el sentido de

como de creación doctrinaria y jurisprudencial (presunciones de culpa).

Sin perjuicio de lo dicho hasta aquí en este tema, la *praxis judicial* demuestra que se puede, - en forma promiscua, - intentar resarcirse apelando a la fundamentación jurídica de los hechos en normativa que se refiera tanto a pautas subjetivas como objetivas²⁸. Nótese que a pesar de dicha “práctica”²⁹, no da lo mismo para quien es demandado que la traba de la litis se haga en base a factores objetivos de atribución (riesgo, garantía, equidad, seguridad, etc.) que se lo haga en base a factores subjetivos (culpa ó dolo). Ello así, porque los factores eximentes de responsabilidad³⁰ son distintos para los casos de imputación objetiva que

la aplicación de culpa”.

28 Esto es lo que sucede en casi todos los supuestos de demandas por accidentes de tránsito, en los cuales, en la parte de la fundamentación en derecho, se citan indistintamente los artículos 1109 y 1113 del Código Civil para responsabilidad al conductor del vehículo. Esto es muy bien advertido por Casiello (Juan José Casiello, “La Culpa en los accidentes de tránsito”, Revista de Derecho de Daños, Nro. 2, Accidentes de Tránsito-II”, Ed. Rubinzal- Culzoni p. 259), quien expresa: “En verdad, el operador jurídico, el abogado práctico, no se conforma con hacer una aséptica invocación de la teoría del riesgo, sino que `cargará las tintas sobre el demandado, de quien reclama el daño, y dirá que su conducta fue groseramente *culpable* y que por eso merece el reproche y la sanción` ...En una palabra: el operador jurídico procurará convencer al Tribunal que “la justicia del caso”, la que castiga al culpable y absuelve al inocente, está de su lado. Y así, aún entendiendo que la imputación por riesgo (art. 1113, segunda parte del Código Civil) podría serle suficiente para que prospere la demanda, ese abogado no dejará de utilizar el argumento de la culpa, sin duda más convincente y más valioso para la condena según el `espíritu del pueblo`”.

29 Incluso en el derecho español, en el cual se acepta jurisprudencialmente la responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo aún sin previsión legislativa expresa, no se prescinde totalmente de la culpa. En este sentido, no se prescinde absolutamente del “reproche probabilístico”, si bien se eleva la diligencia exigida, se extrema la prudencia e orden a evitar el daño. Es lo que el Tribunal Supremo ha designado, en algunas resoluciones, como agotamiento de la diligencia, en el sentido de exigir la diligencia que se corresponda con las circunstancias de persona, tiempo y lugar (Alvarez Lata, Natalia, cit., p. 310/311).

30 Como eximentes de la responsabilidad subjetiva, pueden mencionarse: a)-A las causales de inculpabilidad debidamente invocadas y probadas: error de hecho esencial y excusable, dolo, violencia e intimidación. Cuando esto sucede, el acto deviene sin intención y libertad respectivamente, desvaneciéndose el presupuesto de la voluntariedad sobre el que se asienta el juicio de culpabilidad; b)-La prueba de falta de culpa (o no

para los casos de imputación subjetiva³¹. Ergo, no sólo deberá probar la existencia de alguna causal que “corte en nexo causal” (responsabilidad objetiva) para que no opere la “presunción de causalidad” de este tipo de responsabilidad, sino que también, - y por las dudas, - deberá probar su falta de culpa, diligencia, etc.

Lo que digo es ajeno a la función que le toca al juez³² para definir el derecho en el caso concreto frente a la existencia de un claro factor objetivo de atribución, como es el riesgo en los accidentes de tránsito, por ejemplo.

Se ha señalado, con acierto, que la caracterización y tipificación del *riesgo creado* a veces encubre una suerte de *impreg-*

culpa), o lo que es igual, de un obrar diligente, esto es, apropiado al objeto de la obligación en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

En cambio, en un contexto de responsabilidad objetiva, la prueba de la no culpa es irrelevante, por lo que debe probar el rompimiento del nexo causal a través del caso fortuito, hecho de un tercero extraño o de la propia víctima (Pizarro, Ramón Daniel, “Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa”, Contractual y Extracontractual, Parte General, Tomo I, Ed. La Ley, p. 55/56).

- 31 En palabras de la Corte Federal, “al actor incumbe la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad la demandada debe acreditar la existencia de fuerza mayor, culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (Fallos 313: 1184; 316:2774; 323:2930).
- 32 Nos dice la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci: “No debe tomar el expediente buscando culpas para condenar sino que, partiendo de la base de que el daño debe ser reparado, tiene que asumir, con toda conciencia, que sólo rechazará total o parcialmente la demanda si encuentra causas ajenas al demandado. El tribunal debe verificar si se reúnen los requisitos de la responsabilidad por riesgo de las cosas: existencia de daño; nexo de causalidad, calidad de dueño o guardián del demandado. Comprobados esos registros, resta reflexionar sobre las causales de eximición. En suma, lo subjetivo (culpa de la víctima o de un tercero) sólo debe interesar como eximente de responsabilidad y no como factor de atribución” (aut. Cit., “¿Puede resucitar la teoría de la compensación de los riesgos?, Revista de derecho de daños, N° 1, “Accidentes de Tránsito – I”, Ed. Rubinza – Culzoni, p. 62). La misma autora, con cita de Casiello (Juan José Casiello, “Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente automotor”, La Ley 1990-C-509) en la página 63 nos dice: “Es cierto que normalmente las demandas relatan cómo sucedió el accidente, y con tendencia irrefrenable se le ´echa la culpa´ al demandado: pero esto no significa que el juez deba rechazar la demanda porque no se probó la culpa invocada, si de los hechos relatados surge indubitadamente el riesgo, como factor de atribución, no ha sido ajeno a la litis, aunque así no haya sido calificado por la parte. Simplemente, si se prueba la culpa, el demandado responderá a un doble título: objetivo y subjetivo”.

nación subjetiva, de adherencia de desaprobación de conducta humana. En estos casos, el riesgo *se completa* casi necesariamente con la impericia, la imprudencia y negligencia del sindicato como responsable. El derecho *vívido* denota que, aunque sin quererlo o sin buscarlo, en muchos pronunciamientos judiciales se entremezclan³³ riesgo y culpa el daño proviene del riesgo o vicio de la cosa³⁴, sea que la cosa sea peligrosa o riesgosa por su propia naturaleza o en razón de su empleo, o sea con absoluta independencia de las circunstancias en las cuales se encuentra. Así, por ejemplo, tratándose de cosas inertes, la jurisprudencia ha exigido

- 33 En un decisorio de grado laboral, que decidió la aplicación de las reglas de la reparación del Código Civil a enfermedades laborales extrasistemáticas (o sea, fuera del artículo 6, segundo párrafo de la LRT), se percibe la tarea del Juzgador para separar los ámbitos de responsabilidad (objetivo y subjetivo): "...Sin perjuicio de considerar que se da en el caso el supuesto de responsabilidad objetiva por el vicio de la cosa (ambiente de trabajo), *no debe descartarse la existencia de culpa* o negligencia del empleador, toda vez que del examen de las presentes actuaciones surge con toda claridad tal circunstancia...". La sentencia agrega en sus Considerandos, que "más allá de la existencia o inexistencia de una cosa viciosa, lo cierto es que en caso resulta, a todas luces, evidente que ha mediado una conducta omisiva por parte de la demandada, en la implementación de medidas de capacitación y protección de un trabajador que cumplía sus tareas en un ambiente viciado, lo que torna responsable al empleador por los daños derivados de ello, en el marco de lo normado por el artículo 1109 y concordantes del Código Civil" (citada por Schick, Horacio, "Riesgos del Trabajo", Temas Fundamentales, cit., p. 137).
- 34 La Cámara Nacional Civil, Sala B, en decisorio de fecha 21/12/2005, en la causa "Remestvensky, María Luisa c- Aguas Argentinas SA", publicado en La Ley 25 de Abril de 2006, condenó a la demandada por encontrarla responsable el accidente sufrido por la actora por la caída en la vereda al introducir una pierna en un medidor de agua que estaba destapado. La Cámara consideró que el hueco en la vía pública, que carece de adecuada señalización se trata de una *cosa potencialmente riesgosa* en los términos del artículo 1113 del Código Civil, o sea, imputó responsabilidad objetiva. Y luego, expresó: "En fin, de las circunstancias hasta aquí reseñadas, entiendo que, - en la especie, - lejos ha estado la quejosa de acreditar alguna causal exoneratoria que interrumpa - siquiera parcialmente- el nexo de causalidad previsto por el precepto jurídico aplicable al caso. Por el contrario, de las pruebas colectadas se verifica que fue la conducta *poco diligente* de la accionada la que determinó el acaecimiento del hecho". Esta última apreciación, - "conducta poco diligente de la accionada", - conlleva un análisis de tinte "subjetivo" , y pareciera que si la demandada hubiese probado su "no culpa" se hubiese eximido de responsabilidad, contrariando ello la expresa imputación objetiva que hizo la sentencia en base al artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte (riesgo de la cosa) del Código Civil.

do para considerar aplicable el artículo 1113, párrafo 2do., parte 2, que ésta ocupe una posición anormal u ostente una anomalía de acuerdo a las circunstancias del caso (el bache omitido de señalizar, la escalera húmeda o grasosa o mal construida, el suelo de un supermercado anormalmente resbaladizo, el automóvil detenido en la mitad de la autopista, etc.), pues solo así podrá haber jugado un rol causal activo o caracterizado³⁵.

II-La doctrina del riesgo:

Durante buena parte del siglo XIX, la culpa fue considerada el criterio en virtud del cual era posible atribuir responsabilidad civil. La respuesta a la pregunta acerca del fundamento por el cual el causante del daño debía compensar a la víctima era respondida sin hesitación: porque ha incurrido en culpa y sólo eso. De esta manera, la responsabilidad civil comportaba una forma de sanción, ya que la conducta del agente determinaba el nacimiento de la indemnización: “sólo era responsable el autor y cuando él era culpable, sea en la acción misma o en la vigilancia de las cosas”³⁶

35 Piaggio, Aníbal H., “Presencias de la Culpa”, L.L. 2005-F, 1444. Otro autor sostiene que “Creemos que, en definitiva, todavía no nos hemos atrevido a admitir, sin retaceos que el riesgo creado en algunas hipótesis-no todas- adquiere mayor fuerza expansiva porque, per se y como factor autónomo que endilga un deber de responder, ostenta con distinto grado de *incidencia una conducta humana* reprobada a título de culpa que, en cierta manera- que quede claro- integra y conforma (concausa) ese mismo y único presupuesto objetivo” (Galdós, Jorge M., “¿ El riesgo creado suprimió el riesgo de la culpa?, op. cit., loc. Cit., p. 494). “A pesar de que una cosa en sí misma considerada puede no ser peligrosa, en ocasiones alcanza ese carácter en función de las circunstancias del caso” (C. 1^a. Civ. y Com. San Nicolás, 8/4/2003, “Arancegui, Adriana Graciela c- Subsecretaría de Trabajo y otro”, LLBA 2003-779). “Cabe responsabilizar al conductor del automóvil que embistió a otro que se encontraba detenido en la banquina, pues la sola detención del rodado, que no es abrupta ni exterioriza la violación de reglamentación alguna, no permite atribuir a su conductor grado alguno de responsabilidad, ya que, si bien en la ruta se creó un obstáculo para la circulación vehicular, ello no autoriza por sí sólo a exculpar a los conductores que no tuvieron la necesaria habilidad para eludirlo” (CNCivil, Sala E, 20-03-2006, “Lagos, José c- Expreso General Urquiza SRL”, DJ del 20-09-2006, p. 188).

36 Besalú Parkinson, Aurora, “Factor de Atribución Objetivo en la Responsabilidad Civil (Con especial referencia al riesgo y al caso de los accidentes

Un destacado fenómeno del Derecho contemporáneo, es el retorno a formas primitivas de imputación de responsabilidad, prescindentes de la exigencia de culpabilidad en el sujeto para atribuirle las consecuencias de un hecho del que es autor material. Se trata de la teoría del riesgo creado cuyo paradigma de imputación estriba en atribuir el daño a todo el que introduce en la sociedad un elemento virtual de producirlo. Esta teoría prescinde de la subjetividad del agente, y centra el problema de la reparación y sus límites en torno a la causalidad material, investigando tan sólo cuál hecho fue, materialmente, causa del efecto, para atribuírselo sin más: le basta la producción del resultado dañoso, no exige la configuración de un acto ilícito a través de la sucesión de sus elementos tradicionales –que arrancan de la ilicitud objetiva del obrar y se continúan con la culpabilidad del agente,- y se contenta con la transgresión objetiva que importa la lesión del derecho subjetivo ajeno³⁷.

Es así, que a finales del siglo XIX, muchos autores expresaron sus dudas acerca de la adecuación de la culpa como fundamento de la responsabilidad, en vista del creciente número de accidentes causados por máquinas. En esos casos la culpa y la causalidad eran muy difíciles de establecer y ello traía aparejado que muy frecuentemente no se indemnizara a las víctimas de daños graves. La respuesta de la responsabilidad civil fue, entonces, la “Teoría del Riesgo” como fundamento de una responsabilidad objetiva. De este modo, la función de la responsabilidad civil pasó a ser reparadora o resarcitoria. En virtud de estos nuevos principios, la víctima no se ve necesitada de probar la culpa del presunto autor del hecho dañoso por el cual reclama la indemnización, sino que le basta con acreditar, en principio, el riesgo, el daño y la relación de causalidad entre ambos, cumpliéndole al sindicado como responsable la prueba de la fractura del nexo causal³⁸. La aplicación del artículo 1113 del Código Civil exige la prueba de la relación causal adecuada entre el

ente extraños)”, en Suplemento Especial La Ley, 70 Aniversario, Noviembre de 2005, p. 49, Ed. La Ley.

37 Alterini, Atilio Aníbal, “Responsabilidad Civil”, Ed. Abeledo – Perrot, ps. 106/107, Tercera Edición.

38 Besalú Parkinson, Aurora, “Factor de Atribución...”, cit., ps. 50/51.

daño producido y la cosa, y no la prueba de que ésta última era riesgosa ó viciosa, como alguna vez se ha requerido, pues ésta última es un retroceso que arguye desconocer el sentido del artículo 1113. Producido el daño, hay que presumir que lo fue por el riesgo o vicio de la cosa³⁹

II.A-Daños causados por el hecho del hombre. Las “actividades riesgosas”:

Tradicionalmente, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, los daños causados por el “hecho del hombre” han caído bajo el ámbito del factor subjetivo de atribución de responsabilidad civil, es decir, la culpa (art. 1109 del Código Civil).

Hipótesis que comprende todos los detrimentos que sean causados por el obrar directo de un sujeto, sea que el mismo se consume mediante el empleo de una cosa que actúa mansamente en sus manos, como un instrumento pasivo, o sin ella. Esta categoría está comprendida, en principio, en el artículo 1109 del Código Civil y alcanzada por el principio de la culpa.

Pero actualmente, la doctrina incluye también como “hechos del hombre” con responsabilidad objetiva del artículo 1113 Código Civil, a las actividades llevadas a cabo por el mismo, *con o sin intervención de cosas*, cuando las mismas sean “riesgosas”⁴⁰. Así, se ha dicho que “corresponde la extensión de la responsabilidad por el riesgo de la cosa prevista en el artículo 1113, párrafo segundo, segundo supuesto del Código Civil, al riesgo de la actividad desarrollada- *intervenga o no una cosa*- en estadios deportivos⁴¹.

El concepto de ‘cosa riesgosa’ debe ser valorado en cada caso concreto y de acuerdo a sus circunstancias particulares, y que si bien cabe distinguir entre ‘cosa riesgosa’ y ‘actividad

39 Kemelmajer de Carlucci, Aída R., en “Código Civil y Leyes Complementarias”, Belluscio – Zannoni (Directores), Tomo 5, p. 581, Ed. Astrea.

40 Bueres – Highton (coord.), “Código Civil” Anotado, Comentado y Concordado”, Tomo 3º, Ed. Hammurabbi, p. 554, interpretan que,- por vía de analogía,- el artículo 1113 del Código Civil comprende las actividades riesgosas.

41 Voto ampliatorio de la Dra. Highton de Nolasco en la causa “Mosca, Hugo c- Provincia de Buenos Aires y otros”, CSJN, 2007/03/06.

riesgosa`, el artículo 1113 incluye a ambos, señalándose que comprende entre otras cosas el medio donde se presta la tarea, las condiciones de trabajo y todo aquello que contribuya a crear un riesgo”⁴².

Acá lo importante no es la calificación de la cosa como potencialmente riesgosa o no (lo que encuadraría, respectivamente, en los otros supuestos del artículo 1113 del Código Civil- daños “por el riesgo o vicio de las cosas”⁴³ ó daños causados “con⁴⁴ las cosas”), sino la “*actividad*” en la cual las cosas intervienen sólo de modo “*instrumental*”. Tomemos como ejemplo la ley 24.051 sobre Residuos Peligrosos. El artículo 45 de dicha ley expresa que “se presume, salvo prueba en contrario, que todo residuo peligroso es *cosa riesgosa* en los términos del segundo párrafo del artículo 1113 del Código Civil, modificado por la ley 17.711”⁴⁵; siendo responsables por el daño producido por los mismos los “generadores” en calidad

42 Mosset – Iturraspe- Piedecabras, “Código Civil Comentado”, Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Rubinzal- Culzoni, Tomo VII-C, p. 343. En contra: “El art. 1113 del Código Civil no compromete por riesgo profesional, sino por riesgo suscitado *por las cosas* de las que se es dueño o guardián y son generadoras de daño. La *mera actividad empresarial*, por sí misma, *no puede conceptualizarse como “cosa”* a los fines de encuadrar la responsabilidad del empresario en disposiciones del art. 1113 del Código Civil” (CTRabaja Córdoba, Sala 10 unipersonal, 2005/09/13, “Croquel, Ernesto D. c- Cargo Servicios Industriales SA”, La Ley Córdoba, 2006, p. 74.).

43 Artículo 1113, segunda parte, segundo párrafo: “Comprende, en principio, supuestos de daños causados por el hecho de la cosa, en donde ésta interviene activamente en la producción del resultado, pero a diferencia del daño causado con las cosas (en las cuales también la cosa interviene activamente), el daño proviene del riesgo o vicio de la cosa. La calificación de una cosa como riesgosa o viciosa depende de la casuística, y se tratará de cosas que por su naturaleza, estado o modo de utilización engendra riesgos a terceros (

44 Artículo 1113, primera parte, segundo párrafo): Comprende un supuesto de daño causado por el hecho de la cosa, en el cual ésta interviene activamente en la producción del mismo, escapando al control de su dueño o guardián. Se trata de cosas que normalmente no ofrecen peligro, sea por su propia naturaleza o por el uso que se les dé.

45 El abandono de desechos contaminantes constituye una conducta riesgosa generadora de responsabilidad, pues, cuando de daños causados con intervención de cosas se trata, no se juzga la titularidad dominial al tiempo del evento nocivo (CNac. Civil, Sala I, 30/06/1994, “D., D y otros c/ Fábrica de Opalinas Hurlingham SA”, L.L. 1995-C-361).

de dueño de los mismos (art. 22), los transportistas en calidad de guardianes de los mismos (art. 31) y las plantas de tratamiento y/o disposición final también en calidad de guardianes de ellos (art. 44). Se ha dicho, respecto de este *cúmulo* de responsabilidades, que si “bien la normativa señalada se presenta como una aplicación de la responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa, haciendo expresa referencia a conceptos como “cosa peligrosa”, “dueño” ó “guardián”, una recta interpretación de la misma permite inferir que, en realidad, la responsabilidad surge principalmente del riesgo de la *actividad desplegada* por quien introduce en la comunidad residuos peligroso, los transporta o los recibe para su tratamiento y disposición final”⁴⁶. Adviértase que el “cúmulo de responsabilidades” están legisladas en *compartimentos estancos*, que sin embargo la doctrina citada los ha entendido como correlacionadas como partes necesarias de una *actividad*⁴⁷ riesgosa. Se trata de *un conjunto* de hechos del hombre, y que no puede interpretarse de modo genérico, pues de ese modo entrarían en la definición muchos casos de la vida cotidiana, deformando así la interpretación extensiva del artículo 1113 del Código Civil).

En concreto, la actividad debe calificarse abstrayéndose de si se vale de cosas para su desarrollo, ó si, valiéndose de las mismas, éstas son riesgosas ó viciosas⁴⁸.

Se interpreta en doctrina que una *actividad es riesgosa* cuando por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales) o por las circunstancias de su realización (vgr.; por algún accidente de lugar, tiempo o modo)

46 Pizarro, Ramón D., “Accidentes.....”, cit., loc. Cit., ps. 111/112.

47 El concepto de “actividad” por oposición a un cúmulo de actos aislados, puede tomarse de la doctrina societaria, en especial de lo explicado por Efraín Hugo Richard respecto a la correcta interpretación del artículo 19 de la Ley de Sociedades Comerciales que regula la nulidad societaria por actividad ilícita. “La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos). Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia (Aut. Cit, “Sociedad con Actividad No Autorizada y Actividad Ilícita”, en “Anomalías Societarias”, Ed. Advocatus, 1996, ps. 181/182).

48 Pizarro, Ramón Daniel, “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa”, Contractual y Extracontractual, Parte Especial, Tomo II, p. 75.

genera riesgo o peligro para terceros, intervenga o no una cosa, activa o pasivamente⁴⁹.

Por ello, “una actividad puede ser peligrosa, aunque las cosas utilizadas sean en sí mismas inofensivas, pues el riesgo obedece aquí al impulso dado a aquéllas y no a un atributo del objeto”⁵⁰.

Desde el punto de vista lógico y valorativo, se ha dicho que la “noción de riesgo no puede ser un *posterius* sino un *prius*, debiendo realizarse una valoración en abstracto, con total prescindencia del juicio de reprochabilidad que podría merecer la conducta del sindicado como responsable en concreto”⁵¹.

La valoración de la “actividad como riesgosa” ex ante, nos previene del peligro de hacer una interpretación deformadora de la responsabilidad por “actividad riesgosa” y extenderla a cualquier daño producido por actividades en las cuales no se ha puesto el debido cuidado y previsión. Por ello, considero que la noción de “actividad riesgosa” debe ser analizada y conceptualizada *en abstracto*, ex ante⁵². Pues si analizamos a la actividad como “riesgosa” ex post, caeremos en la cuenta que estamos imputando responsabilidad por la omisión en los deberes de conducta (pericia, prudencia, etc) que el despliegue de la actividad requería, haciendo con ello un reproche subjetivo de la conducta. O sea, “actividades que en abstracto no son riesgosas” (vgr., competición de bicicletas) degeneran en “riesgosas” por falta de cuidado ó previsión en la organización (vgr.; ausencia de controladores de tránsito, chequeos del equipamiento de los

49 Galdós, Jorge Mario, “El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa?”, en libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Tomo II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año 2000, p. 451

50 Zavala de González, Matilde, “Responsabilidad por Riesgo. El nuevo artículo 1113”, Ed. Hammurabi, 2da. edición, Buenos Aires, 1997, p. 195 y sgtes.

51 Bueres – Highton (coord.), “Código...” cit., p. 556.

52 Lorenzetti participa de la postura de la calificación “ex ante” de la peligrosidad de la cosa o la actividad, “ lo que mejora la previsión porque esa tarea a cargo del juez la desmejora” (Ricardo Luis Lorenzetti, “Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el Derecho Argentino”, en Aída Kemelmajer de Carlucci (dir.) y Carlos Parellada (co-ord.), “Derecho de Daños, Homenaje al Profesor Dr. Félix Trigo Represas, Bs. As. La Rocca, 1993, p. 346.

participantes, etc.)⁵³.

Leamos el siguiente resumen de un precedente judicial⁵⁴: “La responsabilidad por las lesiones irreversibles sufridas por un motociclista durante una carrera amateur al colisionar con una moto que estaba caída en la pista, debe atribuirse en un mayor porcentaje a cargo de la entidad organizadora del evento y la Municipalidad que lo auspiciaba – 80% y en menor grado a la víctima, pues el principal elemento causal del accidente fue que los banderilleros no avisaron a los competidores acerca de la existencia de un obstáculo en la pista, lo cual genera la *culpa de los demandados*, que no contrataron personal experto, y la del actor, que *conocía* que la competencia no cumplía con el mínimo de las garantías de seguridad”.

En casos como el citado, no se puede hablar *ex ante* de competencias riesgosas si la organización aparenta haberse encargado de los requisitos mínimos de seguridad (vgr., banderilleros, ambulancia debidamente equipada para los riesgos que se corren, etc.). Lo que hace que la competencia sea luego valorada como “riesgosa” es su devenir. Leemos en el caso citado que los banderilleros abandonaron su lugar para socorrer a otro competidor accidentado, lo que provocó que el actor, - que venía circulando detrás de dicho accidentado, - no tuviera quien le avisara de tal accidente y chocara en su moto con la moto abandonada del accidentado.

También se ha dicho⁵⁵ que “el hecho de vender café en sí no

53 Cito un precedente jurisprudencial que sirve como ejemplo de lo dicho: El servicio de restaurant no es riesgoso per se, sino que puede convertirse en ello si se sirve comida en mal estado en su establecimiento. En este último caso, se imputó responsabilidad al propietario del restaurant por “*incumplir con la obligación propia de su actividad, de supervisar y vigilar las condiciones en que se prestaba el servicio para evitar las consecuencias dañosas*” (Cámara nacional Civil, Sala A, 21/11/2006, “Ferradas, Olga B. c- Restaurant Turuleca de José Luis Barbero González”, La Ley Online).

54 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, 27/02/2006, “Molina, Hugo c- Consejo Municipal de Deportes y otros”, La Ley Gran Cuyo-2007, p. 27.

55 CNac. Civil, Sala D., “H. M. D.E. y otros c- Arcos Dorados SA Mc Donalds”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2003-IV-82. En el caso, se responsabilizó al local de comidas rápidas sufridas por las lesiones sufridas por un menor sobre el que un cliente del establecimiento derramó agua hirviendo allí expendida, toda vez que su obligación parte de un factor de atribución objetivo desde nace un deber de seguridad acceso-

configura un riesgo, sin embargo, en el presente caso, *teniendo en cuenta las condiciones en que se desarrolla el penoso incidente*, la empresa debió adoptar medidas de seguridad a los fines de evitar la producción de daños. Si el acceso al primer piso se hallaba con gran cúmulo de clientes y además en la planta superior existía un festejo con niños, o bien las bebidas con infusión eran alcanzadas a los clientes por personal del local que tomara los recaudos suficientes para no ocasionar daños ó éstas debían ser entregadas a los clientes de tal modo de no poder derramarse”

En la doctrina⁵⁶ se ha calificado como actividad riesgosas a aquellas que naturalmente lo son (calificación *ex ante*), como “empresas de construcción, molinos, industrias insalubres ó tóxicas, utilización de calderas, empresas ferroviarias, fábrica de explosivos, depósitos de gases inflamables, actividad minera, uso de pesticidas, etc.. También ha sido la posición de la jurisprudencia en ciertos casos⁵⁷. También en el derecho comparado se ha aplicado la doctrina de la actividad riesgosa como factor objetivo de atribución, aún cuando no exista legislación especial que así lo diga⁵⁸. En la legislación, podemos mencionar al artículo 22 de la Ley General del Ambiente, que requiere un seguro ambiental para toda persona física o jurídica, pública o privada,

rio destinado a preservar la integridad e las personas que son parte del negocio jurídico, y la demandada no acreditó que le hecho acaeció por le hecho de la víctima, de un tercero por quien no debe responder o bien el “casus” genérico previsto en los arts. 513 y 514 del Código Civil.

56 Ver: Messina de Estrella Gutierrez, Graciela N., “Aplicación del sistema de actividad riesgosa a los daños modernos”, La Ley 1898-C, 945.

57 En el caso de transporte de combustible (SCJBA, “Cardone, María Esther c/ Borasi, Edgardo Luis y otros s/Daños y Perjuicios”, A y S, 1988-III, 42-DJBA, 1988-135; La Ley 1989-C, 631).; actividad policial (CNApel. En lo civil y comercial federal Sala II, 2-12-2004, “Alvarado, Gustavo V. c- Policía Federal Argentina”, La Ley 28/09/2005, p. 9 con nota de Ricardo Cornaglia); transporte de pasajeros (inapelaciones Civil y Comercial Lomas de Zamora, 18-11-2004, “Miera de Vázquez, Delia M. c- Expreso Granate”, LLBA 2005-Marzo, 204); accidentes en el trabajo ((SCJBA, 29/09/2004, “Ferreyra, Gustavo R. c- Benitto Rogggio e Hijos SA y otra”, RC y S 2004-IX, 97-LLBA 2004, 965).

58 Reglero Campos, L. Fernando (coord.), “Lecciones de Responsabilidad Civil”, , Lección Nro. 13: Alvarez Lata, Natalia, “Responsabilidad Civil por actividades empresariales en sectores de riesgo”, Ed. Aranzi, 2002- Navarra, España p. 315 y sgtes.

que realice actividades riesgosas para el ambiente, los ecosistemas y sus elementos constitutivos.

No obstante, no toda la doctrina está de acuerdo en que el artículo 1113 del Código Civil admite la responsabilidad objetiva por “actividades riesgosas”. Se ha dicho que el “riesgo de actividad” no está incluido dentro del actual artículo 1113 del Código Civil, sin forzar una interpretación⁵⁹ y quedaría comprendido en el daño causado “por el riesgo o vicio de la cosa” cuando la actividad riesgosa se ha valido de ellas para producir el daño⁶⁰.

Por eso es importante y deseable que, - para evitar disparidad de criterios interpretativos sobre el tema que luego redundan en sentencias vacilantes⁶¹, - se legisle en forma expresa sobre la cuestión, tal como existe en varios Códigos modernos: Código Civil Italiano de 1942, art. 2050; Código Civil de Portugal de 1967, art. 493, 2da. parte. En América Latina siguen esta tendencia el Código Civil Boliviano de 1975, art. 988; Código Civil de Perú de 1984, art. 1970; Código Civil Paraguayo de 1987, art. 1846; Código Civil de Brasil de 2002, art. 927, párrafo único⁶²

En nuestro país se lo propuso en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998 en el artículo 1665 “Actividad

59 “Si se tratara de una actividad riesgosa que fuera realizada con la intervención de una cosa riesgosa, sí debería encuadrarse el caso en el artículo 1113, pero no por el riesgo de la actividad sino por el riesgo de la cosa utilizada en ella, puesto que en dicho supuesto la actividad pasa a un segundo plano y el encuadramiento en esa norma se produce por la intervención de la cosa riesgosa” (Trigo Represas- López Mesa, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo I, Ed. La Ley, p. 791).

60 Galdós, Jorge Mario, “El riesgo creado suprimió el régimen de la culpa?”, en libro Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, Tomo II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año 2000, p. 451, citando la postura minoritaria sostenida en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de Junín, 27 al 29 de Octubre de 1994, JA, 1995-II-995.

61 Muchas sentencias, en las cuales se ha aplicado el criterio de la actividad riesgosa ó peligrosa para responsabilidad objetivamente al agente dañador, introducen también un reproche subjetivo del mismo. Si bien este método puede ser un buen “cerrojo” ante las críticas que la sola responsabilidad objetiva puede conllevar, ello no es lo apropiado, por eso digo que se trata de interpretaciones “vacilantes”. Ejemplo de tal clase de interpretación se da en el caso “Mosca” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, voto del Dr. Lorenzetti, como se relató supra.

62 Besalú Parkinson, Aurora, “Factor de atribución.....”, cit., p. 54.

especialmente peligrosa. Quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirva u obtiene provecho de ella, por sí o terceros, es responsable del daño causado por esa actividad”, implicando una responsabilidad objetiva, dado que la liberación sólo probando la “culpa del damnificado” (art. 1666).. El Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de la República Argentina del año 1987 incluyó en el artículo 1113 un cuarto. párrafo como un nuevo supuesto de responsabilidad objetiva, en el caso de “actividad riesgosa por su naturaleza o por el modo de su realización”.

Además de la responsabilidad por el hecho del dependiente (primer párrafo del artículo 1113 del Código Civil)⁶³, los otros casos de responsabilidad enumerados en el artículo 1113 del Código Civil, luego de la Reforma por la Ley 17.711, abarcan supuestos bien diferenciados⁶⁴:

II.B- Daños causados con las cosas (Artículo 1113, primera parte, segundo párrafo):

Comprende un supuesto de daño causado por el hecho de la cosa, en el cual ésta interviene *activamente*⁶⁵ en la producción del mismo, escapando al control de su dueño o guardián. Se trata de cosas que normalmente *no ofrecen peligro*, sea por su propia naturaleza o por el uso que se les dé.

63 “Las obligaciones del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado”.

64 Pizarro, Ramón Daniel, “Accidentes con Cosas Riesgosas” (La Mutación Interpretativa del artículo 1113 del Código Civil), en “Accidentes”, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 15, ps. 103/106, Ed. Rubinzal – Culzoni

65 La cosa debe haber cumplido un rol determinante en la causación del daño. Por eso, no hay presunción de culpa contra el dueño o guardián cuando una persona, al girar una congestiona acera céntrica, choca con otra persona, la que trastabilla y cae al suelo sufriendo una fractura; o cuando en un negocio atiborrado de estanterías y anaqueles un sujeto roza una porcelana que cae y se destroza. Aunque en estos casos interviene el suelo donde se rompe la pierna o la porcelana, no se trata de daños causados con las cosas ni mucho menos por su riesgo o vicio (Belluscio – Zannoni, “Código Civil Comentado y Leyes Complementarias”, Comentado -Anotado- Concordado, Tomo 5, Ed. Astrea, 1994, p. 453).

En el caso del daño provocado “con la cosa” hay una fuerte inversión probatoria, y la presunción de culpa instaurada contra el dueño o guardián puede ser salvada con la prueba de que en realidad no existió tal negligencia de su parte, o lo que es lo mismo, se comportó con la diligencia y prudencia adecuadas para evitar, razonablemente, el daño”⁶⁶.

La “no culpa” implica la ausencia de un factor subjetivo de imputación y el sindicado como responsable (dueño o guardián de la cosa) se encuentra en situación probatoria menos gravosa que en caso de riesgo creado, supuesto en el que no basta la demostración del propio obrar diligente, sino que debe acreditarse la ruptura o fractura del nexo causal por la concurrencia de un factor extraño (culpa de la víctima o de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, etc.).

II.C-Daños causados por el riesgo o vicio las cosas (Artículo 1113, segunda parte, segundo párrafo).

“Comprende, en principio, supuestos de daños causados por el hecho de la cosa, en donde ésta interviene *activamente* en la producción del resultado, pero a diferencia del daño causado con las cosas (en las cuales también la cosa interviene *activamente*), el daño proviene del riesgo o vicio de la cosa, sea que la cosa sea peligrosa o riesgosa por su propia naturaleza o en razón de su empleo, o sea con absoluta independencia de las circunstancias en las cuales se encuentra”⁶⁷. La calificación de una cosa como riesgosa o viciosa depende de la casuística⁶⁸, y se tratará de cosas que por su *naturaleza, estado o modo* de utilización *engendran riesgos* a terceros. Una cosa es peligrosa por

66 CNEsp..Civil y Comercial, Sala V, 30/06/1988 “Brenner, Jaime c- Pérez y Rando SA”, con nota de Jorge Bustamante Alsina, ¿ Daño causado con la cosa o por la cosa?, L.L. 1989-A-507.

67 Pizarro, Ramón D., “Cosas inertes, riesgo creado y arbitrariedad judicial”, en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros (Dir. Atilio Alterini), año I, N° 1, enero-febrero 1999, Ed., La Ley, ps. 38/39.

68 El artículo 1113 no habla de “cosas riesgosas”, sino de “riesgo de la cosa”, por eso habrá de calibrarse en cada caso la operatividad probable de ella en cuanto elemento generador de daños.

su propia naturaleza cuando su normal empleo, esto es, conforme su estado natural, puede causar generalmente un peligro a terceros. Así, por ejemplo, los generadores de energía nuclear, eléctrica, explosivos, etc.⁶⁹. Los automóviles han sido calificados como “cosas riesgosas” cuando están en movimiento, incorporados a la circulación⁷⁰

Por “vicio” de la cosa, debe entenderse todo defecto que la haga impropia para su destino⁷¹.

Los conceptos de “riesgo” y “vicio” no son asimilables, pues el primero presupone la eventualidad posible de que una cosa llegue a causar daño y el segundo un defecto de fabricación o funcionamiento que la hace impropia para su destino normal en el supuesto de que no concurrieran⁷².

III-Constitucionalización del derecho de daños.

La garantía constitucional a la reparación equitativa de los daños ha sido reconocida por la Corte Federal en el caso “*Santa Coloma c- Ferrocarriles Argentinos*”, del 5 de Agosto de 1986, respecto de una suma írrita acordada a los padres de buena posición económica por la muerte de tres hijas acaecida en un accidente ferroviario. Ahí la Corte dijo: “Que al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es, por su menguado monto, meramente nominal y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera, por imperfecta que sea, el dolor que dice comprender, la sentencia apelada lesiona el principio del *alterum non laedere*, que tiene raíz constitucional (*art. 19 Constitución Nacional*), y ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones, y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta

69 Idem, p. 39.

70 Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad por Daños”, Tomo III, (El Acto Ilícito), N° 2, p. 135, Ed. Rubinzal – Culzoni.

71 Alterini, Atilio A., “Responsabilidad Civil”, cit., p. 120.

72 CSJN, 19/11/1991, “O’Mill, Alan c- Provincia de Neuquén”, JA 1992-II-153;.

Magna⁷³.

En el caso “Aquino”⁷⁴, la Corte trató sobre el test de constitucionalidad del precepto del artículo 39 de la Ley de Riesgos de Trabajo (24557) que impide al trabajador solicitar la reparación integral que según el Código Civil le correspondería reclamar en caso de culpa del empleador, reafirmando el principio de la reparación integral con base en el sistema del Código Civil.

Así, el “*alterum non laedere*” se constituye en un principio general de Derecho que tiene raíz constitucional⁷⁵

El principio general en materia de daños es el que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero – *alterum non laedere*, - que se halla entrañablemente vinculado a la idea de reparación, y en lo que atañe a la responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del Código Civil son una consecuencia (reglamentación) de dicho principio general, sin que la misma sea exclusiva y excluyente en materia de derecho privado, sino que manifiestan un *principio general que regula cualquier disciplina jurídica*⁷⁶.

73 CSJN, 5-8-86, “Santa Coloma, Luis y otros c- Empresa Ferrocarriles Argentinos”, ED 120-649, con nota de BORDA, Guillermo, “El caso Santa Coloma: Un fallo ejemplar”; también CSJN 5/8/1986, “Gunther, Fernando R. c- Nación Argentina”, ED, 120-522, con nota de Germán Bidart Campos.

74 CSJN, 21/09/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”.

75 Esto ha permitido declarar la tutela al interés lesionado cobijado en dicho principio general, y que determinará, en definitiva, el desplazamiento del daño desde el patrimonio de la víctima al patrimonio del responsable. Es un principio general del derecho que está enraizado en nuestro ordenamiento jurídico y que subyace en numerosas normas jurídicas del mismo más allá de la cláusula general del artículo 1109 del Código Civil. Esta concepción plena del *alterum non laedere* es la que ha permitido a nuestro jurisprudencia reconocer como intereses jurídicamente protegidos a “intereses simples” (Calvo Costa, Carlos Alberto, “Las nuevas fronteras del daño resarcible”, L.L. 17-08-2005, p. 6).

76 Dictamen de la Procuradora Fiscal Adjunta de la Nación en la causa “Silva, Facundo Jesús c/ Unilever de Argentina SA-Recurso de Hecho”, del 18/12/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que dejó de lado el sistema cerrado de enfermedades laborales normado en el artículo 6, apartado segundo de la Ley de Riesgos del Trabajo. Así, la Corte Suprema, en su voto mayoritario, sostuvo: “La Cámara rechazó la demanda por aplicación de la Ley de Riesgos del Trabajo sin advertir que la acción se fundó en el derecho civil”. En virtud de esta falsa premisa, resolvió que debía aplicarse el sistema de numerus clausus en cuanto a las en-

Sin embargo, como bien ha dicho una prestigiosa doctrinaria y magistrada⁷⁷, la corriente de la paulatina “constitucionalización” de los daños no quiere decir que se pueda descalificar toda regla infraconstitucional que limite la reparación de daños, como así tampoco dejar de reconocer reglas establecidas por estatutos legales especiales para situaciones especiales, como ocurre,- por ejemplo,- en los ámbitos laboral y administrativo en los cuales el trabajador puede invocar su propia torpeza en contra de lo dispuesto por el artículo 1047 del Código Civil⁷⁸.

En este sentido, una limitación indemnizatoria dispuesta por ley especial o un régimen diferente del previsto por el Código Civil no es por sí mismo inconstitucional. Lo es, al contrario, en el caso concreto, cuando se demuestra que su aplicación conduce al desarraigo del principio *alterum non laedere* que aquella norma reglamenta y comporte un menoscabo sustancial al derecho a la adecuada reparación⁷⁹.

IV- Del contrato de consumo a la relación de consumo.

La relación jurídica de consumo es una definición normativa, y su extensión surge de los términos que la ley asigna a los elementos que la componen: sujetos, objeto y fuentes. El principio protectorio, de rango constitucional, se desarrolla a nivel infraconstitucional basado en un criterio activante de la calificación protectoria. Este criterio fue variando en distintos períodos

fermedades resarcibles, en el que no estaba contemplada la situación del actor”.

77 Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La Ley sobre Riesgos del Trabajo 24.557 y los principios generales del derecho de daños desde la óptica del derecho constitucional”, en “Accidentes”, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 15, Ed. Rubinzal – Culzoni, ps. 271/272.

78 Idem, p. 276. De hecho, en el caso “...”, al Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró que un trabajador puede ir contra sus propios actos si ello conlleva el reclamo de la reparación integral del daño sufrido.

79 Voto de los Dres. Belluscio y Maqueda, y también del doctor Boggiano en la causa “Pérez, Liliana c/ Proinversora SA s/ Accidente”, citado por: Schick, Horacio, “Riesgos del Trabajo”, Temas Fundamentales, Segunda Edición Actualizada y Ampliada, David Grinberg-Libros Jurídicos, p. 56.

históricos: favor debitoris, favor debilis, protección de grupos de contratantes en función de la tipicidad contractual⁸⁰.

Se pueden precisar tres criterios para definir el derecho del consumidor⁸¹: Uno, objetivo que centra su atención en la 'relación jurídica de consumo'; otro, subjetivo, que se concentra en la protección de la parte más vulnerable de la relación jurídica o sea el consumidor y que como parte más débil de la relación contractual y desigualdad de poder negocial requiere de protección legal; y por último, un tercero, que se puede denominar mixto, y que se define como el conjunto de principios y normas jurídicas que protegen al consumidor en la relación jurídica de consumo.

Cuando en el derecho argentino se empezó a hablar de un régimen especial tuitivo que abarcara a los consumidores, se lo hacía desde la óptica del *favor debilis*⁸², o principio de protección del más débil⁸³, del experto frente al profano, etc.. Es decir, se adoptaba un sistema subjetivo de protección, en el cual la nota distintiva para aplicar los principios protectorios estaba dada por la figura del consumidor como parte débil del contrato⁸⁴.

80 Lorenzetti, Ricardo Luis, "La Relación de Consumo", en Lorenzetti – Schotz (Coordinadores), "Defensa del Consumidor", Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, p. 65.

81 Benjamin, Antonio Herman V., "El Derecho del Consumidor", JA, 1993-II-914.

82 "Ya no se trata de un favor debitoris, sino de un favor debilis. De modo que el principio es ajustado a las nuevas demandas que exige la sociedad. Por esta razón, en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil se aprobó un despacho de mayoría que decía recomendar la incorporación al Código Civil como un principio de protección a la parte más débil, si distinguir si se trata de un acreedor ó un deudor (Lorenzetti, Ricardo L., "Las Normas Fundamentales de Derecho Privado", Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 100).

83 Alterini – López Cabana, "Responsabilidad civil por daños al consumidor", L.L. 1987-A-1040 y "La debilidad jurídica en la contratación contemporánea", en DJ 1989-I-817; ver también la obra de Stiglitz, Gabriel, "Protección Jurídica del Consumidor", Depalma, 1986.

84 Este argumento de la inferioridad negocial del consumidor ha sido utilizada, incluso, luego de la vigencia de la ley 24.240. Así, se ha extendido la protección de dicha ley a todos los usuarios de servicios públicos, aun cuando la utilización del servicio sea para incorporarlo a un proceso productivo, directa o indirectamente. En este sentido, la interpretación jurisprudencial hace extensiva las virtudes de la ley a todo tipo de consumidor,

Luego, y una vez aprobada la ley 24.240 en el año 1993, se incluyó como consumidores incluso a personas jurídicas (generalmente no consideradas en la doctrina anterior a la sanción de la ley como “consumidores”, o parte “débil”). Esto fue un primer cambio de perspectiva desde el lado *subjetivo* de la figura del consumidor. Luego, el artículo 2º de la citada ley puso énfasis en la parte *objetiva* de la regulación del derecho del consumo, al disponer que “no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros...”

Es en el año 1994, cuando la reforma de la Constitución Nacional incorpora a su texto la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en el marco de una relación de consumo, cuando involucren los derechos a la salud, seguridad e intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección, condiciones de trato equitativo y digno, defensa de la competencia contra toda distorsión de los mercados, control de los monopolios naturales y legales, calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios (art. 42 C.N).

Lo importante de ese texto constitucional, es que se habla de “relación de consumo” y no solamente de “contrato”, como lo hacía la ley 24240 en su artículo 1º.

Esta “ampliación” del aspecto *objetivo* habilitante para aplicar el derecho de defensa de los consumidores fue recogido

sea final o no. Esta extensión, sin reparo alguno, halla su fundamento en que todos los usuarios tienen tácticamente una relación de inferioridad negocial con las prestatarias de servicios públicos; razón por la cual, resulta harto injusto excluir de la protección legal al usuario comercial o industrial, que padece igual debilidad negocial que el usuario residencial, en razón de la posición monopólica que detentan las empresas prestadoras. Así, en los fallos contra “Edesur” se ha dicho que “los usuarios de los servicios públicos gozan de protección constitucional (art. 42), sin adentrarse a investigar acerca de la finalidad del consumo-que en ambos casos se trataba de empresas-; espíritu que también marca el fallo “Defensor del Pueblo c- Edesur SA”, al determinar la responsabilidad de la empresa prestataria de energía eléctrica por el apagón ocurrido en Buenos Aires en febrero de 1999, sin discriminar en modo alguno entre los damnificados (Scvartz, Liliana Beatriz, “¿A quién protege la ley 24.240?, E.D. ejemplar del 21 de Octubre de 2002, p. 3).

por la ley 26.361 (de abril de 2008) al modificar la redacción del artículo 1º de la ley 24.240 a expresar que “se considera, asimismo consumidor o usurario a quien, sin ser parte de una *relación de consumo*, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una *relación de consumo*”.

Se pasa, entonces, de un derecho del consumo basado en la figura del contrato, a uno basado en la “relación de consumo”, sin dejar de advertir que tal encuadre se pudo sostener desde el año 1994, conforme al texto del artículo 42 de la Constitución Nacional. De tal manera que ya no se requiere que sea parte de un contrato de consumo, sino que simplemente prueba la existencia de una relación de consumo y que ésta lo afecta, directa o indirectamente. Se dio así tratamiento a una problemática compleja que marcaba el límite que significaba el efecto relativo de los contratos, que en su aplicación práctica dejaba fuera de la protección a distintas personas que no eran las partes naturales del contrato referido al bien o servicio, pero que en definitiva resultaba afectadas por éste⁸⁵.

Ya antes de la introducción del concepto de “relación de consumo” al artículo 1º de la ley 24.240 a través de la ley 26.361, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había aplicado la misma en la causa “Mosca”⁸⁶, expresando que “el derecho a la seguridad previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, referido a la *relación de consumo*, *abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados*, por lo que la seguridad debe ser garantizadas en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de los sujetos no contratantes”.

El texto de la ley 24.240 en su artículo 1º, luego de la reforma dada por la ley 26.361 es coherente con lo dicho por la

85 Piedecabras, Miguel A., “La Ley 23.361. Reseña General”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2009-1, “Consumidores”, p. 85, Ed. Rubinzal – Culzoni.

86 CSJN, 06-03-2007, “Mosca, Hugo A. c- Provincia de Buenos Aires y otros”, Fallos: 330:563.

Corte en el mencionado precedente, en el sentido que el sujeto protegido (consumidor) no es sólo quien ingresa en una relación de consumo a través de un contrato, sino que se considera consumidor o usuario “a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

Se debe aclarar, que el texto transcrito parece utilizar la noción de “relación de consumo” como equivalente a “contrato de consumo” cuando dice “a quien sin ser parte en una relación de consumo....”.

Indudablemente se trata de un error conceptual, que igualmente es aclarado con la doctrina judicial que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al considerar al contrato de consumo como especie frente al género de la relación de consumo. Incluso, el artículo 3° de la ley 24.240 (ref. por ley 26.361) señala que “relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”. Al hablar de vínculo jurídico y no de contrato, se abarcan dos situaciones subjetivas que reciben protección de la ley: a) Las partes / consumidores de una relación de consumo; b) los que resultan afectados (sin ser partes) por esa relación de consumo⁸⁷

Lo que sí es importante señalar, es lo siguiente. El texto del citado artículo 1° de la ley 24.240 reformado por la ley 26.361 mantiene,- al igual que en la redacción original del texto,- al “usuario” como sujeto de protección en la ley, entendiéndose por tal a quien utiliza bienes o servicios sin ser parte del contrato de consumo⁸⁸. Nada más que ahora se perfila con más claridad que la citada ley también abarca a otros sujetos⁸⁹, tales como:

1)-Tercero beneficiario de un contrato de consumo. Se pretende proyectar la ley a quienes sin ser parte de una relación

87 Piedecabras, Miguel A., “La Ley...”, op. cit., loc. cit., p. 88.

88 Lorenzetti, Ricardo L. “Consumidores”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 88.

89 Hernández, Carlos Alfredo, “La Noción de Consumidor sobre la legitimación para accionar”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, “Consumidores”, Ed. Rubinzal – Culzoni, p. 271.

de consumo *emergente de un vínculo contractual* ostentan la condición de beneficiarios de los efectos de dicho negocio, cuya naturaleza se explica a través del mecanismo de la estipulación a favor de terceros (vgr., seguro de vida). La adquisición o utilización de bienes o servicios, en este caso, debe ser consecuencia del contrato o, al menos, debe guardar una razonable relación de causalidad.

2)-Expuesto a una relación de consumo. “Expuesto” deriva del verbo exponer, una de cuyas acepciones significa poner algo en contingencia de dañarse- conforme al Diccionario de la Lengua Española. Como ejemplo, puede citarse el caso del “afectado ó expuesto a una práctica comercial, el consumidor está expuesto a prácticas comerciales abusivas, engañosas, etc.”⁹⁰

La situación de exponerse a una “relación de consumo” fue el supuesto de hecho considerado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mosca, Hugo A. c- Provincia de Buenos Aires y otros” ya citada. En ella se dijo “..cuando ocurre una evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quiénes compraron y no lo hicieron, o entre quiénes estaban adentro del lugar, a la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales o bilaterales”⁹¹.

V- La obligación de seguridad.

Como se expresó con anterioridad, y en doctrina de la Corte de Justicia de la Nación, no toda reglamentación de la reparación del daño que no siga a la normas del Código Civil puede ser calificado per se como inconstitucional.

La Ley de Defensa del Consumidor es un caso especial en la cual se establecen normas que son muy favorables al consumidor dañado, tanto en la faz sustancial como en la faz instrumen-

90 Lorenzetti, Ricardo L., “La Relación de Consumo”, en Lorenzetti- Schotz (coord.), cit., p. 76.

91 Considerando 8° del voto impersonal de la mayoría.

tal (procesal y administrativa).

En la faz sustancial, podemos mencionar, a título ejemplificativo, los artículos 3, 5, 6, 10 bis y 40 de la ley 24.240 (ref. ley 24.499) como los pilares del sistema de responsabilidad civil del derecho del consumidor⁹².

A ello se agrega que en recientes pronunciamientos⁹³, la misma Corte de Justicia de la Nación ha dejado bien en claro que el artículo 42 de la Constitución Nacional consagra una obligación de seguridad, de origen constitucional.

Se ha conceptualizado a la obligación de seguridad como “aquella obligación en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato. Tal obligación puede haber sido convenida expresamente por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación e integración a la luz del principio general de la buena fe, principio que en nuestro sistema jurídico tiene expresa consagración en el artículo 1198 del Código Civil”⁹⁴.

La “obligación de seguridad” está siempre “atada” al contrato del cual forma parte, y debe existir cierto nexo⁹⁵ entre la prestación principal convenida y los derechos que protege la obligación de seguridad. Se deben diferenciar las obligaciones de seguridad del simple deber de no dañar (noeminen laedere). En las primeras estamos frente a una específica obligación jurídica que tiene su génesis en un contrato y en la que encontramos todos los elementos propios de una obligación (sujetos,

92 “Debe destacarse, nuevamente, que el incumplimiento del proveedor genera en el sistema de la ley 24.240 responsabilidad objetiva en todos los casos El artículo 10 bis la consagra expresamente respecto de la obligación principal. Los artículos 5 y 40 otorgan carácter objetivo a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad” (Mosset Iturraspe- Wanjtraub, “Ley de Defensa del Consumidor”, 24.240, Ed. Rubinzal – Culzoni, p. 208, p. 243).

93 Casos “Mosca” (Fallos: 330:563); y “Ledesma” (Revista de Responsabilidad Civil y Seguros 2008-860).

94 Vázquez Ferreyra, Roberto A., “La obligación de seguridad”, en Suplemento Especial La Ley “Obligación de Seguridad” (Vázquez Ferreyra (dir), Setiembre de 2005, p. 3, Ed. La Ley.

95 Prevot, Juan Manuel y Chaia, Rubén A., “La obligación de seguridad”, Ed. Hammurabi, p. 115/116.

objeto y causa fuente). En otras palabras, la obligación de seguridad es una típica relación o vinculación jurídica en virtud de la cual una persona determinada llamada deudor debe realizar un comportamiento patrimonialmente valorable para satisfacer un interés aunque sea patrimonial de otra persona determinada, llamada acreedor que tiene derecho al cumplimiento por parte de la primera. El caracterizar a la obligación de seguridad como una verdadera obligación jurídica la distingue del simple deber genérico de no dañar, el cual estrictamente no es una obligación, sino simplemente un deber jurídico que como tal puede ser fuente de obligaciones (nacidas de su incumplimiento)⁹⁶.

La utilidad práctica que ofrece la denominada obligación de seguridad depende, en buena medida, de que se afecten intereses distintos al de la realización de la prestación principal. Pues cuando se lesiona el interés de la prestación principal (convenida), aunque ésta última puede también consistir en un compromiso de seguridad a la persona y/o los bienes de la otra parte, se aplican lisa y llanamente las normas generales que regulan la responsabilidad por incumplimiento contractual. En tal caso, resulta innecesario recurrir a la noción de obligación de seguridad⁹⁷.

Valga decir que la “obligación de seguridad” no equivale a los denominados “deberes de protección”. Si bien ambos tienen en común proteger de manera más eficaz los derechos de la víctima que estén conectados con la prestación principal del contrato, los “deberes de protección” tienden a proteger la incolumidad de ambos contratantes. En cambio, la “obligación de seguridad” sólo protege la integridad física y patrimonial de una de las partes⁹⁸.

En concreto: Las obligaciones de seguridad forman parte de lo que la doctrina ha entendido como “deberes de protección”⁹⁹.

96 Vázquez Ferreyra, R., “La obligación...”, cit., p. 4.

97 CNCivil, Sala F, 1-12-1998, “Preza Falero, Wilson c/ Spermercados Mayoristas Makro SA s/ Daños y Perjuicios”, www.el.dial.com.

98 Prevot – Chaia, “La obligación...”, cit., ps. 165/166.

99 Alferillo, Pascual, “Reflexiones sobre la obligación de seguridad en el derecho de daños”, Revista del Foro de Abogados de San Juan- Agosto/ Setiembre de 2005, p. 21, citando a Jordano Fraga: “los deberes de protección, derivados de la buena fe, se clasifican normalmente por la doctrina en cuatro categorías: deberes de aviso o comunicación, deberes de custodia, deberes de conservación o seguridad y deberes de salvamento o

Los deberes de protección son aquellos tácitos y accesorios que vienen impuestos por el principio de buena fe. Son ejemplos de los deberes de protección la obligación de seguridad, o el deber de informar propio de determinados tipos contractuales y expresamente contemplados en la ley 24.240 de defensa del consumidor. Pero, en general, los deberes de protección han sido conceptualizados como “aquellos que integran y ensanchan el contenido de la prestación principal”¹⁰⁰. En cambio, los deberes de prestación son aquellos que han sido expresamente pactados o que hacen al objeto inmediato y principal de la obligación.

Esta calificación tiene gran incidencia en el sistema de reparación de daños que puede invocar el consumidor afectado. Ellas, sucintamente, son:

1-La obligación de seguridad ha sido equiparada por la doctrina a las obligaciones de resultado, es decir, con factor de atribución objetivo. El deudor sólo se libera de responsabilidad probando el rompimiento del nexo causal con el daño. Esta postura de las obligaciones de seguridad como obligaciones de resultado no es pacífica en la doctrina, y algunos admiten, - con mayor frecuencia, - que hay ciertas obligaciones de seguridad (sobre todo las tácitas, basadas en el principio de buena fe), que pueden ser de medios, o, lo que es igual, de prudencia o diligencia. En este último caso, el factor de atribución es subjetivo, basado en la idea de culpa probada o, en la mayoría de los casos, afinadamente presumida de modo *iuris tantum*, pero sin perder de vista las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

2-Se descarta, al menos bajo este factor de atribución (“obligación de seguridad”), recurrir a interpretaciones extensivas del artículo 1113, segunda parte, segundo párrafo del Código Civil, tales como las de “actividades riesgosas”¹⁰¹. Es que, - como vimos

rescate”.

100 Díez Picazo, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, v.I, p. 371, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto, “La Obligación de Seguridad”, en Suplemento Especial La Ley “Obligación de Seguridad” (Vázquez Ferreyra (dir), Setiembre de 2005, p. 5 , Ed. La Ley

101 “La obligación de seguridad ha sido una herramienta de suma importancia para introducir la responsabilidad objetiva en el terreno contractual, a falta de una norma específica como lo es el artículo 1113 Código Civil, segunda parte del segundo párrafo en la órbita aquiliana”(Vázquez Ferreyra, R., “La obligación.....”, cit., p. 4.

supra,- no sólo está debatida en doctrina si esta interpretación extensiva es válida o no, sino que,- incluso de aceptar la misma a la esfera del derecho del consumo,- no hay consenso doctrinario respecto a si la responsabilidad que emerge de la ley de defensa del consumidor es contractual ó extracontractual, o se trata de un sistema especial¹⁰².

Igualmente, pensamos que acorde a la interpretación que la Corte de Justicia de la Nación otorga a la cláusula constitucional del artículo 42 (“Relación de Consumo”) respecto a la protección del consumidor o usuario, estamos ante una obligación de seguridad de base constitucional, que excede el mero principio general del *neminem ledere* (aceptado por la Corte como principio constitucional en otros tantos precedentes) y que al estar enmarcada en el concepto de “relación de consumo” evita limitarse a una relación “contractual”¹⁰³. Con esta interpretación obviamos el debate abierto respecto a si la obligación de seguridad es privativa de los contratos ó también de la responsabilidad extracontractual. Es decir, la fórmula dada por la Corte al deber de seguridad del artículo 42¹⁰⁴ abarca cuestiones que exceden el ámbito contractual¹⁰⁵, con lo que,- al menos en lo que hace al derecho de consumo,- carece de interés determinar si la “obli-

102 Esto trae indudables consecuencias prácticas, ya que en nuestro derecho aún subsisten (vía art. 1107 del Código Civil) las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual, en tres casos: extensión del deber de resarcir, plazos de prescripción y criterios rectores en los casos de obligaciones de sujeto múltiple, a lo que,- agregó,- también en el régimen del artículo 1113 del Código Civil. Sobre las diferentes posturas en este tema, ver: Bueres- Picasso, “La Responsabilidad por daños y la protección al consumidor”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario; 2009-1, “Consumidores”, ps. 44/45, Ed. Rubinzal – Culzoni

103 CNCivil, Sala F, 13/03/2000, “Greco, Gabriel c- Camino del Atlántico y otros”, voto de la Dra. Highton de Nolasco, www.eldial.com.ar.

104 A decir que “ la *relación de consumo*, *abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados*, por lo que la seguridad debe ser garantizadas en el periodo precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de los sujetos no contratantes”.

105 Recordemos que también son legitimados activos en el marco de la ley de defensa del consumidor aquellos sujetos (personas físicas ó jurídicas) que sin ser parte en una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios...y quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo (art. 1 Ley 24.240, ref. ley 26.361).

gación de seguridad” abarca o no cuestiones de responsabilidad extracontractual¹⁰⁶.

Lo que no está zanjado, pensamos, es si la obligación de seguridad interpretada por la Corte de Justicia es de “medios” ó de “resultado”, ya que, - como vimos, - la solución no surge clara de la transcripción de los considerandos de los precedentes citados. De ello dependerá el facto de atribución que apliquemos al caso.

Por último, y en lo que respecta a la “extensión del resarcimiento”, sí incide el hecho de si insertamos la misma en el ámbito contractual ó extracontractual, no alcanzando a solucionar la cuestión apelar a que no se trata de ninguno de los dos ámbitos mencionados, sino una “relación de consumo”.¹⁰⁷

VI- . Análisis normativo.

A continuación, se hará un análisis de las principales normas de la ley de defensa del consumidor, y que hacen al sistema objetivo de responsabilidad por daños al consumidor que la misma introduce.

106 Wayar, Ernesto, “El deber de seguridad y la responsabilidad del empleador”, ED del 26/03/1986, citado por Saux, Edgardo, “Los vínculos de seguridad en los vínculos contractuales”, en “Obligación de Seguridad” (Vázquez Ferreyra-dir.), Suplemento Especial La Ley, Setiembre de 2005, ps. 15 y 16; Ed. La Ley.

107 No se ha definido un criterio uniforme de la extensión del resarcimiento en las obligaciones de seguridad. Pareciera depender de si consideramos la misma inserta en un contrato o no o, - llegado el caso que no apliquemos esta distinción en las relaciones de consumo, - de si calificamos a la obligación de seguridad como “objetiva” ó “subjetiva” (Rinesi, Antonio J., “La Extensión del resarcimiento y la infracción al deber de seguridad”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, , Año IX, Nº 2, febrero de 2007, ps. 1/7.). Por el principio de pleno resarcimiento en el derecho del consumidor, derivado de su unicidad en el régimen de responsabilidad, ver Frustragli, Sandra y Hernández, Carlos en: “Ley de Defensa del Consumidor” Anotada y Concordada (Picasso-Vázquez Ferreyra (directores)), Tomo I, Parte General, Ed. La Ley, p. 501, nota 1146, con cita de Trigo Represas, Félix, “Extensión de la responsabilidad por incumplimiento contractual”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nº 17, p. 18 y sgtes.

VI.A. Artículo 5 de la Ley 24.240: “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

Se ha dicho que “la obligación de seguridad del artículo 5º de la ley 24.240 alcanza a las cosas y servicios, que deben ser suministrados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud e integridad física de los usuarios”¹⁰⁸

Esta es una norma que prevé un deber de seguridad expreso, no tácito.

Resta dilucidar dos aspectos de dicha norma. El *primero* de ellos, es si la redacción de la norma protege solamente a la salud e integridad física del consumidor, o se extiende a otros derechos involucrados en la relación de consumo; y el *segundo*, si la obligación de seguridad expresa en la misma, es una obligación de medios ó de resultado.

Respecto a lo *primero* (al alcance de dicho deber de seguridad), y a la luz de la doctrina de la “relación de consumo”, quedan también incluidos dentro de la protección del artículo 5º de la ley 24.240 los “intereses económicos” del consumidor¹⁰⁹. Los “intereses económicos” refieren al derecho de propiedad constitucional de los consumidores y usuarios, constituyendo una especificación del consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional. Esto fundamenta la reparación económica de todo tipo de perjuicios (materiales o morales) y a la obligación de garantizar que los objetos o servicios en oferta no contengan vicios que los desnaturalicen¹¹⁰.

En la Constitución de la Provincia de San Juan, el artículo 69 expresa que “los consumidores tienen derecho a organizarse con la finalidad de defender la seguridad, la salud y sus legíti-

108 Dreza Falero, Wilson c/ Supermercados Makro SA s/ Daños y Perjuicios”, CNCivil, Sala F, 01/12/1998.

109 Wajntraub, Javier H., “Protección Jurídica del consumidor”, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 63.

110 Bidart Campos, Germán, “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Tomo IV, “La reforma constitucional de 1994”, 1º reimpresión, Ed. Ediar SA, Bs. As., 1995, , p. 307.

mos intereses económicos”.

Respecto a lo *segundo* (naturaleza de la obligación de seguridad, de medios ó de resultado), la doctrina ha expresado que “la referencia que allí se hace a la utilización del producto o servicio en `condiciones previsibles o normales de uso` no significa, como parecen inferirlo algunos autores, que se prevea un ´parámetro normal de diligencia´, con lo cual se entraría en la órbita de los factores subjetivos de atribución, sino que se vincula más bien con el aspecto causal del fenómeno resarcitorio: se quiere decir que el daño será indemnizable siempre que resulte de un uso previsible o normal del producto, y no lo será en cambio si es consecuencia del hecho de la víctima, que le ha dado un uso imprevisible o anormal. Se trata de reiteración de principios generales¹¹¹.

En la causa “Ferreyra, Víctor D. y otro c/ VICOV SA”¹¹² la Corte Suprema de Justicia de la Nación, - por mayoría, - declaró inadmisibile el recurso extraordinario federal (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chaco que condenó a la concesionaria vial de una ruta por los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito acaecido con motivo de la presencia de un animal suelto en esa vía, con fundamento en una relación de derecho privado que hizo nacer una *obligación de seguridad*¹¹³.

Sin perjuicio de ello, en dicho caso es interesante seguir los votos de los ministros Zaffaroni y Lorenzetti, pues los mismos marcan diferencias en cuanto a si el deber de seguridad en base al cual se condena a la concesionaria de la autopista responde a factores subjetivos ú objetivos de reparación.

111 Mosses Iturraspe- Wajtraub, “Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 78.

112 Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2006-375 y sgtes., Ed. La Ley.

113 De ese modo, la Corte se apartó del precedente “Colavita” de fecha 07 de Marzo de 2000 (Fallos 323:318), sin que ello generara arbitrariedad de sentencia pues, como bien lo expuso la Dra. Highton de Nolasco en el Considerando N° 6 de su voto en esta causa “Ferreyra”: “...el apartamiento de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia sólo suscitan cuestión federal si se trata de la dictada en la misma causa, y la tacha de arbitrariedad no se configura por la circunstancia de haberse apartado el a quo de la doctrina establecida por la Corte Suprema en otros casos y por vía distinta a la intentada”.

El ministro Zaffaroni, en sus considerandos 18) a 24) deja bien en claro que se trata de un caso de responsabilidad objetiva, por violación de la obligación de seguridad que asume, - en forma tácita, - la concesionaria frente al usuario en virtud del principio de buena fe (art. 1198 del Código Civil), salvo que se demuestre la mediación de eximente en punto a la ruptura del nexo causal.

En cambio, el ministro Lorenzetti entiende que si bien se trata de una obligación de seguridad, se trata de un supuesto de responsabilidad subjetiva. Así, el mismo expresa que “que la extensión del deber de seguridad se refiere a los acontecimientos previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas. Ello así porque para determinar el contenido de este deber de cooperación cabe recurrir al derecho común que establece las normas generales, que vienen a integrar las normas especiales cuando no contienen disposiciones específicas en este sentido. Que no es posible afirmar la existencia de una garantía de resultado, de manera que el usuario no sufra daño alguno. El régimen de causalidad vigente (art. 901 a 906 del Código Civil) toma en cuenta las consecuencias normales y ordinarias previsibles, eximiendo al responsable de aquellas que son inevitables o no previsibles. La previsibilidad exigible variará – de acuerdo a la regla del art. 902 del Código Civil- de un caso a otro, lo cual vendrá justificado por las circunstancias propias de cada situación...” (Considerando 7mo. de su voto).

En el caso “Bianchi”¹¹⁴ la Corte de Justicia de la Nación dispuso que la previsibilidad de los riesgos que adjetiva la obligación de seguridad a cargo del concesionario de rutas, puede variar de un supuesto a otro porque no todas las concesiones viales tiene las mismas características operativas ni idénticos flujos de tránsito, extensión lineal, condiciones geográficas ni grados de peligrosidad o siniestralidad, por lo cual en muchos casos podrá establecerse un deber de previsión-art. 902 del Código Civil- que no puede ser exigido en otros, lo cual vendrá justificado por las circunstancias pro-

114 CSJN “Bianchi”, Isabel María del Carmen Pereyra c- Provincia de Buenos Aires y otros” del 07/11/2006, DJ 29-11-2006; La Ley 13-03-2007, p. 7.

pias de cada situación.

Otra vez en este precedente se hace mención a la “previsibilidad” de siniestralidad, tomando en cuenta situación de tiempo, lugar, etc..

La “previsibilidad” del deber de seguridad (según lo anotado en dichos fallos) si bien se refieren a la extensión del resarcimiento, al citar el artículo 902 del Código Civil, introduce la idea de previsión en concreto (al contrario que la previsión en abstracto, propio de la relación de causalidad)¹¹⁵, propia de un sistema subjetivo de responsabilidad, ante lo cual estamos en una obligación de medios (si seguimos la distinción con la obligación de resultado), en la cual el agente se libera de responsabilidad acreditando un obrar diligente de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar¹¹⁶.

En el caso “Mosca, Hugo A. c- Provincia de Buenos Aires y otro”¹¹⁷, la mayoría de la CSJN dijo que “la *seguridad* debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes”. Y luego, al abordar la responsabilidad del Club organizador del evento deportivo (Club Atlético Lanús) la Corte dijo que “cabe admitir la responsabilidad del club organizador del espectáculo al *no haber adoptado las medidas razonables* para evitar daños a las personas que estaban en las inmediaciones del estadio, por acciones provenientes de quienes asistían al mismo”. Este razonamiento de la mayoría de la Corte denota un reproche subjetivo de la conducta del club organizador, y se parece al de la minoría de los Dres. Fayt y Petracchi, quienes rechazaron la demanda contra dicho Club en base al artículo 1109 del Código Civil.

115 Alterini, Atilio y López Cabana, Roberto, “Presunciones de causalidad y de responsabilidad”, L.L. 1986-E, 981; Bustamante Alsina, Jorge, “La relación de causalidad y la antijuridicidad en la responsabilidad extracontractual”, en anotación a fallo CNCivil, Sala D, 29/02/96 “T.C.J. c- Municipalidad de Buenos Aires”, L.L. 1996-D, 22; Zavala de González, Matilde, “Actualidad en jurisprudencia sobre derecho de daños. Relación de causalidad”, L.L. 1997-D-1272.

116 Vázquez Ferreyra, Roberto A., “La obligación de seguridad”, Suplemento Especial La Ley, Setiembre de 2005, “Obligación de Seguridad”, p. 3).

117 CSJN, 06/03/2007, citado supra..

Luego, y respecto a la co-demandada Asociación del Fútbol Argentino (AFA), la mayoría de la Corte la responsabilizó bajo una interpretación extensiva del concepto de “participante” que trae la ley de espectáculos deportivos (art. 33 de la ley 23.184 – texto según artículo 51 de la ley 24.192). Lo importante es señalar, - como lo hace el fallo-, que dicha interpretación extensiva es posible “si se tiene en cuenta que parte de su patrimonio se conforma con un *porcentual de la recaudación* bruta de los partidos oficiales y amistosos, amén de los ingresos de televisión que persigue. Quien comparte tales beneficios, es técnica y jurídicamente participante en la organización y ejecución del espectáculo. Lo es a los fines positivos (la percepción de ingresos) y negativos (afrontar las consiguientes responsabilidades)”¹¹⁸. El fallo expresa: “La asociación de clubes participantes en un espectáculo deportivo...debe responder solidariamente con el club donde tuvo lugar el evento..., por los daños que sufrió quien hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue lesionado por objetos arrojados desde el propio club, si aquella reviste calidad de organizadora y beneficiaria de dicho espectáculo, con un importantísimo grado de intervención... y la obtención de *ganancia directa* derivada del evento”.

Así concebida la cuestión, gira esencialmente en torno a la idea de *beneficio ó provecho*¹¹⁹. Quien introduce en la comunidad una cosa riesgosa o realiza una actividad de esa índole, obteniendo un beneficio, debe soportar objetivamente, como equitativa contrapartida, las consecuencias dañosas que aquellas produzcan¹²⁰.

Esta postura de la mayoría de la Corte apoya su decisión en

118 Pizarro, Ramón D., “El fallo de la Corte Suprema de Justicia y la Violencia en el fútbol: Una bocanada de aire fresco”, nota a fallo “Mosca, Hugo c- Provincia de Buenos Aires y otro”, Responsabilidad Civil y Seguros, 2007-458 y 459.

119 Imaz, Joaquín Andrés y Domínguez, Osmar S., “El Riesgo Empresario y la Actividad Peligrosa como creación pretoriana: La Teoría del “Riesgo Provecho”, en Diario la Ley 05 de Octubre de 2004, p. 3, nota a fallo CNCivil, Sala D, 10-11-2003, “Velázquez, José A. c- Empresa Redes y Servicios SA”.

120 Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad Civil por riesgo creado...”, cit., Tomo I, p. 63.

lo que la doctrina¹²¹ ha denominado “riesgo de empresa” como un nuevo factor de atribución de responsabilidad de tipo objetiva¹²², o, al menos, con culpa presumida e inversión de la carga de la prueba¹²³.

VI.B.-Artículo 40 (texto según Ley 24.999, art. 4to.) y Artículo 6: *“Responsabilidad. Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por*

121 Messina de Estrella Gutierrez, Graciela, “Riesgo de Empresa”, Responsabilidad Civil del Empresario, Ed. Lexis – Nexis, p. 52: “En el comienzo de la evolución de esta teoría en Italia, se propuso el principio básico de que ‘el riesgo obliga’; sucesivamente con el sistema de seguro el principio fue evolucionando y ahora la frase fue sustituida por *assurance oblige* (el seguro obliga). Ello significa que quien debe prepararse a asumir el riesgo debe previamente tomar todos los recaudos necesarios para contratar el seguro que lo cubra de aquél. En otros términos, lo que debe ser soportado por la empresa es el riesgo asegurable, en cuanto normalmente es previsible y típicamente conocido por la actividad económica de quien lo genera”. Por ello, dice “Un sector de la doctrina italiana opina que el empresario debe responder por el riesgo típico de su actividad, del daño que ocurre con mayor frecuencia, que es derivación directa de la presencia del defecto en el producto, que puede ser calculado con facilidad y estadísticamente computable. Para esta corriente el empresario no respondería por el “riesgo atípico. Guido Alpa opina con la posición dominante en Italia que el riesgo de empresa comprende todos los daños ocasionados al consumidor aunque ellos sean riesgos atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad” (p. 54)..

122 Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad Civil por Riesgo....”, Tomo I, cit., p. 65: “La responsabilidad objetiva por riesgo de empresa aparece, de tal modo, circunscripta al ámbito empresarial, fuertemente imbuida por dos fundamentos: por un lado, las razones de equidad que impondrían que allí donde hay beneficios derivados de una actividad (empresarial) deben estar como lógica contrapartida los riesgos y sus costos; por otro, las motivaciones económicas que llevan a insistir en la necesidad de diluir esos costos empresariales a través de sistemas de indemnizaciones tarifados o limitados que permitan una mejor racionalización de recursos”.

123 El Proyecto de Código Civil Unificado de la República Argentina del año 1998, contempla en el Artículo 1668 lo siguiente: “Obligación tácita de seguridad. Quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo una obligación tácita de seguridad....”. Y la liberación del deudor de dicha obligación se da si “prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas” (art. 1669). Estamos ante un caso de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba.

los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

La redacción de este artículo, con el cúmulo de legitimados pasivos y la solidaridad dispuesta, fue el resultado de trabajos doctrinarios que intentaban superar el escollo que planteaba la situación del consumidor dañado frente al fabricante y/o intermediario no contratante si la cosa salió de la esfera jurídica del dominio ó la guarda de éstos últimos. Podía el consumidor reclamar a dichos sujetos no contratantes con él, en base a la doctrina del artículo 1113, por riesgo o vicio de la cosa?¹²⁴. La aplicación del artículo 1113 del Código Civil (antes de la sanción de la ley 24.240) había sido discutida por la doctrina, dándose diferentes soluciones en base a la interpretación que se hacía del concepto de “dueño ó guardián”¹²⁵.

En primer lugar, según el último párrafo de este artículo la responsabilidad es objetiva, pues sólo se liberará de ella, - en forma total ó parcial, - quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena. No basta, entonces, con demostrar la ausencia de culpa ó dolo en el ó los agente/s dañador/es. El cúmulo de legitimados pasivos incluye a todos los que se *benefician económicamente* con el producto¹²⁶. Es un factor objetivo de atribución derivado de la doctrina del “*riesgo – provecho*.”¹²⁷. Por eso bien se ha

124 Alterini, Atilio A- López Cabana, Roberto M., “Responsabilidad Civil por Daños al Consumidor”, en “Cuestiones Modernas de Responsabilidad Civil y otros estudios”, La Ley, 1989, ps. 247/268.

125 Para una reseña de estas doctrinas, ver: Menéndez, Julia, “Responsabilidad por daños causados por productos elaborados”, en “Manual de Defensa del Consumidor”, Ley 24.240. Diez Años de vigencia, Gabriel Stiglitz (director), Ed. Juris, 2004, ps. 162/163.

126 Menéndez, Julia, op. cit., loc. cit., p. 171.

127 “Así concebida la cuestión, gira esencialmente en torno a la idea de beneficio ó provecho. Quien introduce en la comunidad una cosa riesgosa o realiza una actividad de esa índole, obteniendo un beneficio, debe soportar objetivamente, como equitativa contrapartida, las consecuencias dañosas que aquéllas produzcan; habría, pues, una especie de justa compensación” (Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela N., “Riesgo de Empresa”, Responsabilidad Civil del Empresario, Ed. Lexis – Nexis, p. 63). . La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Di Prisco, Roxana c-

dicho que hubiera sido más conveniente no redactar el artículo designando un número acotado de responsables, sino extender el número de legitimados pasivos a todos los agentes económicos intervinientes en el proceso de producción ó comercialización de bienes y servicios, obteniendo por ello un beneficio¹²⁸

En segundo lugar, el primer párrafo de la norma nos habla de “vicio o riesgo de la cosa” ó de la “prestación del servicio”. Los conceptos de “riesgo” ó “vicio” de la cosa hay que tomarlos de la doctrina interpretativa del artículo 1113 del Código Civil¹²⁹, recordando, - según vimos supra, - que se trata de daño causado por el hecho de la cosa, en donde ésta interviene activamente en la producción del resultado, y ha sido producido por el una cosa que por su naturaleza, estado o modo de utilización engendra riesgos a terceros.

En cambio, la norma del artículo 1113 del Código Civil carece del supuesto fáctico de la “prestación del servicio” como dato normativo para la aplicación de la responsabilidad objetiva por

Club Atlético Gimnasia y Esgrima de la Plata”, 1994/03/24, La Ley Online, sostuvo que no resulta inconveniente que la ley 23.184 disponga la obligación de *garantía* a cargo de aquéllos que *se benefician económicamente* de la organización y participación en espectáculos deportivos, a fin de que se seleccionen correlativamente las mínimas medidas de seguridad para mantener incólumnes a los espectadores”.

128 Lovece, G. y Weingarten, C., “Responsabilidad Objetiva. El Artículo 1113 y la Ley 24.999”, Ghersi, Carlos A. (Director), Ed. Jurídicas Cuyo, ps. 156/157.

129 “El artículo 1113 del Código Civil ha sido aplicado por la jurisprudencia en los daños a los consumidores provocados por el vicio o riesgo de las cosas, durante el tiempo que transcurrió en que la ley 24.240 careció de norma sobre el particular por el veto del Poder Ejecutivo que suprimió el artículo 40. La jurisprudencia mayoritaria entendió que rige el riesgo o vicio de la cosa, el que aprehende no sólo al dueño o guardián sino también a quien se sirve de las cosas o las tiene a su cuidado, admitiendo de ese modo una legitimación pasiva más amplia. El elaborador que lanza al mercado un bien o servicio lucra con la comercialización de la cosa que produce, se sirve de ella y se beneficia económicamente; él es el creador del riesgo, debiendo determinarse la *conditio iure* de dueño o guardián en oportunidad de la introducción del peligro en la sociedad, aunque no subsista en ocasión de producirse el daño. En consecuencia, en la jurisprudencia nacional, aplicando la responsabilidad extracontractual por el vicio o riesgo del producto, se ha venido recurriendo al artículo 1113 del Código Civil” (Rinesi, Juan José, “Tendencias en Responsabilidad por productos”, p. 347, en “Daños en la actividad comercial”, 2001-3, Ed. Rubinzal – Culzoni).

ella legislada, ya que nuestro Código Civil trata la “prestación de servicios” como un contrato (art. 1493) .

En cambio, la “prestación de servicios” a la que remite la ley de defensa del consumidor es mucho más abarcativa de la noción contractual de la locación de servicios del Código Civil. La Ley de Defensa del Consumidor lo utiliza en sentido amplio, abarcando por ende toda clase de servicios, que se pres-ten en el marco de una relación de consumo, incluso aquellos que se prestan a título gratuito, conforme la actual redacción del artículo 1º de la ley 24.240 reformada por la ley 26.361. En efecto, al referirse a servicios de “cualquier naturaleza”, el capítulo entero se aplica a todas las prestaciones de servicios que se subsuman en una relación de consumo sin importar la clase de éstos, a excepción de lo dispuesto en los artícu-los 20 y 21 que se refieren exclusivamente a la “reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar”¹³⁰. En el marco de la ley de defensa del consumidor argentina “contrato de servicios es aquel negocio jurídico que tiene como prestación característica o nuclear un hacer inma-terial, económicamente relevante en el mercado de consumo, que puede incluir obligaciones secundarias de dar por la crea-ción o entrega de un bien material y que puede ser oneroso directa o indirectamente o gratuito”¹³¹

En materia de espectáculos públicos de concurrencia masi-va, se ha sostenido la aplicación analógica de la ley de espectá-culos deportivos (ley 23.184, ref. por ley 24.192), sin perjuicio de lo cual se alcanzan las mismas soluciones por aplicación de los principios generales y de las disposiciones de la ley 24.240 (arts. 5º, 6º, 40 y ccdtes.)¹³².

El factor riesgo creado no opera en forma exclusiva en el ámbito de los daños derivados de la prestación del servicio. En este supuesto, el ámbito de responsabilidad es más amplio, pues opera en todos los casos de prestación de servicios, y más allá de que los mismos sean o no riesgosos. Es decir, no hace

130 Picasso-Vázquez Ferreyra (Directores), “Ley de Defensa del Consumi-dor”, Anotada y Concordada, Tomo I, Parte General, Ed. La Ley, p. 223.

131 Idem, p. 225.

132 Trigo Represas – López Mesa, “Tratado...”, cit., Tomo II, p. 824.

falta que el servicio sea riesgoso o vicioso para la aplicación de la norma. Por ello, cuando hablamos del factor de atribución en la responsabilidad civil por los servicios prestados, debemos referirnos a la “garantía” como criterio de imputación y no al riesgo creado¹³³. La garantía implica la seguridad que alguien brinda a terceros de que al producirse un daño, dentro de ciertas circunstancias, el garante afrontará su resarcimiento. En el ámbito contractual, la garantía ha sido asimilada, en la jurisprudencia, a las “obligaciones de resultado” y a la “obligación de seguridad”¹³⁴. Los casos que se han tratado con factores “objetivos” de atribución en materia de relaciones contractuales, lo han sido bajo los conceptos de “garantía”¹³⁵ y “seguridad”. Por ejemplo, como dice Bueres¹³⁶, en el caso de las clínicas médicas, su deber se origina en la existencia de la obligación tácita de seguridad, accesoria a la obligación principal de prestar asistencia médica por medio de los facultativos del cuerpo médico.

Pero que no haga falta que el servicio sea riesgoso no quiere

133 Tallone, Federico Carlos, “Aspectos relevantes de la responsabilidad por productos elaborados”, en “Daños en la actividad comercial”, Revista de Derecho de Daños, 2001-3, p. 102, Ed. Rubinzal- Culzoni. Bueres (Alberto Bueres, “Responsabilidad de los médicos”, 2da. edición, 1992, Tomo I, p. 398) explica que el “criterio legal de imputación de responsabilidad garantía en sentido amplio- que es siempre objetivo- comprende: 1) El deber de garantía strictu sensu que se verifica por el hecho ajeno contractual o delictual, y que produce una responsabilidad refleja o indirecta; b) El deber de seguridad que se desenvuelve en el sector hecho propio dando pie a una responsabilidad directa y de carácter objetivo. También, sobre la garantía en sentido amplio, ver Bueres – Mayo, “Lineamientos generales sobre las garantías de la obligación”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Nro. 2, “Garantías”, p. 17 Ed. Rubinzal – Culzoni.

134 Trigo Represas – Lopez Mesa, “Tratado de la Responsabilidad Civil”, Tomo I, Ed. La Ley, ps. 771 y 773. Existe doctrina en contra, que establece que la obligación de seguridad puede ser de medios ó de resultado (Mayo, Jorge “La Obligación de seguridad y el Factor de Atribución”, en Sup. Especial La Ley Setiembre de 2005, ps. 10/14; Idem: Saux, Edgardo, “La Obligación de Seguridad en los Vínculos Contractuales”, p. 17).

135 “La obligación de seguridad por parte del local debe garantizar no sólo que lo que el cliente consuma no le provoque daño, sino además velar por su integridad física mientras dure su permanencia allí” (CNCivil, Sala D., “ H.M.D.E. y otros c- Arcos Dorados SA Mc Donald s”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2003-IV, 82.

136 Bueres, A., “Responsabilidad Civil de los Médicos”, Tomo I, p. 380 y sgtes., Ed. Hammurabi.

decir que el mismo no lo pueda ser a los efectos de la aplicación de la norma del artículo 40 de la ley. La misma se aplica al daño producido al consumidor sea o no el servicio riesgoso¹³⁷.

VI.C-.Artículo 6° de la Ley: “Los servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, “cuya utilización pueda *suponer un riesgo* para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones o normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos”.

Según dijimos al comentar el artículo 40° de la ley, la aplicación de la misma a los servicios no requiere que el servicio sea riesgoso. La misma se aplica al daño producido al consumidor sea o no el servicio riesgoso.

Entonces, cabe preguntarse si el artículo 6° de la ley regula un tipo especial de responsabilidad por “servicio riesgoso”, o es redundante a los fines de la responsabilidad por daño por prestación de servicio regulada en los artículos 5 y 40 de la ley?

En primer lugar, analicemos qué quiso decir la ley con “servicios riesgosos”.

A veces, el riesgo proviene de la *propia naturaleza* del servicio, tal lo que sucede, por ejemplo, con la prestación de servicios de seguridad personal a empresarios, políticos, figuras públicas; o, en materia de servicios públicos domiciliarios, con los servicios de provisión de gas y energía eléctrica. En otras oportunidades, el riesgo del servicio obedece a circunstancias instrumentales y se relaciona, principalmente, con la naturaleza peligrosa de los medios empleados (servicios de transporte) o con otras modalidades relativas a persona, tiempo y lugar (así, el servicio de cuidado de niños de corta edad en guarderías)¹³⁸.

Como vemos, los “servicios “riesgosos” tienen la misma base conceptual que la calificación de “cosa riesgosa”, aunque el

137 Lorenzetti, Ricardo L., “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p.423, donde expresa. “¿Debe ser riesgoso?. El artículo 40 no requiere esta calificación”.

138 Pizarro, Ramón D., “Responsabilidad Civil por Riesgo Creado y de Empresa”, Contractual y Extracontractual, Parte Especial, Tomo II, p. 479.

artículo 1113 del Código Civil no contemple a aquéllos (servicios riesgosos) ¹³⁹.

En segundo lugar, y respecto al ámbito de aplicación de la misma, la redacción denota que la misma tiene por finalidad *prevenir* que ciertas cosas ó servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud ó integridad física del consumidor, deben comercializarse ó prestarse de conformidad a pautas de inocuidad. Se debe agregar,- también y al igual que vimos para el caso del artículo 5º de la ley,- la protección de los “intereses económicos”.

Ahora bien: ¿Quién establece cuáles son esas pautas bajo las cuales deben comercializarse las cosas ó prestarse los servicios? ¿Quién las fija? Como bien dice Farina¹⁴⁰, las mismas deben ser fijadas por las autoridades competentes en cada rubro y, a falta de ellos ó a falta de reglamentación, deberá acudirse a lo que siendo de uso y práctica sea razonable para garantizar la seguridad del consumidor en el uso o consumo de estos bienes o servicios.

O sea, la norma tiene, primordialmente, una función *preventiva*, que legitima la utilización de mecanismos de protección inhibitorios (tutela inhibitorio), cuyo elemento legitimante es la posibilidad de un ilícito futuro, es la amenaza de violación¹⁴¹.

Si se produce un daño al consumidor con causa en la prestación del servicio riesgoso, quien haya intervenido en la prestación del servicio será responsable si se omitió seguir las normas y procedimientos fijados para la prestación del mismo, y/o si,- no existiendo esas normas,- no se brindó al consumidor las instrucciones razonables según indiquen los conocimientos científicos, técnicos y/o empíricos para garantizar la seguridad y evitar el uso impropio del producto ó servicio.

139 El artículo 1113 del Código Civil sólo regula el daño causado por el riesgo o vicio de la cosa”. Es decir, se refiere a las cosas peligrosas en sí mismas-como podrían ser los explosivos, la energía eléctrica,- así también a aquellos que se transforman en tales por su forma de utilización, como ser, verbigracia, los automotores, aeronaves, etc.. (CNCivil, Sala E, mayo 3-991, “Boido, Alberto L. c/ Sampullo, José L. y otro”, La Ley 1992-B, 535, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra).

140 Farina, Juna M., “Defensa del Consumidor y del Usuario”, 3era. Edición, Ed. Astrea, p. 187.

141 Lorenzetti, R.L., “Consumidores”, cit., p. 435.

Por ende, estamos aquí ante un caso de responsabilidad subjetiva, pues el factor de atribución (falta) consiste en haber “omitido” la información pertinente (adecuada a las circunstancias del caso),- sea que la misma esté reglada o no,- para evitar el daño al consumidor derivado de la cosa ó servicios riesgoso.

Se trata de una especie de responsabilidad por quebrantamiento del deber de informar¹⁴² adecuadamente en virtud de las circunstancias del caso. La determinación de si el consumidor estuvo bien o mal informado depende de la prueba que se rinda sobre la pericia ó diligencia puesta por el dador del servicio ó el comercializador de la cosa.

Con lo cual, y respecto al ámbito de aplicación de la misma, no agrega nada a las normas de los artículos 5º y 40º de la ley, pues éstas últimas regulan la responsabilidad por daño (la primera de ellas basada en la “seguridad”, y la segunda basada en la “garantía”) que incluyen al provocado por la prestación de servicios, sean o no riesgosos, y la norma del artículo 6º tiene,- primordialmente,- una función preventiva par evitar el daño que pueda causar una cosa ó servicio riesgoso.

Lo cual no obsta a que, producido el daño y que el mismo sea imputable a la cosa ó servicio riesgoso, el consumidor reclame la indemnización en base al artículo 6º solamente, pero debiendo tener en consideración que la misma tiene como presupuesto de aplicación una responsabilidad de tipo “subjetiva” (a criterio del quien esto escribe) y que no abarca los legitima-

142 En uno de los locales de Carrefour Argentina SA, funcionarios de la Dirección Nacional de Comercio Interior de la Nación, encontraron unidades de un juego de dardos de punta metálica denominado “Franklin Dart Wall Rack” de origen chino, los que se encontraban en contravención a lo dispuesto en los artículos 4º, 5º y 6º de la ley 24.240 por no suministrar a los consumidores o usuarios en forma cierta y objetiva sobre las características esenciales de dichos productos, a los fines que no presenten peligro para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios, siendo los sujetos enunciados en el artículo 4º, responsables del contenido de la traducción. La naturaleza de por sí peligrosa de los dardos con punta metálica no puede eximir al comerciante de efectuar las aclaraciones y previsiones necesarias para la protección de la salud de la población. Se trata de una característica esencial del producto que requiere, por lo tanto, suministrar la información de la calidad que exige en el artículo 4º de la ley 24.240 (CNFed.CAdm., Sala VI, 28-10-1997, “Carrefour Argentina SA c- Secretaría de Comercio”, JA del 15-7-98, N° 6098, p. 46).

dos pasivos del artículo 40°. Sí es importante destacar que si el daño se reclama en base a la infracción a dicha norma y por la prestación de servicios “riesgosos”, se podría sostener una especie de responsabilidad por “actividad riesgosa”. Pero, al contrario de la doctrina del riesgo por actividad riesgosa que deriva de una interpretación amplia del artículo 1113 del Código Civil, acá estamos ante un caso de responsabilidad subjetiva¹⁴³.

VII-. Asunción de riesgos por la víctima. El consumidor como víctima

Si bien la Ley de Defensa del Consumidor está inspirada en la protección de la “parte débil” del contrato¹⁴⁴, el consumidor no es un incapaz ni su regulación está destinada a proteger a los que obran sin discernimiento, intención y/o libertad, sino a personas (físicas ó jurídicas) que interactúan en el mercado como agentes de consumo.

Es decir, que puede haber casos de consumidores (empresas) que pueden no ser considerados “débiles” como parte de un contrato, y sin embargo están protegidos por la ley (art. 2° de la ley 24.240 ref. por la ley 26361).

Por ende, si bien la misma ley de defensa del consumidor trae en su artículo 3° una regla de interpretación pro consumidor en caso de duda, ello no equivale a eliminar, - salvo previsión normativa en contrario del microsistema de consumo, - la aplicación de las reglas que en materia de responsabilidad civil trae el Código Civil; entre ellas, la causal eximente del artículo 1111 del Código Civil, conocido como “culpa de la víctima”¹⁴⁵.

143 En contra, Mosset Iturraspe y Wanjtraub, “Ley de Defensa del Consumidor”, cit., p. 87 quienes sostienen que el artículo 6° consagra una responsabilidad extracontractual por riesgo, que sirve de complemento al artículo 1113 del Código Civil al introducir la noción de servicio riesgoso.

144 Claro ejemplo de ello son los “deberes de información” que la Ley pone en cabeza de productores de bienes ó servicios en la etapa pre-contractual, contractual y post- contractual (Ver Artículos 4 y 37 de la LDC), y en el respeto de lo pactado (art. 19 LDC).

145 Se ha considerado que en materia de defensa del consumidor, el artículo 1111 del Código Civil debería considerársela una causal de eximición de responsabilidad que sólo funciona en forma estricta, en virtud de tratarse

Así las cosas, no puede decirse que la Ley de Defensa del Consumidor descarte la aplicación de la “culpa de la víctima” como causal de exoneración en materia de responsabilidad por daños.

La aceptación de riesgos, como factor de atribución que permite atribuir el daño a la propia víctima, se configura cuando una persona asume un peligro anormal o extraordinario, y esta conducta es idónea para dañarla. Por lo tanto, la aceptación de riesgos *no es una institución autónoma* sino que constituye una aplicación del hecho de la víctima como causa o concausa del daño, al participar activamente en una situación especial de peligro, enfrentándose al mismo en forma desaprensiva¹⁴⁶.

Para un sector doctrinario, constituye causa ajena liberatoria sólo el hecho culposo de la víctima o de un tercero. Es decir, la actuación de la víctima debe ser culposa para detraer, por parte o por completo, la obligación de reparar¹⁴⁷.

Otra corriente doctrinaria, propicia que la culpa debe entenderse como mera “autoría”, con prescindencia del discernimiento, de la negligencia o extensión del dañarse a sí mismo, y si el autor del daño es un capaz o un incapaz. Esta es la posición de los autores que para los sujetos sin discernimiento entienden que existe ilicitud objetiva por ser actos contrarios a derecho, de los que resulta violado el ordenamiento jurídico en sentido amplio¹⁴⁸.

Una tercera corriente acude al concepto de relación causal adecuada la que, según las circunstancias, operará como exi-

de un sujeto técnica y económicamente débil. La herramienta técnico – jurídica a través de la cual se podría introducir el tipo de diferenciaciones que llevaron a considerar la culpa en sentido estricto es la evaluación de la culpa conforme a las circunstancias del caso que manda a hacer el artículo 512 del Código Civil e incluso podría emplearse el artículo 902 del Código Civil (Sozzo, Gonzalo, “El Estado Actual de la Problemática de los riesgos derivados del consumo” (Dimensiones reparatoria, preventiva y precautoria)”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1, Ed. Rubinzal – Culzoni, ps. 380/381).

146 Zavala de González, Matilde, “Accidentes y Causalidad”, en “Accidentes”, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 15, Ed. Rubinzal – Culzoni, p. 51.

147 Esta es la postura de autores como Brebbia, Sassot, Kraut, Llambías, Bustamante Alsina, Orgaz y Alterini, todos citados por: GALDOS, Jorge Mario, “¿El Riesgo Creado Suprimió el régimen de la culpa?”, cit., p2. 482/484.

148 Idem, p. 484/485, en postura del propio autor del trabajo citado, con cita de Mosset Iturraspe..

mente parcial o total de responsabilidad por riesgo creado aún cuando la víctima sea inimputable¹⁴⁹

Una cuarta corriente propicia computar el mero hecho y que el mismo debe reunir los requisitos del caso fortuito, es decir, no basta demostrar la culpa del tercero ó la infracción material al ordenamiento jurídico, sino que se requieren los requisitos del “casus”¹⁵⁰.

En lo atinente a la aceptación por la víctima de los riesgos, la Corte de Justicia de la Nación sostiene que la aceptación del riesgo no es por sí misma una causa de exoneración si no demuestra una falta de la víctima, es decir, que éste ha asumido, con su participación, un rol activo en la producción del siniestro. La intervención de la víctima, de manera normal y regular, no puede constituir una causa ajena al riesgo que libere de responsabilidad al agente dañador¹⁵¹

Cuando hablamos de asunción de riesgos, lo hacemos refiriéndonos a ese daño normal que se encuentra justificado por la actividad. Es un perjuicio habitual, de acuerdo con el orden normal de los acontecimientos y aún mediando una correcta prestación por parte del ‘solvens’, es de previsible acaecimiento. El otro daño, es decir el que aunque previsible ‘in abstracto’ sea un perjuicio anormal de acuerdo con el tipo de prestación a desarrollar, está abarcado por la obligación de seguridad mentada”¹⁵².

149 Idem, ps. 485/486, con cita de autores como Goldenberg, Pizarro, Kermelmajer de Carlucci y Barbato.

150 Ibidem, p. 487, citando autores como Vázquez Ferreyra, Tobías y De Lorenzo. “La culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el artículo 1113 del Código Civil debe revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o de fuerza mayor” (CSJN, 11-5-93, “Fernández, Alba O. c- Ballejo, Julio A. y otra”, L.L. 1993-E-472; “El hecho de la víctima con aptitud para interrumpir el nexo de causalidad entre el riesgo de la cosa y el perjuicio a que alude el artículo 1113 del Código Civil debe aparecer como la única causa del daño, con las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito o fuerza mayor” (CSJN, 29-10-96, “Giménez, Pablo Martín c/ Schuarts, Eduardo”, L.L. Online).

151 CSJN, 30/05/2006, “Cohen, Eleazar c- Provincia de Río Negro y otros”, JA del 29-11-2006.

152 Agoglia – Boragina – Meza, “Responsabilidad por incumplimiento contractual”, Responsabilidad Civil/13, Alberto Bueres (dir.), Ed. Hammurabi, ps. 184 y 208.

“LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO DE CONSUMO”

Silvina Furlotti

I. Introducción.

En el presente trabajo analizaremos el art. 52 bis de la ley 24.240, texto incorporado por la ley 26.361 que, introduce en el derecho argentino, los daños punitivos de hondo arraigo en el derecho anglosajón.-

Uno de los casos más famosos de la jurisprudencia estadounidense, sobre su aplicación, es “Grimshaw vs. Ford Motor Co.” de 1981. Un modelo de automóvil fabricado por Ford Motor Co., el “Ford Pinto”, se incendió y causó gravísimos daños a una niña que se encontraba en su interior. Se comprueba que dicho vehículo tenía un grave defecto en la ubicación del tanque de combustible, que lo hacía propenso a explotar e incendiarse en caso de ser chocado desde atrás a una cierta velocidad. Esta circunstancia era conocida por la fábrica pero había decidido no rescatar las miles de unidades vendidas por razones de economía, estimando que le saldría más barato indemnizar a las pocas víctimas posibles por año que realizar las reparaciones pertinentes en los vehículos ya en circulación. En este caso el tribunal atribuyó al fabricante haber incurrido en un consciente menosprecio por la seguridad pública y lo condenó a pagar daños punitivos.

En estos supuestos, la mera reparación del daño resulta insuficiente para desmantelar los efectos de algunos ilícitos, especialmente si la infracción a la ley ha sido deliberada o con el propósito de obtener un beneficio, o con grave desprecio hacia los derechos de los terceros o de incidencia colectiva. Por ello, se recurre a esta figura que consiste en una pena o multa en dinero para sancionar graves ilícitos cometidos en el ámbito de la relación de consumo,

con una doble finalidad, por un lado, castigar al responsable y por otro, disuadir conductas similares en el futuro.-

El antecedente más cercano, en nuestro derecho, es la multa civil regulada en el art. 1587 del Proyecto de Código Civil, que dice: “El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quienes actúen con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada”. A su favor, también, se habían pronunciado las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil que aconsejaron “la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero”.¹

La ley 26.361, introduce el siguiente texto en el art. 52 bis: “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar 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 artículo 47, inciso b) de esta ley”.

II. Naturaleza jurídica y finalidad.

El instituto bajo estudio tiene la naturaleza de multa civil, como acertadamente lo define el art. 52 bis. El derecho argentino no es ajeno a las penas privadas, por el contrario, regula varias de ellas. Tales como la cláusula penal, las astreintes, los

1 XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1999, conclusiones de la comisión n° 10.

intereses sancionatorios, todas coinciden en que son pecuniarias y se destinan a la víctima.

El “daño punitivo” es una multa civil pecuniaria que se destina a la víctima. Este último aspecto ha merecido críticas de parte de la doctrina que entiende que hubiese sido más conveniente destinar una parte a un fondo especial o asociaciones de defensa del consumidor, o que el destino a darle sea facultativo del juez, como en el Proyecto de 1998. En cambio, otro sector, encuentra positivo este destino porque nadie mejor que el consumidor afectado que inicia el juicio sea quien lo cobre, es una forma de estimular que los afectados denuncien estos hechos.²

La principal función de la figura es la de prevención. Se busca que en el futuro ni el autor del daño ni el resto de la sociedad cometa este tipo de hechos graves, en este sentido tiene fuerte sentido docente y ejemplificador. La otra finalidad es represiva, busca castigar la comisión de este tipo de hechos. En este sentido se ha dicho: “Este instituto, tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares. De esta manera, se ha sostenido que se podría distinguir una función principal y otra accesoria. La función principal es la disuasión de daños conforme con los niveles de precaución deseables socialmente³”. En definitiva, sostiene Shina: “Los daños punitivos parten de la idea de que la mejor forma de resarcir un daño es evitar que se produzca⁴”.

Desde otro punto de vista tiende a evitar que el ilícito haya contribuido a un enriquecimiento injusto del dañador, quien no obstante haber resarcido a la víctima, pudo haber obtenido importantes ganancias, elimina los beneficios injustamente ob-

2 Ver sobre el tema el interesante trabajo de Grosso, Claudio El daño punitivo, ED, 227-964.

3 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 18/11/2009, “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, LA LEY 23/12/2009, 10, con nota de Sebastián M. Serra; RCyS 2010-I, 112 - RCyS 2010-II, 133, con nota de Carlos V. Castrillo.

4 Shina, Fernando, “Una nueva obligación de fuente legal: los daños punitivos. Su aplicación en el Derecho Comparado. La situación en la Argentina”, La ley 26361, SJA 30/9/2009, Lexis N° 0003/014693.

tenidos, volviendo de este modo las cosas a su estado anterior (art. 1083CC).-

Es importante destacar que su naturaleza no es resarcitoria y que, en modo alguno puede superponerse con la indemnización compensatoria del daño efectivamente sufrido. La Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones ha dicho que: “La función accesoria de los daños punitivos sería la sanción del dañador, ya que toda multa civil, por definición tiene una función sancionatoria por la circunstancia fáctica de ser una condena en dinero extracompenatoria. La multa civil es sancionatoria en oposición a la indemnización por daños y perjuicios que es compensatoria”. Es decir que, indemnización y pena, corren por andariveles distintos y, por ende, se atienden a distintos recaudos de procedencia. El art. 52 bis es claro al afirmar que la condena a pagar daños punitivos es independiente de las “otras indemnizaciones”. De ahí que gocen de autonomía, la obtención de una no implica sin más la de la otra ni tiene que haber ninguna relación de proporcionalidad entre ellas.-

III. Carácter excepcional.

Merece ser destacado el carácter excepcional de la figura, tanto en el derecho comparado y como en la doctrina nacional que se ocupa del tema, se recalca que sólo procede en casos de particular gravedad o excepcionales⁵. Es que como ya se explicó, “la figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas “penas privadas”.⁶

5 Ver: Stiglitz, Rubén S. - Pizarro, Ramón D. en “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, publicado en La Ley 2009-B, 949; Nallar, F. “Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes”, La Ley 2009-D, 96, entre otros.

6 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, 18/11/2009, “Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA”, op. cit.. En este caso, en particular, se resolvió que los daños punitivos no pueden ser aplicados retroactivamente a casos sucedidos bajo la vigencia de la ley anterior.

IV. Sujetos involucrados. Legitimación activa y pasiva.

a. Legitimación Activa.

El art. 52 bis establece que la sanción es a “instancia del damnificado”, es decir a instancia del consumidor o usuario en el sentido y alcance del art. 1 de la ley. También se encuentran legitimadas las personas extranjeras según el art. 8 bis LDC. Todo consumidor o usuario, nacional o extranjero, que sea damnificado directa o indirectamente está legitimado para solicitar su aplicación.

De los expresos términos del art. 52 bis que indica que la multa es “a instancia del damnificado” surgiría, prima facie, que las asociaciones, la autoridad de aplicación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público no están habilitados para demandar por multa civil ya que no son damnificados. Esta limitación a la legitimación se refuerza con la circunstancia de que la multa es destinada al damnificado y no a un fondo especial. Entendemos que hubiese sido conveniente otorgar legitimación a estas entidades y, en este caso destinar el monto de la multa a un fondo especial o, como en el Proyecto de 1998, ó al que considera conveniente el juez, pero en el sistema actual la norma veda esta posibilidad. Este aspecto merece ser objeto de una futura reforma legislativa.⁷

b. Legitimación pasiva.

El legitimado pasivo es el proveedor del producto o servicio en el sentido definido en el art. 2 LDC. Dada la faz punitiva y las particularidades de la figura es claro que sólo puede ser condenado el proveedor autor, ya sea por el hecho propio o por el de sus dependientes. En este sentido las Jornadas Nacionales han expresado que: “Los daños punitivos sólo recaen sobre los proveedores autores del hecho sancionado, debiendo responder por los actos de los dependientes (en sentido amplio) del proveedor.”-

En el caso que sean varios proveedores el art. 52 bis establece que deben responder solidariamente pero aquí, también, cabe imponer la condena sólo a los que sean coautores o cómpli-

7 A favor: Bersten, Horacio L., “La multa civil en la ley de defensa del consumidor. Su aplicación a casos colectivos”, LA LEY 2009-B, 997.

ces “, por lo que, como concluyeren las Jornadas Nacionales del 2009, no puede ser condenado a su pago aquel proveedor cuya conducta no encuadra en los requisitos para la aplicación de la figura”.

Con respecto a la acción de repetición, se presenta la duda sobre qué norma debe regir la contribución en este caso, entendemos, por las razones ya dadas, que el art. 40 LDC es inaplicable y que debe recurrirse al art. 689 y conc. del Código Civil. En el supuesto, de que los copartícipes hayan actuado dolosamente la norma configura una excepción a la regla del art. 1082 CC que veda la acción de regreso a los copartícipes de un delito.

V. Requisitos de Aplicación.

a. daño.

La norma requiere para su aplicación que exista un daño ya producido o la inminencia de su producción.⁸ La multa civil puede ser aplicada para sancionar hechos graves cometidos en cualquier tramo de la relación de consumo.

b. Elemento objetivo.

En primer lugar el art. 52 bis requiere un hecho antijurídico, consiste en el “Incumplimiento de una obligación legal o contractual” sin tener en cuenta la conducta desarrollada por el proveedor. Este es el aspecto más criticable de la norma que, en una primera lectura, parecería que basta con un mero incumplimiento para que proceda la multa. La interpretación literal del texto no condice con la naturaleza punitiva y disuasoria de la figura. Todos los autores, que se han preocupado del tema, como también los antecedentes del derecho comparado, ponen el acento en la conducta del causante del daño ya que no se indemniza el daño sufrido por la víctima, sino que se sanciona y, principalmente, persigue una finalidad ejemplificadora. De ahí que se requiere una grave falta en la relación de consumo.-

⁸ Ver: González Zavala, Rodolfo m., “Daño punitivo: la reforma más importante a la ley del consumidor”, ponencia presentada en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho, Córdoba, 2009.

Por su parte, el art. 8 bis de la ley extiende la aplicación de la multa a las “situaciones vergonzantes, vejatorias, intimidatorias” en contra de los consumidores. La Sala II de la Cámara Primera Civil y Comercial de Mar del Plata resolvió el primer caso de daño punitivo en el país e impuso esta multa a una empresa de telefonía celular cuyo local carece de una rampa de acceso para discapacitados, impidiendo el acceso al mismo de un cliente que había concurrido para formular un reclamo y se desplazaba en silla de ruedas porque entendió que se configuraba en el caso un abuso de posición de poder que evidencia un menosprecio grave por el derecho del consumidor a un trato digno.⁹

c. Elemento subjetivo.

La aplicación de la figura requiere que se haya actuado con dolo o culpa grave, o se haya obtenido enriquecimientos indebidos, abuso de poder con notoria indiferencia o desprecio hacia los derechos individuales o de incidencia colectiva.

El tribunal marplatense, precedentemente citado, interpreta correctamente la norma al entender que, si bien sólo exige el incumplimiento de una obligación legal o contractual y “nada más”, este presupuesto es insuficiente y, con cita de Stiglitz y Pizarro, afirma que “sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva”. En el caso se tuvo en cuenta el abuso de la posición de poder que evidenció un menosprecio grave del derecho del consumidor a un trato digno.-

López Herrera, con contundente claridad, expresa: “es contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para po-

9 C1aCiv. y Com., Mar del Plata, sala II ~ 2009/05/27 ~ “Machinandarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina” RCyS 2009-VII, 62.

der cobrar daños punitivos hace falta algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos.”¹⁰

VI. Multa: fijación, graduación, tope y destino.

La multa debe ser solicitada por el afectado ya que sólo procede a pedido de parte, lo que guarda coherencia con el destino dado a la misma por el art. 52 bis LDC. A tal efecto, deberá probar la gravedad del ilícito.

Sobre la procedencia de la multa, el artículo indica que el “juez podrá”, lo que no debe interpretarse como arbitrario sino que probados todos los requisitos legales de procedencia, el juez deberá aplicarla respetando el principio de razonabilidad (art. 28 CN), especialmente al momento de fijar la multa, “la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.” (art. 52 LDC). En general, los autores coinciden en que las pautas son demasiado laxas y escuetas por lo que el juzgador deberá recurrir a los antecedentes del derecho comparado para su estimación¹¹. El tribunal citado fijó el daño punitivo en pesos treinta mil para ello tuvo en cuenta la gravedad del hecho, el trato discriminatorio hacia el discapacitado; la envergadura de la empresa, una compañía telefónica y las demás circunstancias se valoró que el actor era un joven en silla de ruedas que no pudo acceder al local para efectuar su reclamo y que se le ofreció atenderlo en la vereda.

El tope de cinco millones fijado por la ley (art. 47 inc. b LDC), también ha merecido críticas ya que conspira con la naturaleza y finalidad del instituto dado que, en algunas ocasiones, puede resultar ínfimo. En este sentido las XXII Jornadas Nacionales concluyeron que: “El tope previsto en el art. 52 bis resulta inapropiado a los fines del cumplimiento del fin perseguido por la norma.”

¹⁰ López Herrera, Edgardo, “Daños punitivos por trato discriminatorio al consumidor”, APBA 2009-9-1026 Lexis Nº 0003/800748 ó 0003/800756.

¹¹ Ver los valiosos antecedentes y pautas citadas por López Herrera op. cit.

Es lamentable que la ley no haya regulado los criterios de distribución ante la existencia de pluralidad de damnificados reclamantes. Se puede sostener que sólo corresponde que la perciba el primero que acciona, lo que implicaría un trato desigual para el resto de las víctimas o esperar hasta que todos hayan demandado y distribuirlo entre ellos. Ante la falta de previsión legal, el juzgador deberá evitar que la condena por daños punitivos resulte excesiva o confiscatoria para lo cual deberá tener en cuenta, para su cuantificación, si existen otras multas establecidas. Esta omisión legislativa, en la práctica, ocasionará muchos inconvenientes e inseguridad al momento de su aplicación. Por ello, el juez debe ser sumamente cauteloso y prudente al momento de fijar la multa a los efectos de evitar consecuencias sociales y económicas desfavorables.

VII. Colofón.

A modo de colofón, de esta primera reflexión sobre los daños punitivos, entendemos que, a pesar de las serias deficiencias técnicas que presenta la norma, estas serán corregidas por la labor de la doctrina y la razonable interpretación judicial. Al respecto las XXII Jornadas Nacionales concluyeron que: “La multa civil del art. 52 bis de la ley 24.240 presenta importantes deficiencias técnicas, pero éstas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados”.

CLÁUSULAS ABUSIVAS, NULIDAD E INTEGRACION DEL CONTRATO DE CONSUMO

Dr. Pascual Eduardo Alferillo.

1. Introducción

Una de las características esenciales de toda ley reglamentaria de los derechos de los consumidores es que la misma tiene un propósito, una *ratio legis*, definida que es la defensa de los intereses de ese sector social. Para ello, se destaca la utilización como mecanismo asegurativo de su plena vigencia, la autopromoción como de orden público y la implementación de la regla *in dubio pro debilis* en su versión particular en beneficio del consumidor.

Sin lugar a duda que con esas pautas serían suficientes para reestablecer los desequilibrios o morigerar los abusos que los proveedores hubieren intentado contra los consumidores. Pero, la ley entendió necesario introducirse en la tarea de reglamentar sobre el contenido obligacional interno de los contratos de consumo para lo cual puso énfasis en los contratos por adhesión y en las cláusulas abusivas, en la idea de que la forma impuesta unilateralmente por el oferente es el mecanismo ideal para insertar estipulaciones perjudiciales para los consumidores.

Así, la Ley de Defensa de los Consumidores se preocupa por tratar los contratos que se instrumentan en formularios pre-redactados que los consumidores suscriben por adhesión previendo, en el art. 38 que la autoridad vigile que no contengan cláusulas abusivas extendiendo el control a las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y, en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el provee-

dor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Como se advierte, el control de la Ley N° 24.240 de los contratos de adhesión aparentemente lo restringió a la autoridad administrativa, pero sin duda que la jurisdiccional siempre tiene esa posibilidad por aplicación de los principios contenidos en el Código Civil derivados de la buena fe contractual como es el “*in dubio contra stipulatorem*” cuando la redacción de las cláusulas es realizada en forma oscuras, con terminología equívoca o confusa. Por ello, en estos casos deben ser interpretadas en contra del predisponente y en favor del adherente.

En función de estas palabras preliminares se estima correcto concentrarse en el estudio de las cláusulas abusivas, su caracterización y consecuencias jurídicas, puesto que el accionar de la magistratura tiene en la actualidad una exigencia de participación en el proceso más activa y oficiosa a partir de la declaración de la ley como de orden público.

2. Las cláusulas abusivas

2.1. Concepto general.

En la legislación argentina protectora de los derechos de los consumidores, Ley 24.240, la denominación del Capítulo IX da a entender que existirían “*términos abusivos*” y “*cláusulas ineficaces*” como categorías diferentes cuando de su normativa se infiere que debe hablarse de *términos*¹ o *cláusulas*² abusivas que por ser tal resultan ineficaces.

Aclarado ello se observa que la norma guardiana no define, en términos generales, el concepto de cláusulas abusivas,

1 Diccionario de la Real Academia Española. Término: 8. m. palabra (II segmento del discurso). http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=termino

2 Diccionario de la Real Academia Española. Cláusula. (Del lat. *clausŭla*, de *clausus*, cerrado). 1. f. *Der.* Cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado. 2. f. *Gram. y Ret.* Tradicionalmente, conjunto de palabras que, formando sentido completo, encierran una sola oración o varias íntimamente relacionadas entre sí. http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=clausula

sin embargo el Decreto N° 1.798/94, reglamentario de la Ley 24.240, precisa que *“se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones entre ambas partes”*, constituyéndose en definición legal.

Investigando como es criterio empleado en algunas regulaciones de otros países o comunidades económicas verificamos que con igual criterio, la Directiva Europea 93/13/CEE de la Unión Europea de fecha 5 de abril de 1993, en su art. 3 establece que *“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato...³”*.

Por su parte, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de España conceptualiza en su art. 82 que 1. *Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. 2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato”*.

Entre los países integrantes del Mercosur, comprobamos que en Uruguay la Ley N° 17.250 detalla en el art. 22 cuales son las prácticas consideradas abusivas en la oferta. A su vez en el art. 28 define al contrato de adhesión. Y con relación al pun-

3 Esta norma se completa: *“2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas”*.

to que interesa observar en este apartado, en el art. 30 define en términos generales que *“es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no referirá al producto o servicio ni al precio o contraprestación del contrato, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibile”*. Finalmente, en el art. 31 enumera las cláusulas abusivas.

En Paraguay Ley N° 1334, en el Capítulo de protección contractual, define en el art. 24 al contrato por adhesión y, en el art. 28, enumera las cláusulas abusivas.

De igual modo, en Brasil la Ley N° 8.078 (11/09/1990) reglamenta por separado “las prácticas abusivas” (art. 39) de la “protección contractual” dentro del cual, sin dar un concepto genérico opta por la enumeración de las cláusulas abusivas, en el art. 51. En forma simultánea en el art. 54 define el concepto de contrato de adhesión.

También se expide de esta manera, Venezuela cuando en la Ley N° 37.930 (4/5/2004), en su art. 81, fija el concepto de contrato de adhesión y en los siguientes las condiciones que el mismo debe tener. A la par, en el art. 87, enumera cuales son las cláusulas que se estiman abusivas.

Por su parte, en Chile, la Ley 19.496 (07/03/1997), en el inc. 6 del art. 1 define al contrato de adhesión. A su vez, sin conceptualizar, autoriza en el art. 50 la posibilidad de anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos.

El recorrido por las legislaciones seleccionadas permite visualizar que las mismas coinciden en resaltar las siguientes características que permiten reconocer – en general - la configuración de una cláusula abusiva.

Normalmente están insertas en los contratos de adhesión con cláusulas predispuestas porque es el modo formal elegido por los proveedores para celebrar los pactos de consumo.

Afectan inequitativamente al consumidor.

Estas peculiaridades son resaltadas por Estigarribia Bieber

cuando describe a las “cláusulas abusivas” como aquellas insertas en un contrato predeterminado –generalmente de adhesión a condiciones generales de la contratación–, mediante las cuales, contrariando el principio de la buena fe, se genere un notorio desequilibrio en las prestaciones debidas por cada parte, en perjuicio del adherente; sea por ampliación de los derechos o restricción de las obligaciones por parte del predisponente; por ampliación de las obligaciones o restricción de los derechos, o de su modo de hacerlos valer, por parte del adherente –que en caso revestiría, además, el carácter de consumidor y, como tal, sería acreedor a la especial tutela del orden público económico-jurídico...⁴”.

2.2. Enumeración de las cláusulas abusivas.

La ley de Defensa del Consumidor regula, en el artículo de referencia, que se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Como se infiere la enumeración realizada por la ley protectora tienen la característica de haber redactado las dos primeras, de un modo genérico, sin especificar o definir una hipótesis concreta de cláusula abusiva. Es decir, es una norma abierta que impone al juzgador la actividad de analizar en cada contrato de consumo si alguna de sus cláusulas configura una hipótesis de abuso en perjuicio del sujeto consumidor.

En cambio, la tercera es específica en la hipótesis regulada.

En un repaso por las legislaciones comparadas verificamos que coinciden en regular la prohibición de incluir, particularmente

4 Estigarribia Bieber, María Laura, “Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina”, Tesis doctoral aprobada e inédita, facilitada por gentileza de la autora a quién corresponde agradecer tamaño acto de bondad científica, pág. 178.

en los contratos predispuestos, las siguientes cláusulas que para una mejor sistematización las ordenamos del siguiente modo.

A) Exonerativas de las obligaciones y responsabilidades del proveedor.

Las que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos o servicios, salvo que una norma de derecho lo habilite o por cualquier otra causa justificada. (inc. A) art. 31 Ley N° 17.250 Uruguay; inc. 1 art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela; inc. I art. 51 Ley N° 8.078 Brasil, inc. 1 art. 43 Ley 2000-21 Ecuador, inc. a) art. 28 Ley N° 1334 Paraguay; inc. b) Anexo del art. 3 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo 5/4/1993; etc.)

Desnaturalicen las obligaciones o que eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños (inc. a) art. 28 Ley N° 1334 Paraguay)

B) Conceden facultades inequitativas a favor del proveedor.

Las que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato. (inc. C) art. 31 Ley N° 17.250 Uruguay, etc.)

Las que permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato (inc. 5 art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela; inc. XIII art. 51 Ley N° 8.078 Brasil; inc. 6 art. 43 Ley 2000-21 Ecuador; inc. e) art. 28 Ley N° 1334 Paraguay; inc. j y l Anexo del art. 3 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo 5/4/1993; etc.)

Las cláusulas resolutorias pactadas exclusivamente en favor del proveedor (inc. D) art. 31 Ley N° 17.250 Uruguay; inc. 6) art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela; inc. XI art. 51 Ley N° 8.078 Brasil; ect.)

Autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves. (inc. g Anexo del art. 3 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo 5/4/1993)

C) Renuncias a derechos de los consumidores.

Las que impliquen renuncia a los derechos sustanciales y

procesales reconocidos por la ley a los consumidores o usuarios o que de alguna manera limite su ejercicio (inc. 2 art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela; inc. XVI art. 51 Ley N° 8.078 Brasil; inc. b) art. 28 Ley N° 1334 Paraguay; inc. 8 art. 43 Ley 2000-21 Ecuador; inc. q) Anexo del art. 3 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo 5/4/1993, etc.)

Las que impliquen renuncia de los derechos de los consumidores. (inc. B) art. 31 Ley N° 17.250 Uruguay; inc. b) art. 28 Ley N° 1334 Paraguay; inc. 2) art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela; inc. I art. 51 Ley N° 8.078 Brasil; inc. 2 art. 43 Ley 2000-21 Ecuador; etc.)

Las que impliquen renuncia del consumidor al derecho de ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor. (inc. g) art. 28 Ley N° 1334 Paraguay; inc. G) art. 31 Ley N° 17.250 Uruguay; etc.)

D) Asunción de obligaciones inequitativas para el consumidor.

Las que inviertan la carga de la prueba en perjuicio de los consumidores o usuarios. (inc. 3 art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela; inc. VI art. 51 Ley N° 8.078 Brasil; inc.E) art. 31 Ley N° 17.250 Uruguay; inc. c) art. 28 ley N° 1334 Paraguay; inc. 3. art. 43 Ley 2000-21 Ecuador; etc.)

Las que impongan la utilización obligatoria del arbitraje (inc. 4 art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela; inc. VII art. Art. 51 Ley N° 8.078 Brasil; inc. 4 art. 43 Ley 2000-21 Ecuador; inc. d) art. 28 Ley N° 1334 Paraguay; etc.)

Las que impongan al consumidor un representante para concluir o realizar otro negocio jurídico con el proveedor (inc. VIII art. 51 Ley N° 8.078 Brasil; inc. F) art. 31 Ley N° 17.250 Uruguay)

Las cláusulas que establezcan que el silencio del consumidor se tendrá por aceptación de cualquier modificación, restricción o ampliación de lo pactado en el contrato. (inc. H) art. 31 Ley N° 17.250 Uruguay; etc.)

Impongan condiciones injustas de contratación, exageradamente gravosas para el consumidor o causen su indefensión (inc. h art. 28 Ley N° 1334 Paraguay; inc. 9 art 43 Ley 2000-21

Ecuador; inc. 8 art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela; etc.)

Imponer al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta (inc e) Anexo del art. 3 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo 5/4/1993)

Establezcan como domicilio principal para la resolución de las controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o el consumidor o usuario tenga establecida su residencia (Inc. 9) art. 87 Ley N° 37.930 Venezuela)

Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles. (inc. 7 art. 43 Ley 2000-21 Ecuador)

Exigir al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aún cuando el profesional no hubiera cumplido con las suyas. (inc. o) Anexo del art. 3 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo 5/4/1993)

Hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. (inc. i Anexo del art. 3 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo 5/4/1993)

Como se colige la enumeración realizada por las distintas legislaciones tienden a prohibir básicamente que el proveer aprovechándose de la debilidad contractual del consumidor se exonere de distintas responsabilidades que son de su incumbencia y a la par imponga deberes inequitativos o renunciaciones inusuales.

Como una hito especial se ha prohibido la incorporación de condiciones o cláusulas contractuales que violen o infrinjan normas medioambientales (inc. f) art. 28 Ley N° 1334 Paraguay; inc. XIV art. 51 Ley N° 8.078 Brasil; etc.). Ello, es congruente con el pensamiento anticonsumista que ve en ese estilo de vida y producción para satisfacerlo, un agravio al medio ambiente que no puede soportar un desarrollo industrial desmedido.

3. La sanción de nulidad.

En este punto es oportuno recordar que se debe diferenciar entre interpretar el alcance de una norma jurídica con la hermenéutica del contenido del contrato. En la primera, es frecuente que se tenga en cuenta el significado técnico científico dado que se presume que el legislador se pronuncia en esos términos. En cambio, para descubrir el verdadero sentido y finalidad de la contratación resulta relevante, no sólo la letra y contenido de los instrumentos que se presenten sino las conductas de las partes en punto a la ejecución del convenio. Además de ello, la declaración de voluntad debe ser interpretada con sentido profano, como lo haría una persona común razonable no experta en leyes. Es decir, las contrataciones deben ser interpretadas en un sentido llano, ordinario, lato sin argucias hermenéuticas que pretendan modificar el sentido final del convenio.

Como se colige, si la tarea del juzgador es ardua cuando debe analizar un contrato realizado por las partes en ejercicio pleno de su voluntad negociadora, se torna por demás compleja cuando debe examinar los contratos con cláusulas preelaboradas, pues cuando verifica la existencia de una estipulación abusiva, de oficio, debe proceder a declarar la ineficacia de la misma pues el art. 37 estableció que “se tendrán por no convenidas”.

También, el juez deberá tener en cuenta que éste artículo asegura la protección del consumidor reiterando no solo que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor sino que cuando existan dudas sobre el alcance de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

Sin perjuicio de ello, de igual modo autoriza para los casos en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas.

La doctrina judicial se ha pronunciado sobre el tema sosteniendo que “el decreto 1798 al reglamentar el art. 37 de la ley 24.240, considera términos o cláusulas abusivas a aquellos que

“afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes⁵”. Por ello, “corresponde aplicar la regla de interpretación en el sentido más favorable al consumidor contenida en el art. 37 de la ley de Defensa del Consumidor⁶”.

En esta etapa, el juez, sea motorizado por el pedido del consumidor o de oficio, debe controlar el contenido del contrato de consumo y detectar la inexistencia de cláusulas o términos abusivos. En caso contrario, deberá analizar la extensión de la estipulación inadecuada por excesiva para declarar la ineficacia de la misma excluyéndolas del contrato,

5 Cáb. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 8/10/96, “Médicus S.A. c/ Sec. de Com. e Inv. – Res. DNCI 39/96”, Causa n° 3.966/96. En particular en el caso resuelto por la Cámara Comercial, Sala A, 17/4/96, “La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. c/ MAVI S.R.L. s/ Sumario”; y “Río Cuarto S.A.C.I.F.I.M.A. c/ MAVI S.R.L. s/ Sumario”, JA 19.03.97, se ha juzgado que “cabe declarar la nulidad de una cláusula limitativa de responsabilidad del depositario de bienes almacenados, que sufrieran destrucción, ante el acaecimiento de un incendio, toda vez que –en el caso- es abusiva al desnaturalizar el concepto de obligación y atenta contra el principio de buena fe que resulta indispensable en el cumplimiento de éstas (Conf. Ley 24.240: 37 y CCIV 3; Stiglitz, “Derecho y Defensa del Consumidor”, Pág. 287; Cazeaux – Trigo Represas, “Derecho de las Obligaciones”, T. I, Pág. 89), al no existir evidencia alguna que dicha cláusula en cuestión haya sido negociada individualmente, por cuanto se halla preredactada y el adherente no ha podido participar o influir en el mentado pacto de exoneración de responsabilidad, siendo una cláusula sorpresiva que se incorpora clandestinamente al dorso de los remitos de ingreso de mercaderías al depósito, tomando desprevenido al depositante, no obstante las consecuencias que aparece, ya que una de las partes –depositario- intenta liberarse totalmente de las consecuencias patrimoniales por las que debería responder, de no existir aquella, importando una renuncia del acreedor a un derecho eventual en los términos del CCIV 872 de ejercer la acción indemnizatoria, provocando un desequilibrio de tal entidad entre los derechos y obligaciones que compromete el principio de equivalencia o de máxima reciprocidad.

6 Cáb. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, 2/5/96, “Confiable S.A. c/ MIN. E. O.S.P. –Sec. Ind. Y Com. – DNCI N° 1076/95”, Causa 51.697/95. En el caso definido por la Cáb. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala V, “Diners Club S.A.C. y T. c/ Sec. de Com. e Inv., Disp. DNCI 204/97”. Causa n° 21.416/97, 4/3/98 se consideró que “ante esta nueva modalidad de venta de productos o servicios nace una responsabilidad solidaria, por lo cual, resulta ajustada a derecho la resolución que declara inválida la cláusula que determina que Diners Club S.A.C. y T. no es responsable en caso de “promociones especiales Diners” por las obligaciones de los establecimientos adheridos al sistema Diners, respecto de los denunciantes.

pues el art. 37 con claridad establece que “se tendrán por no convenidas”.

Ahora bien, dentro de las hipótesis factibles de acontecer puede que la ineficacia alcance a todo el contrato (nulidad total), en cuyo caso no sería posible avanzar a la segunda etapa que es la integración de las cláusulas que se mantienen vigentes.

En cambio, entiende el art. 37 que “cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuere necesario”. Este tema será tratado en el punto siguiente.

En el derecho comparado coinciden en declarar nulas de pleno derecho a las cláusulas o estipulaciones abusivas (arts. 87 de la Ley N° 37.930 de Venezuela; 51 de la Ley N° 8.078 de Brasil, 43 de la Ley N° 2000-21 de Ecuador y 28 de la Ley N° 1334 de Paraguay).

En cambio, el art. 31 in fine de la ley N° 17.250 de Uruguay concede el derecho al consumidor para exigir la nulidad de las mismas, en cuya caso el juez integrará el contrato y el art. 50 de la ley N° 19.496 de Chile concede a los consumidores damnificados (a título individual, en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores) la posibilidad de “anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión”.

Como se infiere, todas las legislaciones coinciden mas allá de considerar que la nulidad es *ipso jure* o a pedido de parte interesada, en la posibilidad cierta de excluir del contenido contractual a las cláusulas abusivas generando con ello, la necesidad jurídica de precisar cual es la nueva dimensión del pacto de consumo como lo reglamenta la ley argentina.

4. La integración del contrato.

El primer desafío que se presenta al investigador y, muy particularmente a los jueces es conocer cual fue la intención de la Ley de Defensa del Consumidor al ordenar que “integre” el contrato si ello fuere imprescindible luego de declarar la nulidad parcial del mismo.

En este punto resulta ineludible precisar la diferencia que entre “integrar” e “interpretar” un contrato.

De la compulsa del Diccionario de la Real Academia del idioma español, cuando se hace referencia a “*integrar*”⁷ se pretende construir un todo completando las partes faltante. En cambio, “*interpretar*” significa, en cuanto interesa a esta investigación, “explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto”⁸. Como se colige, el significado de cada término responde a un patrón de actividad distinta para cada hipótesis.

Esta diferencia fue señalada expresamente en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizada en Córdoba (set. 2009) cuando, en la comisión respectiva, se sostuvo en el punto 1.1. que “la interpretación del contrato es una operación intelectual que consiste en establecer su sentido y alcance”⁹. En

7 Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española. Integrar. (Del lat. *integrāre*). 1. tr. Dicho de las partes: Constituir un todo. 2. tr. Completar un todo con las partes que faltaban. 3. tr. Hacer que alguien o algo pase a formar parte de un todo. U. t. c. prnl. 4. tr. comprender (contener). La coalición ganadora integraba liberales y socialistas. 5. tr. Aunar, fusionar dos o más conceptos, corrientes, etc., divergentes entre sí, en una sola que las sintetice. El nuevo enfoque integra las dos teorías anteriores. 6. tr. Mat. Determinar por el cálculo una expresión a partir de otra que representa su derivada. Real Academia Española. (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=integrar).

8 Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española. Interpretar. (Del lat. *interpretāri*). 1. tr. Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto. 2. tr. Traducir de una lengua a otra, sobre todo cuando se hace oralmente. 3. tr. Explicar acciones, dichos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos. 4. tr. Concebir, ordenar o expresar de un modo personal la realidad. 5. tr. Representar una obra teatral, cinematográfica, etc. 6. tr. Ejecutar una pieza musical mediante canto o instrumentos. 7. tr. Ejecutar un baile con propósito artístico y siguiendo pautas coreográficas. (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=interpretar)

9 La conclusión trascrita se complementa: “Al respecto, se distingue a la calificación, la interpretación integradora y la integración propiamente dicha. (Por mayoría. 4 votos en disidencia). 1.2. Calificación. La calificación del contrato consiste en ubicar el negocio en el cuadro de categorías que el derecho prevé (por unanimidad). 1.3. Interpretación integradora. Mayoría: Es una técnica de interpretación contractual que se basa en desentrañar lo que hipotéticamente las partes habrían querido, de haber previsto la situación que se plantea al intérprete. Minoría: El concepto de interpretación integradora no es de recibo en el derecho argentino, pues los casos a los que se pretende aplicarlo constituyen en puridad, lisa y llanamente, supuestos de integración del contrato”.

cambio, en el punto 1.4., se aseveró que “la integración es la operación en virtud de la cual el reglamento contractual se complementa con la intervención de fuentes heterónomas”.¹⁰

Si aplicamos estas enseñanzas a un contrato de consumo que parcialmente ha sido declarado ineficaz, surge de inmediato la pregunta: ¿es posible que el juez complete, supla o reformule las cláusulas que ha dejado sin vigencia? Y, en caso, positivo: ¿de que modo lleva a cabo esa tarea?

A los fines de iniciar este camino que de modo unánime ha sido calificado como arduo, entendemos con un sentido lógico jurídico que el juez únicamente ingresará en la labor de integrar cuando tenga un contrato de consumo parcialmente vigente, pues de lo contrario las partes habrían quedado desvinculadas.

A partir de ello, el interrogante se traslada a conocer si las cláusulas excluidas del contrato pueden o no ser reformuladas por el Juez.

Si se opina que la jurisdicción puede reelaborar, de oficio, la norma declarada ineficaz estamos frente a lo que se conoce como la actividad creadora del juez llevada a su máxima expresión pues el órgano supliría la voluntad de las partes imponiéndoles cláusulas no pactadas expresamente por ellos, sino presuntivamente a partir de la hermenéutica realizada. La ley de protección de los consumidores no fija pauta legal concreta para ejecutar esa tarea. En otras palabras, estimamos que no autoriza al juez argentino para realizar una “interpretación integradora” del contrato de consumo.¹¹

La profesora Estigarribia de Bieber¹² siguiendo las ense-

10 La Comisión “Integración del Contrato” tuvo las siguientes autoridades: Presidentes: Dres. Roberto Gregorini Clusellas – José María Gastaldi Vice-presidentes: Dres. Miguel Federico De Lorenzo – Gonzalo Sozzo Secretarios: Dres. Mario Carrer – Gustavo Orgaz – Alejandro Freytes Relatores: Dres. Sebastián Picasso – Beatriz Junyent de Sandoval.

11 Es por ello que disentimos con el pensamiento expuesto por el Dr. Otaegui en las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (no sometido a votación) cuando entiende que “el art. 37 de la ley 24.240 es inconstitucional en cuanto dispone que el juez puede reemplazar la cláusula nula”, porque dicho artículo no regla que el magistrado competente pueda cambiar la cláusula inválida sino que ante su ausencia por exclusión se integrara el contrato nuevamente.

12 Estigarribia Bieber, María Laura, ob. cit.; Mosset Iturraspe, Jorge, “El arte de juzgar y la discrecionalidad del juez en relación a las cláusulas abier-

ñanzas de Mosset Iturraspe, trae como ejemplo de integración contractual, a la figura de “excesiva onerosidad sobreviniente” contenida en la teoría de la imprevisión incorporado por la ley 17.711 en el art. 1.198 del Código Civil cuando el juez define el reestablecimiento del sinalagma contractual deteriorado.

En contrario observamos que a diferencia del contrato de consumo, el juez actúa siempre a instancia de parte. En segundo lugar, cuando la litis se traba por la subsistencia del contrato y se acepta el reestablecimiento del equilibrio de las prestaciones, no se excluyen o nulifican las cláusulas sino que las partes presentan sus pretensiones y el juez define el punto de equilibrio económico del contrato, en su cuantía. En cambio, el art. 37 de la ley 24.240 establece como prioridad que “se tendrán por no convenidas” las cláusulas calificadas como abusivas. En otras palabras, excluye, *ab initio*, a las mismas del contenido del contrato.

De igual modo acontece cuando la jurisdicción, a pedido del consumidor, declara la nulidad parcial del convenio, por la violación del oferente del principio de buena fe, de informar, la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial.

En pocas palabras, el juez no tiene la posibilidad jurídica de reconstruir la cláusula del contrato de consumo que declaró ineficaz o no convenida porque la misma ha quedado legalmente excluida del pacto. Por el contrario, debe resolver la cuestión litigiosa planteada con el resto vigente del convenio.

En este punto es imperioso recordar que las cláusulas declaradas ineficaces, mientras estaban vigentes, desplazaron la aplicación de algunas normas supletorias previstas para el tipo de convenio celebrado, pero cuando se declaran ineficaces la situación se retrotrae al momento de celebrarse el acuerdo. En función de ello, las normas supletorias antes desplazadas por la voluntad privada se integran al contenido del convenio.

Así, cabe aseverar que la integración de las normas supletorias al contrato de consumo se produce *ipso jure*, automáticamente a partir del momento mismo de quedar firme la declaración judicial de cláusula “no convenida”, sin la intervención del juez.

En otras palabras, el órgano jurisdiccional no integra formalmente el contrato sino que lo hace la propia ley, la cual determina que las normas pasan a formar parte de la configuración interna del mismo.

Esta segunda interpretación judicial del contenido pactado (sin las cláusulas excluidas por abusivas en el primer análisis del contrato), va de suyo, se produce a posteriori, cuando el juez reexamina el alcance del contrato para definir la nueva situación obligacional del consumidor frente al oferente de la cosa o prestador del servicio.¹³

Aclarada nuestra posición de cómo entendemos se produce la integración del contrato de consumo resulta inexcusable transcribir el pensamiento expuesto por Estigarribia Bieber sobre el tema cuando observa que la ley “luego de haber basado su mirada en las “normas prohibitivas”, que han determinado la declaración de nulidad de una o más cláusulas contractuales, ante la necesidad de integrar el contrato; en primer término, el juez deberá analizar si es factible hacerlo mediante una lectura sistémica e integradora, es decir recurriendo a la “autonomía de la voluntad de las mismas partes”, que establecieron un contexto —el contenido de todo el contrato— de donde tal vez pueda inferirse cuál fue su intención respecto del tema en cuestión...¹⁴”.

Si esto no fuere posible, continúa la autora, “deberá el juez recurrir a las normas supletorias, correspondientes al tipo contractual de que se trate —en el caso de contratos nominados— o a los de tipos que puedan ser aplicados por analogía —en el de los innominados— y, a partir de allí a fin de determinar la integración buscada. Si a pesar de ello, eso no resulta aplicable, deberá remitirse a los “principios generales del Derecho”, principalmente a la “buena fe”, como paradigma de conducta para cual-

13 En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión “Integración del contrato” definió las “2) Reglas que rigen la integración del reglamento contractual. 2.1. La integración del contrato se realiza sobre la base de las siguientes pautas: a) Los principios constitucionales. b) El orden público y las normas imperativas, que se aplican en sustitución de las cláusulas que sean incompatibles con ellas. c) Los principios generales del derecho. d) La buena fe. e) Las normas supletorias. f) Los usos y costumbres. (Por mayoría. 1 voto en disidencia)”.

14 Estigarribia Bieber, María Laura, ob. cit., pág. 208.

quier sujeto que intervenga en una relación contractual...¹⁵ -

Como se colige cuando se hace referencia a que el juez tiene el deber de “integrar” el contrato se alude a la actividad que lleva a cabo para dilucidar como ha quedado conformada la nueva configuración interna del pacto de consumo después de la declaración de “no convenida” o de ineficaz de las cláusulas abusivas. Ello por cuanto la integración del contrato es definida por la ley y no por el órgano jurisdiccional que solo formula nuevamente la hermenéutica de su contenido, sin las cláusulas o términos excluidos.

5. Reflexiones finales.

El análisis realizado de la Ley 24.240, de defensa de los derechos de los consumidores, pone en evidencia que esta norma protectora marca un hito trascendente en el nuevo rol que le cabe cumplir a la jurisdicción al fijar, en el art. 65, que su naturaleza es de orden público autorizando con ello el activismo del juez en el control de la configuración interna del contrato.

El juez, de este tiempo, está convocado a contribuir con la efectivización de los derechos de los más débiles ante el incontenible avance de las asimetrías sociales y económicas producidas por distintas causas, entre las que se destacan: las nuevas tecnologías de producción y la concentración del poder económico.

Sin lugar a duda, esta realidad impone el abandono del clásico estado de pasividad procesal de la magistratura, de actuar únicamente a requerimiento de parte interesada, para tener un activismo en el control cierto y efectivo de la configuración in-

15 Ídem. La autora completa su idea sosteniendo que “como ya mencionáramos, en primer término, deberá recurrirse al “todo” del mismo contrato, a efectos de encontrar allí mismo la guía para realizar la integración. Si ello no es posible, remitirse a las normas correspondientes al contrato –típico o aplicable por analogía–, que forman parte del derecho dispositivo –supletorio– y que, al haber resultado nula, por abusiva la cláusula –que nominalmente expresaba la voluntad en contrario – resulta plenamente válido en su aplicación, puesto que, justamente, está previsto para el caso que no hubiese acuerdo que lo descartara y, en este caso, hubo, pero desapareció “*ad nuttum*”. Estas normas tienen el carácter de supletorias, y como tal deben ser aplicadas...”.

terna de los contratos de consumo dilucidando y excluyendo, aún de oficio, las cláusulas abusivas.

Al reglamentar este nuevo modelo del juez civil con una dinámica y compromiso social diferente al prototipo clásico de magistrado aséptico sin responsabilidad con la justicia sustancial, la Ley de Defensa del Consumidor, asegura la concreción de sus fines tuitivos tenidos como objetivos para con el consumidor consagrados en la Constitución Nacional, de ahí la importancia que tiene conocer la función que le ha asignado a la jurisdicción.

ACCIONES COLECTIVAS

Horacio Carlos Gianella

1. Ha transcurrido un año desde que nos reunimos en la ciudad de Mendoza, también a instancias del Instituto Región Cuyo perteneciente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con motivo de la reforma legislativa de importantes normas del estatuto regulador de la defensa del consumidor por la ley 26.361.

El año pasado decíamos que parte de los aplausos se habían dirigido al reconocimiento legal de las acciones de clase aunque también hubo una cerrada coincidencia en que la reforma podría haber sido mejor elaborada en este aspecto.

Asimismo, destacamos que el legislador había confesado la insuficiencia de la ley en la materia durante el proceso de elaboración de las normas que han dado lugar a estas jornadas. En senadores, en la sesión del 19 de diciembre de 2007, Nicolás Fernández se comprometió a concretar un proyecto de ley específico, completo y complejo de las acciones colectivas, lo que implica reconocer la minusvalía con que nació el actual texto del art. 54 del estatuto del consumidor modificado por la ley 26361.

De cualquier modo, esta insuficiencia no es un impedimento a la aplicación de las normas constitucionales que dan base firme a la existencia misma de este nuevo modo de estar en juicio, —en la República Argentina— conforme a la doctrina de la C.S.J.N. según el cual si existe un derecho, debe existir un remedio legal para hacerlo valer porque las garantías constitucionales existen por el solo hecho de estar en la Constitución, independientemente de su regulación legal. La ley puede imponer límites pero no puede obstaculizar la vigencia efectiva de las garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315).

La Corte venía reclamando, desde el año 2006 instrumentos legales que le dieran una mayor operatividad al texto constitucional sancionado dos años antes. En efecto, en las causas “Mujeres por la Vida -, (considerando 11° del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti; La Ley, 2006-F, 464), - “Ministerio de Salud y/o Gobernación”, (considerando 11° del voto del Dr. Lorenzetti, La Ley, 2006-F, 422) y “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires”, (considerando 10°, voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni, La Ley, 2006-F, 435; todas del 31.10.06)) a través de la voz de los ministros del Alto Tribunal indicados viene requiriendo del poder legislativo nacional la mayor precisión reglamentaria que las acciones de clase merecen, para dotarlas de una más fluida aplicación en todo el ámbito nacional.

En la ya afamada causa “Halabi, Ernesto c. PEN, ley 25.873 dto. 1563/04”, (CSJN, 24/02/2009, La Ley, 2009-B, 157, considerando n° 12) actualizó el Tribunal su reclamo, pero en esta ocasión no se quedó en ello y avanzó en la precisión de los recaudos de aplicabilidad de las acciones colectivas, anticipándose a la actividad legislativa, al fijar pautas que hacen a la buena administración de este tipo de acciones.

El espectro en donde es propicio el juzgamiento colectivo de situaciones y relaciones jurídicas, se ve claramente en la discriminación, en la afectación del ambiente, de la competencia, de los usuarios o de los consumidores –como especiales y bien diferenciados ámbitos colectivos- sin perjuicio de otras incidencias en un grupo o en la población en general, que tienen igualmente protección en el art. 33 de la Constitución Nacional. Se avizora el nacimiento y crecimiento de nuevas situaciones y relaciones jurídicas de este tipo dentro del mundo globalizado y de las características cada vez más “masificadoras” de las interrelaciones entre el Estado, la empresa, los “dañadores”, etc. y los usuarios, consumidores, etc., circunstancias altamente justificantes de un desarrollo paralelo de institutos jurídicos, como las acciones de clase o colectivas, que den adecuada protección a estos últimos que, de lo contrario, sus derechos e intereses quedan desvanecidos en medio de las gigantescas operaciones de aquéllos.

Antes de la reforma de la ley 26361, con posterioridad a la constitución del 94, la jurisprudencia reconoció e hizo un lugar en el ordenamiento jurídico argentino a las acciones de incidencia colectiva.

La CSJN, en las causas “Asoc. de grandes cons. de energía vs. Pcia. de Bs.As. Acc. colec.”, con base en el 43, inc. 2) de la CN.; en “Cons. Libres c/ Estado Nac.”, “Proello vs....”, “Prodelco,...”, estas dos últimas del 7.5.98, admitiendo en estas últimas tres la existencia de legitimación en sujetos potencialmente distintos de los afectados.

La CNCOM, Sala E., el 10.05.05, en la causa “Dción. Gral. de consumidores. de Bs.As. c/ BNL”, y la Sala C, en fecha 4.10.05 in re “Unión usuarios c/ Bco Prov. de Bs. As.”, reconocieron a la acción colectiva y esta legitimación extraordinaria del art. 43, inc. 2) de la CN.

Hay curiosos antecedentes más remotos, como aquél que figura entre los primeros antecedentes jurisprudenciales del país, emanado de la SCJMza., en la causa “Gianella, Horacio c/Provincia de Mendoza” (JA 1984) en el que se reconoce legitimación al recurrente por su calidad de abogado, ciudadano, contribuyente y ser humano a fin de impugnar un proyecto de ley, aún cuando el planteo de fondo fuera luego rechazado.

2. Los derechos en juego y las acciones a que dan lugar nos llevan a que “se deben *“delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos”*, lo que nos enseña la CSJN, en fecha 24.02.09 en el caso, “Halabi...”, considerando n° 9., entendiéndose por bien colectivo aquel que pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna...”. (Barbosa Moreira, J.C. “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988”, in RePro, n° 61, São Paulo, 1991; “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, in Temas de direito procesual, 1ª serie, São Paulo, 1977, p. 195).

Por su parte, los intereses individuales homogéneos presentan otras características pues “...en tales casos la demostración de *los presupuestos de la pretensión es común a todos esos*

intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una *homogeneidad fáctica y normativa* que lleva al legislador a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño...”.

Creemos relevante añadir que la homogeneidad probatoria deviene casi por añadidura, pero no está demás agregarla. (v. CSJN, el ya citado caso “Halabi...”, considerando n° 12 y disidencia del Dr. Lorenzetti en las causas “Ministerio de Salud” y “Mujeres por la vida”, considerando n° 11, y disidencias de los Dres. Lorenzetti y Zafaroni en la causa “Defensor del Pueblo de la Ciudad, considerando n° 9”). Veremos más abajo cómo se pueden producir incongruencias serias en la decisión de juicios que tienen una causa del daño en común y diversidad de prueba, en especial la pericial.

El Dr. Carlos Parellada ha distinguido con elocuencia los intereses difusos: aquellos que corresponden a un grupo impreciso de personas, carente de toda base asociativa, sin que pertenezca a nadie en exclusividad, como acontece con la preservación del ambiente, de los intereses colectivos: que corresponden a un grupo asociativo no ocasional, en razón de bienes jurídicos comunes, tales los que afectan a sindicatos, asociaciones de consumidores o de ambientalistas y de los intereses o derechos individuales homogéneos: en cuyo ámbito la pretensión no se refiere a un bien colectivo, sino a los intereses individuales de los actores, y un hecho único o continuado que causa un daño a todos; o sea, se identifica una causa homogénea.

Estos derechos e intereses, que se presentan de una particular manera en nuestro mundo actual, implican nuevas realidades, para la cuales los instrumentos procesales de que disponemos son insuficientes o inadecuados, por lo que requieren de carriles en el proceso que las porten con mayor eficacia.

Esa mayor eficacia no se traduce en una mera cuestión teórica sino que su ausencia llega a la afectación misma del derecho de acceso a la justicia. Se ha dicho que “en ausencia de un ejercicio colectivo, habría una afectación grave del acceso a la justicia”. Así es como se justifica y se fundamenta la defensa

colectiva de derechos individuales, patrimoniales o personales.

Asimismo, aparece como un tercer elemento: “la existencia de un interés individual que, considerado aisladamente, no justifica la promoción de una demanda...”, como son los ejemplos que la realidad nos ha proporcionado de rubros involucrados en una facturación de servicios, públicos o privados, que representa para el prestador, en su sumatoria, montos importantes de dinero, mientras que para el usuario o el consumidor, individualmente considerado, es insignificante, a tal punto que los costos mínimos requeridos para iniciar un juicio lo supera.

3. Estos nuevos canales que permiten que los intereses y derechos antes descriptos puedan ser objeto de una litis, traen aparejadas, a su vez, profundas mutaciones en los elementos de la relación procesal, patentizadas, especialmente, en la legitimación, la naturaleza del reclamo, la representación y la cosa juzgada.

La correcta solución de estas cuestiones, que pudieran parecer menores a primera vista, resulta de fundamental importancia para garantizar derechos y garantías constitucionales, tales como la defensa en juicio, el debido proceso, la igualdad ante la ley, etc.

Cuál es la razón de ser de estas acciones que podemos caracterizar como aquellas llevadas adelante por una persona que sin tener representación de otras, necesariamente “muchas”, es decir en las que el “actor” no representa al y no es el “afectado” y que produce efectos expansivos, por lo que impacta fuertemente sobre el concepto de legitimación activa y sobre los efectos de la sentencia, rompiendo los moldes tradicionales.

Son valiosas porque:

- Tornan posible el ejercicio concreto del los derechos de 3ra. generación.
- Acortan, como consecuencia, la brecha entre el individuo de nuestros días y el sistema judicial, también de nuestros días.
- Son un instrumento, entonces, que da respuesta al justiciable, que de otro modo no se produce.
- Suplen adecuadamente la necesidad de iniciar absurdos

juicios por montos ínfimos, en el que las partes actúan en disparidad de fuerzas, que se instituyen en razones muy fuertes para que no se concreten los reclamos, y por lo tanto están en directa relación con el acceso a la justicia.

Los ciudadanos están privados de:

- Las pequeñas causas que pocos tienen en cuenta,
- Las causas tan grandes, que no se sabe quién es su titular, si hay uno, o bien quién puede erigirse en su representante.

En materia de derechos de incidencia colectiva se halla comprometido seriamente el acceso a la justicia.

Los inconvenientes que nacen son variados (Lorenzetti):

- Se enfrentan dos esquemas y dos ideologías.
- Los derechos subjetivos -con “igualdad formal”, “juicio de dos”, normas inflexibles, procedimientos largos, sentencias tardías,
- El interés legítimo, con flexibilidad de normas, equiparación de fuerzas; evitación de “la igualdad de los desiguales”
- Este enfrentamiento tensa la cuerda entre estos postulados y el derecho de defensa en juicio y debido proceso, vistos con el viejo ojo de aquel primer proceso.

La Regla 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil de los Estados Unidos (Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure) es una referencia casi obligatoria. Antiguas fuentes de ellas son los Bills of Peace de las cortes de equidad inglesa que formaron un equilibrado sistema de pesos y contrapesos.

4. La legitimación procesal activa dada a las asociaciones y al Defensor del Pueblo (entre otros) para el inicio de acciones de este tipo produjeron una modificación que llevó la legitimación activa desde los directamente afectados a los nuevos legitimados.

La rapidez del tipo de procedimiento propuesto parece ser contradictoria con la magnitud e importancia de la cuestión que se presupone debe ventilarse dentro de una acción colectiva, por lo que la principal objeción es la imposibilidad de obtener

una resolución previa a la excepción de falta de legitimación activa, siendo ello una de las observaciones más importantes y criticadas.

Ello así, por cuanto se crea la pérdida de la posibilidad de efectuar el planteo individualmente después de varios años de pleito en el que se declara la falta de legitimación activa (Cámara Nacional Comercial, Sala E, 06/12/2007, en autos “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Merrill Lynch Argentina S.A. s/sumarísimo”).

Algunas soluciones están dadas, por ejemplo, por la reciente reforma de la Ley de Defensa del Consumidor, al crear la posibilidad de que los tribunales se aparten de la regla que impone la aplicación del proceso sumarísimo a estos casos, mientras que otras legislaciones determinan que el legitimado no sea completamente ajeno a la persona de los damnificados; uno o varios afectados directos intervienen en la causa como actores, y sus casos son representativos.

Otro de los inconvenientes a salvar, consiste en que, en principio, no es justo aceptar que un tercero pueda iniciar una acción colectiva y al mismo tiempo obligar al demandado a iniciar cientos o miles de demandas individuales contra aquellas personas que supuestamente son las beneficiarias de la acción colectiva. Vale decir, debe regularse adecuadamente la reconvencción en nuestras acciones.

La mediación, el desistimiento, el allanamiento a alguna excepción previa, transacción o conciliación que se planteen o celebren en el proceso y su relación con quienes se apartaron expresamente del juicio, requiere precisiones (el modo y el tiempo en que los consumidores podrán ejercer el derecho de apartarse de los términos del acuerdo) y su carencia impide la aplicación de la norma a un caso real, ya que no hay beneficio alguno para el demandado, que no tendrá certeza de quedar liberado.

5. En un caso real que no se tramitó como acción colectiva, se iniciaron tantos litigios como adjudicatarios de un barrio por los defectos presentados en las viviendas, ante distintos jueces y en los que se ofreció prueba pericial que estuvo a car-

go de distintos peritos ingenieros. Los jueces de grado dictaron sentencias dispares, pues dos de ellos acogieron las demandas, mientras que un tercero rechazó las que les tocó juzgar.

Si bien las Cámaras que intervinieron en grado de apelación resolvieron por el acogimiento de las pretensiones, las pruebas en cuanto a los daños eran tan dispares (los dictámenes periciales) que, de atenerse los jueces a las mismas, por un mismo daño, en algunos casos, se duplicaban las indemnizaciones en comparación a la acordada al vecino. En otras palabras, si las sentencias se ajustaban a una estricta congruencia formal ateniéndose estrictamente a las pericias producidas en los distintos juicios, se incurría en una grosera incongruencia sustancial y en una afectación de la garantía de igualdad repugnante a diversas normas y principios que dominan el sistema jurídico argentino. (ver, entre muchas, de la 2da. CCC y M. de Mendoza, “Bacchini de Muñiz, Pierina c/Sindicato Obrero de la Industria de la Madera y ots. p/ ordinario”, del mes de Mayo del año 2.009).

En una de las causas, la Corte, al fundar su sentencia confirmatoria de lo decidido por la Cámara dijo: “Que esta circunstancia mencionada por la recurrente se debe a que se da en el caso un supuesto de derechos individuales homogéneos, en tanto nacen de un hecho único...”. Lamentablemente, la cuestión no ha sido abordada como acción colectiva (con cita de los votos de los dres. Lorenzetti y Argibay en decisión de la Corte Suprema de Justicia del 31/10/2006 recaído in re “Mujeres por la Vida -filial Córdoba- c/ P.E.N.- M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, LL 2006-F-462 y JA 2007-I-19 y, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986”, LL 2009-C-247 y ss.) y, consecuentemente, la multiplicidad de expedientes crea el peligro de decisiones contradictorias...” por lo que “no está en manos de esta Corte, analizar en este recurso extraordinario, la cuestión relativa a la posibilidad de decisiones contradictorias”.

El Alto Tribunal se refería a las sentencias contradictorias, pero piénsese que, aún en la homogeneización del resultado general de las causas –acogimiento de las demandas- apareció el restante problema de incongruencia antes señalado, no me-

nos grave que el que hace notar el Tribunal Superior de Mendoza.

Mas allá de que cuando se iniciaron esas causas aún no se había expedido la Corte Nacional en las causas “Mujeres por la Vida -filial Córdoba- c/ P.E.N.- M° de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo”, LL 2006-F-462 y JA 2007-I-19 y, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986”, LL 2009-C-247 y ss., esta experiencia demuestra no sólo las bondades de las acciones colectivas, sino y también la cara contraria de la misma moneda, cual es los problemas graves que se suscitan cuando no se tramitan las causas como acciones colectivas y la configuración de los hechos así lo permite y aconseja.

Debemos destacar que, aún sin hacer referencia a las acciones colectivas, uno de los jueces que intervinieron en la tramitación de las causas –hoy camarista de la Excma. Cámara 5ta. en lo civil de Mendoza, dr. Oscar Martínez Ferreyra- dispuso la sustanciación de una sola prueba, vislumbrando los problemas que se avecinaban, decisión que fue revocada en segunda instancia.

En otra de las proyecciones que el fallo “Halabi...” ha tenido en los tribunales mendocinos, la sra. Fiscal de la Segunda Fiscalía de primera instancia en lo Civil dictaminó en una acción de Amparo que “el Alto Tribunal de la República considera, en la causa “Halabi” que para la admisión formal de toda acción colectiva se requiere la verificación de los siguientes recaudos:

- a.- La precisa identificación del grupo,
- b.- La idoneidad de quien pretende asumir su representación.
- c. - la existencia de un planteo que lo involucre.
- d.- Cuestiones de hecho y de derecho... comunes y homogéneas ... que haya afectado a una pluralidad relevante.
- e. -Adecuadas medidas de publicidad orientadas a garantizar la adecuada notificación”, por lo que sugería al juez de la causa que dictara un auto ordenatorio sobre la base de tales conceptos (Expte n. 3428/ Segunda Fisc. Civil Mza.”Sosa c/ Amx A.SA p/ Acc de amparo”).

Este dictamen se hace cargo de la experiencia en esta materia, en virtud de la cual debe preverse como “paso ineludible, que antes de dar curso a una “acción de clase” debe superarse la etapa previa de la “certificación de la clase”; etapa en la que —como mínimo— se verifica la homogeneidad del reclamo de todos los miembros, la capacidad del representante de la clase de representar los intereses de los demás miembros, y la factibilidad del trámite judicial intentado”.

6. Otros problemas presentan las acciones colectivas. Sin que el tiempo concedido para el desarrollo de este tema nos permita el análisis más acabado de algunos aspectos a superar o ajustar en la materia, los dejamos cuanto menos señalados.

- Hay cosa juzgada hacia el futuro?
- Hay responsabilidad del representante —D. del P. y Org. N.G. si se pierde la Acción Colectiva?.
- Cómo juega la prescripción de la acción respecto de quienes no han sido partes?.

Es procedente la reconvención?.

Cuál es el trámite?

La escisión de la “parte actora” y el afectado incide sobre: la prueba documental, confesional y testimonial, las que pueden tornarse incompatibles entre sí.

Es así que el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial N° 1, Secretaría N° 2, 27/02/2008, en autos “Daminificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Lehman Brothers Sudamérica S.A. y otros s/sumarísimo”, denegó la absolución del representante de la Asociación y al defensor del pueblo. Vaya ello a modo de ejemplo de los inconvenientes advertidos.

Todo ello, aunque no lo analicemos en detalle, nos sirve a los fines de esta charla para resaltar que, inicialmente, las dificultades procesales mencionadas demuestran que el sistema procesal argentino vigente no está preparado para dar un correcto trámite a las acciones colectivas.

Tras esta idea ha dicho un autor que “entre las falencias señaladas, resulta imperioso contar con un mecanismo que permita determinar, en una primera etapa del proceso, si el derecho que

se pretende ejercer en la causa es un “derecho colectivo”, si el reclamo puede tramitar eficientemente como una “acción colectiva” y si corresponde reconocerle legitimación activa a la persona ideal que pretende traer la demanda.” (Viel Temperley).

En “Halabi...”, la Corte puso de resalto con la misma inclinación que “debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos...” (CSJN, 24/02/2009, “Halabi...”, considerando n° 12).

Hace un año decíamos que el legislador debe cumplir su promesa, entre prórrogas de la emergencia y delegación de facultades, de regular en un proyecto específico, completo y complejo de las acciones de incidencia colectiva.

Hoy sólo han cambiado las prórrogas de la emergencia y la delegación de facultades por los medios de comunicación, pero la promesa del legislador sigue incumplida.

El reclamo de la Corte –que data del el año 2.006- no ha recibido respuesta. Serán seguramente los operadores del Derecho, a través de planteos de los abogados que resolverán los jueces, asociados al imprescindible aporte de la doctrina, los que suplirán la omisión legislativa.

BIBLIOGRAFÍA

- Mosset Iturraspe, Jorge – Waintraub, Javier, Ley de Defensa del Consumidor
 - Gozaíni, Osvaldo A., Protección procesal de usuarios y consumidores, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2.008
 - Lorenzetti, Ricardo Luis, Consumidores, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2.009.
- Azar, María J., Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la CSJN, LA LEY 2009-D, 1029.

- Viel Temperley, Facundo, Acciones colectivas: Dificultades prácticas, LA LEY 2008-C, 996
- Prato, Osvaldo A., Acción de clase vs. Asociaciones de consumidores, LA LEY 2008-A, 867
- Saravia Frías, Bernardo - Chillier, Leandro, A propósito de una reciente sentencia sobre acciones de clase, LA LEY 2008-C, 313
- Falcón, Enrique M., Algunas cuestiones sobre el proceso colectivo, LA LEY 2009-D, 1011
- Alterini, Atilio Aníbal, Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema) LA LEY 2009-D, 740
- Gil Domínguez, Andrés, Los derechos de incidencia colectiva homogéneos y los efectos erga omnes de la cosa juzgada, LA LEY 26/10/2009, 8
- Rosales Cuello, Ramiro Guiridlian Larosa, Javier D. Nuevas consideraciones sobre el caso "Halabi" LA LEY 2009-D, 424

LA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA EN LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Roberto M. Pagés Lloveras

1. Introducción

El consumo es un suceso masivo y generalizado en la sociedad actual. Todos los días millones de personas contratan bienes y servicios, lo cual puede originar conflictos de todo tipo, como son los referidos a: la calidad de los productos, las garantías y la seguridad de los mismos, la información adecuada y veraz, etc.

Esta realidad hace que la protección y defensa de los consumidores y usuarios sea una obligación ineludible, tanto por motivos de justicia como para un desarrollo sano y correcto de un sistema económico que tiene en el consumo una de sus columnas esenciales.

Es que los derechos de los consumidores serían inocuos si no se tienen mecanismos procesales adecuados, en el sentido de facilitar el ejercicio y el reconocimiento de tales derechos consagrados en la Constitución.

1. Tutela procesal diferenciada de los derechos de los consumidores y usuarios.

Autores como Augusto M. Morello, Jorge W. Peyrano y Roberto O. Berizonce indican que la tutela de los derechos del consumidor y usuario ha dado lugar a una “tutela procesal diferenciada” (1). La expresión “tutela jurisdiccional diferenciada”, como señala Pérez Ragone, puede ser entendida de dos maneras: a) como la existencia de procedimientos específicos, cada cual adecuado a la especificidad de la relación material que son

simples adecuaciones o amoldamientos de la estructura ordinaria tradicional y; b) como regulación atípica donde la estructura tradicional, ya en sus presupuestos, ya en sus elementos, o ya en sus circunstancias, muta para sostener el derecho sustancial (2).

El consumidor, que tiene la posibilidad accionar directamente en sede judicial sin necesidad de tener que realizar previamente una reclamación en sede administrativa, puede reclamar tanto por la tutela de derecho individual como –conjuntamente o no con los legitimados extraordinarios- por un derecho de incidencia colectiva relativo a los derechos del consumidor y usuario, por lo que analizaremos los procesos judiciales previstos en la legislación vigente para su “tutela diferenciada”, y daremos nuestra propuesta para –según entendemos- mejorar su protección.

3. Los procesos judiciales para la tutela de los derechos del consumidor y usuario.

3.1. Trámite de la tutela individual

El tipo de proceso previsto en el texto del art. 53° de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 para la tutela de los derechos individuales establecidos para los consumidores y usuarios, es el de conocimiento “más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente” (3).

Con la reforma introducida por la Ley 26.361 (art. 26°), se estableció que dicho trámite regirá “*a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado...*”, por lo que se puede solicitar al juez que determine el trámite del proceso de conocimiento “adecuado” a la complejidad o no del caso concreto y –por ende- a la necesidad o no de un mayor debate y prueba en el reclamo de un derecho o interés individual.

Esta petición –sostiene Gozáini- le corresponde a cualquiera de los litigantes, pero si la oposición al trámite sumarísimo la propone el demandado, debe hacerlo dentro del plazo de tres días de notificados, atento a que no es factible deducir excepcio-

nes de previo y especial pronunciamiento ni reconvencción (4).

La “tutela diferenciada” al consumidor se advierte en la tutela individual en razón de que el legislador ha buscado que este tipo de conflictos se resuelva de la forma más rápida posible, imponiendo el trámite “más abreviado”; otorgando al consumidor el beneficio de litigar sin gastos⁽⁵⁾ sin perjuicio de que la parte demandada demuestre la solvencia del consumidor mediante incidente con el fin de hacer cesar ese beneficio; y estableciendo que el proveedor tiene que aportar todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio, tal como lo sostiene Peyrano⁽⁶⁾; o permitiendo que con la sola demostración de haberse cometido la infracción, o haberse generado un daño individual o colectivo, el demandado sea quien debe probar que de su parte no hubo culpa u obligación por la que tenga que responder, tal como lo indica Gozaíni (7).

Con ello se ha considerado que la reforma brinda una adecuada respuesta a las observaciones efectuadas el régimen anterior, indicándose que la fijación del proceso sumarísimo puede derivar en el cercenamiento del derecho al debido proceso legal del consumidor, en tanto en algún supuesto particular puede verse impedido de producir toda la prueba, pero Gómez Leo y Aicega agregan que se mantienen las críticas que la doctrina efectuaba a la ley 24.240 por omitir arbitrar un procedimiento judicial específico, ágil, expeditivo y eficiente para ventilar en su seno las disputas entre proveedores y consumidores, proponiéndose por Baracat –por ejemplo- la adopción de estructuras procedimentales monitorias (8) (9).

Asimismo, se debe considerar que el consumidor afectado también podrá, conforme lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, interponer *acción expedita y rápida de amparo*, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, sus derechos como consumidor y/o usuario.

3.2. Trámite de la tutela colectiva.

La protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios se justifica por la configuración actual de la sociedad y por la masificación del mercado de consumo, lo cual también hace necesario que existan instrumentos procesales eficaces para la reclamación de la prevención o la reparación de daños colectivos, evitando la repetición de procesos iguales como también resoluciones contradictorias (10).

Refieren Stiglitz y Bru a que el nuevo estado de cosas demostró la insuficiencia de los instrumentos clásicos para otorgar una justicia colectiva, preventiva o reparadora, respecto de quienes veían amenazado su derecho o sufrían simultáneamente un idéntico perjuicio (11).

En lo relativo al trámite previsto para una acción colectiva en la LDC, comenzaremos indicando que *no se ha regulado un trámite especial distinto del establecido en el art. 53 de la LDC, aplicable a quienes reclaman por la tutela de un derecho o interés individual.*

Por ende, sería el del proceso de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que, a pedido de parte, el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario otro trámite de conocimiento más adecuado.

Además, como señala Gozaíni, artículo 43 de la Cont. Nacional otorga un derecho de amparo y la posibilidad de reclamar a través del juicio constitucional cuando se violan los derechos de usuarios y consumidores, e indica que si bien ésta no es la vía que prevé el artículo 52 de la ley 24.240, si la pretensión se deduce como amparo no hay determinación posible de un proceso de conocimiento y el trámite será el que corresponda en cada jurisdicción al proceso constitucional (12).

Con la reforma introducida por la Ley 26.361, encontramos que se ha previsto una “tutela diferenciada” en la tutela colectiva que tiene por objeto la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios - tal como lo señala Berizonce (13)- referida a las “legitimaciones extraordinarias” (art. 52, LDC); al “acceso irrestricto a la jurisdicción” (beneficio de litigar sin gastos ex

lege, art. 53, LDC) (14); al “régimen específico de la cosa juzgada en las acciones colectivas” (art. 54, LDC); y al régimen específico de ejecución de sentencia colectivas (art. 54, LDC); pero no existe la regulación de un proceso específico distinto a los procesos de conocimientos regulados en el Código Procesal Civil de la Nación o en los Códigos provinciales.

Y respecto de derechos individuales homogéneos, ha indicado la Corte Federal (15) que no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico de los derechos de consumidores y usuarios, resaltando que ello resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones; cómo se define la clase homogénea; si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones; cómo tramitan estos procesos; cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Pero frente a esa falta de regulación, señala la Corte Suprema que la disposición constitucional (art.43) es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

La Corte Federal entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad, tales como: (a) la precisa identificación del grupo o colectivo afectado; (b) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y; (c) la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.

Sigue indicando que se debe arbitrar en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte, e implementar adecuadas medidas de

publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto, a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos.

4. Regulaciones procesales provinciales que han avanzado en la “tutela diferenciada” del consumidor.

4.1. Provincia de San Juan

La Ley 6006 ⁽¹⁶⁾ aplicable para la defensa jurisdiccional de los intereses y derechos del consumidor (art. 2º, pto. 2) estableció la legitimación activa del “defensor del pueblo” y de las “agrupaciones privadas” legalmente reconocidas, constituidas para la defensa de los intereses colectivos y adecuadamente representativas de grupos o categorías de interesados, para el ejercicio de las acciones de protección (para la prevención de un daño grave e inminente o la cesación de perjuicios) y reparación de los daños colectivos (para la reposición de las cosas al estado anterior al menoscabo) que reglamenta (arts. 3º, 4º y 5º).

En cuanto al proceso, prevé que se regirá por las normas de la *acción de amparo* en cuanto no sean incompatibles con la misma (art. 7º), y se dispone que el juez pueda ordenar una medida cautelar con carácter urgente y en forma provisoria hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva (art. 8º).

Establece la publicidad de la acción promovida, mediante “publicación por edictos en el Boletín Oficial, o cualquier otro medio que el juez estime conveniente” y que dentro del plazo de cinco días desde la última publicación podrán postularse interponiendo la demanda respectiva las agrupaciones privadas de defensa que invoquen mejor derecho para obrar como legitimado activo; pudiendo asimismo los sujetos singularmente damnificados acumular su pretensión a la acción colectiva unificando personería en el representante de la agrupación legitimada (art. 9º). En el art. 10º se dispone que, vencido el plazo para la publicidad, el juez resolverá sobre la legitimación para obrar invocada por los accionantes que no se hicieren represen-

tar por el Defensor del Pueblo, y en la resolución que otorga la legitimación el juez deberá delimitar la composición del grupo o categoría representado indicando con precisión las pautas necesarias para individualizar los sujetos a quienes se extenderán los efectos de la sentencia.

En el año 2006 se dicta la Ley 7714 (Código de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios) (17) (18), en la que se establecen las bases legales para la defensa del consumidor y del usuario, según los términos del artículo 69 de la Constitución de la Provincia de San Juan, y tiene por objeto establecer las reglas de las políticas públicas y los mecanismos administrativos y judiciales para la efectiva implementación en el ámbito provincial de los derechos de los consumidores y usuarios.

Con relación a la tutela judicial (arts. 23° a 33°), se establece que las acciones establecidas en su defensa podrán ser ejercidas concurrentemente por los afectados, las asociaciones de usuarios y consumidores constituidas como personas jurídicas y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este Código, la autoridad de aplicación nacional o local y el Defensor del Pueblo, y en caso de interés social relevante, el Ministerio Público, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley (art° 23). También se permite la intervención de *amicus curiae* (art. 24) (19).

El trámite previsto es el del proceso de conocimiento más abreviado establecido en el Código Procesal Civil, Comercial y Minas de la Provincia de San Juan, salvo que el Juez determine en su primera providencia la aplicación de otro proceso de conocimiento como más apto para propiciar su adecuada y efectiva tutela. Esta resolución no será apelable (art. 26).

Se facilita el acceso a la justicia (gratuidad, art.28) y se legisla sobre la tutela anticipada (art.30), lo que permite actuar con celeridad en casos relativos a derechos cuya satisfacción no soporta demoras, como son el derecho a la vida y a la salud del consumidor y usuario. Reglamenta, también, la carga de la prueba y los efectos de la sentencia, la cual –si se admite la pretensión deducida- beneficiará a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el

litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso, acreditar su legitimación, ejecutar la sentencia y, en su caso, liquidar los daños (arts. 31 y 32).

Asimismo, en caso de procedencia de la pretensión de condena en la acción colectiva de responsabilidad civil, la condena podrá ser genérica, fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar (art. 32).

Por último, en el nuevo C.P.C.C. y M. de San Juan (20) se ha previsto, al regularse sobre los efectos de la sentencia en el proceso de amparo (art. 594), que en los procesos colectivos la sentencia alcanza a todo el grupo afectado en el territorio de la competencia del juez interviniente, y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción. En caso de rechazo de la acción, cualquier legitimado que no haya intervenido en el proceso puede intentar otro con idéntico objeto, si la impugnación se fundare en motivos diferentes o se valiere de nueva prueba, y los efectos de la cosa juzgada colectiva no benefician a los actores de los amparos individuales si éstos no requieren la suspensión del proceso individual en el plazo de cinco días desde el conocimiento efectivo del proceso colectivo. De esta manera todas las normas referidas se complementan para hacer efectivo el pleno goce de los derechos de los consumidores y usuarios.

4.2. Provincia de Río Negro

La Ley 2779 (21) regula el procedimiento para el ejercicio del amparo de intereses difusos y/o derecho colectivos. La acción se plantea a los fines de la tutela del medio ambiente y el equilibrio ecológico, los derechos del consumidor, el patrimonio cultural, cualquier otro bien y/o valor social, y prevé tres tipos de pretensiones: a) la de *prevención* (art. 4°); b) la de *reparación en especie* (art. 5°); y c) la de *reparación pecuniaria* por el daño producido a la comunidad (art. 6°).

Están legitimados para promover esta acción: la Fiscalía de Estado, el Ministerio Público, los Municipios y Comunas, las entidades legalmente constituidas y cualquier otra entidad o

particular que accione en nombre del interés colectivo. El Juez debe resolver en el término de veinticuatro (24) horas sobre la admisibilidad de la legitimidad invocada (art. 9°) y delimitar la composición del grupo de personas (art. 11°). Se establece la publicidad de la demanda por medios que el Juez estime convenientes (art. 15°) y la citación a las partes de una instancia obligatoria de conciliación de los intereses en conflicto (art. 16°). La sentencia que se dicte hace cosa juzgada respecto de los intervinientes en el proceso (art. 18°) y sólo podrá reabrirse el caso cuando dentro de un plazo de dos (2) años contados desde la notificación de la sentencia denegatoria el legitimado activo ofreciere la producción de pruebas conducentes de las que no haya dispuesto con anterioridad (art.19°).

Las resoluciones que se dicten serán anotadas en un Registro de Cláusulas Uniformes Abusivas (art. 23°) y el Juez que haya dictado sentencia es el encargado de su ejecución (art. 24°).

Asimismo, se incorpora en el Código de Procedimientos Civiles la regulación de los procesos individuales homogéneos, a fin de evitar la reiteración de juicios para resolver cuestiones idénticas y que afectan a miembros de un grupo, categoría o clase cuyos derechos han sido lesionados por actos u omisiones de origen común (arts. 688 bis, ter, quáter y quinquies). Se reguló específicamente la legitimación, prueba, intervención de terceros y el alcance de sentencia o la cosa juzgada según el resultado del proceso (22).

5. Algunas regulaciones de los procesos de tutela de los derechos del consumidor en el Derecho Comparado.

5.1. Estados Unidos

Las reglas procesales estadounidense reconocen legitimación a reclamantes individuales (*class representatives*) para que promuevan acciones en defensa no sólo de sus propios derechos e intereses patrimoniales, sino en defensa de los derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores o usuarios no identificados (*class members*).

Entre las ventajas de las acciones colectivas, se señala que ellas ofrecen igualdad de oportunidades a los individuos menos favorecidos económicamente, como que permite superar el obstáculo económico que muchas veces representa el escaso monto de cada una de las reclamaciones individualmente consideradas (23). A ello podemos agregar que contribuyen a un servicio de justicia más eficiente mediante la agilización del desarrollo y finalización de ciertos procesos judiciales relativos a conflictos en masa inherentes a la sociedad moderna (24).

La regla 23 de las reglas federales de procedimientos civiles de los Estados Unidos (25) regula los requisitos de una acción colectiva, indicando las hipótesis en las cuales pueden ejercitarse acciones colectiva; los proveimientos sobre el ejercicio de las acciones colectivas a los fines de que el juez determine el curso del proceso o adopte las medidas para prevenir repeticiones indebidas o complicaciones en la presentación de la prueba o en la argumentación; los referidos a las notificaciones; los relativos a la posibilidad de imponer condiciones a los representantes o a los intervinientes; etc.

Se señala como características de la acción de clase, a las siguientes: 1) la clase debe ser de un número tan grande como para que sea impracticable la acumulación de las acciones de todos los miembros de la misma (26); 2) deben existir cuestiones de hecho o de derecho, comunes en todas las reclamaciones (27); 3) la reclamación iniciada por el representante del grupo debe ser representativa (*typicality*) de la reclamación que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase; 4) el representante de las partes debe proteger adecuadamente los intereses de la clase (*Adequacy of representation*); y 5) en muchos casos, la parte que solicita la certificación también deben demostrar que las cuestiones comunes entre la clase y los demandados predomina, en contraposición a los hechos específicos de los conflictos entre los miembros de la clase y los demandados, como que la acción de clase es un excelente medio para la resolución de las controversias (28) (29). La decisión que se adopta tiene efectos *erga omnes*.

Encontramos tres posibles tipos de acciones colectivas: a) la prevista para los supuestos en que el ejercicio individual de

las pretensiones mediante procesos individuales resulte perjudicial para el enjuiciado o para los miembros del colectivo por crear el riesgo de sentencias contradictorias o disímiles respecto de los sujetos individuales, que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta del grupo o que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes, o que sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses; b) la establecida para los supuestos en que la contraparte del grupo ha evidenciado una conducta positiva u omisiva por motivos vinculados a aquél, lo que torna apropiado una resolución condenatoria o declarativa que involucre a todo el conjunto; y c) la instaurada para cuando el juez otorga primacía a los puntos fácticos o jurídicos comunes a los integrantes del grupo por sobre cualquier cuestión que afecte sólo a sus miembros individuales, de manera tal que la acción del colectivo es siempre superior a la acción individual.

En lo que se refiere a las reclamaciones individuales y dependiendo de las leyes estatales, las demandas de menor cuantía se limitan a las reclamaciones por daños que van desde los USD 2.500 hasta los 15.000. En las reclamaciones de menor cuantía se simplifican las normas procesales e inclusive se permite promover la demanda sin asistencia de un abogado.

Por ejemplo, el tribunal civil de la ciudad de Nueva York, es una de las cortes de reclamos menores más activas del mundo. Cada año se someten más de 40.000 casos a dicho tribunal, el cual brinda un servicio económico y simplificado a los litigantes que desean resolver sus problemas legales relacionados con sumas monetarias de poco monto. Es un tribunal único, y ofrece sesiones nocturnas para litigantes que tienen que trabajar durante el día. Los jueces del tribunal civil junto a más de 1.000 empleados no jurídicos, trabajan en conjunción para brindarle servicio a la población de la ciudad de Nueva York. La división de reclamos menores es un tribunal cuyos procedimientos son económicos, informales y fáciles de entender, y donde un litigante puede presentar una demanda monetaria contra otra

persona sin tener que estar representado por un abogado. Tanto el demandante como el demandado pueden contratar a un abogado si es que así lo desean, aunque no es necesario que lo hagan y, generalmente, las demandas de reclamos menores son resueltas por árbitros voluntarios, aunque si alguna de las partes litigantes lo desea, su caso podrá ser resuelto por un juez del tribunal civil (30).

5.2. Brasil

Se indica en la exposición de motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Ibero América que “correspondió al Brasil la primacía de introducir en el ordenamiento la tutela de los intereses difusos y colectivos, de naturaleza indivisible, en primer término por la reforma de 1977 de la Ley de la Acción Popular. Después, mediante la ley específica de 1985 sobre la denominada “acción civil pública”; siguiendo, en 1988, cuando se eleva a nivel constitucional la protección de los referidos intereses. Y finalmente, en 1990, por el Código de Defensa del Consumidor (cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de todo y cualquier interés o derecho transindividual).

Este Código fue más allá de la dicotomía de los intereses difusos y colectivos, creando la categoría de los llamados *intereses individuales homogéneos*, que abrieron camino a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos (correspondiendo, en el sistema norteamericano, a las *class actions for damages*)” (31).

Indica Pellegrini Grinover que la Constitución de 1988 universalizó la protección colectiva de los intereses o derechos transindividuales, sin ninguna limitación en relación al objeto del proceso, y con el Código de Defensa del Consumidor (Ley 8.078/90), Brasil cuenta con un verdadero microsistema de procesos colectivos (32).

Ahora bien, el Código del Consumidor de Brasil, en su título “*Da defesa do consumidor em juízo*” (arts. 81 a 180), regula la acción colectiva con disposiciones sobre definición de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos; legitimación en

las acciones colectivas; competencia; límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada; entre otros relevantes aspectos (33)(34).

En el caso de tutela de los derechos individuales homogéneos, el proceso tiene dos fases: la inicial, promovida por el legitimado colectivo, en la cual se busca –según indica Bessa- el reconocimiento y la declaración del deber de indemnizar (arts. 95a 99, CDC); y la segunda fase, que es momento de habilitación de los beneficiados por la acción a fin de promover la ejecución de la deuda reconocida en el ámbito colectivo (art. 97 CDC) (35).

Resalta Bessa que una acción colectiva puede tutelar las tres especies de derechos metaindividuales, como que es posible y muchas veces recomendable que haya acumulación de pedidos (36).

Las características comunes a las acciones colectivas son: a) la inversión de la carga de la prueba a favor del consumidor (art. 6, inc. VI, CDC); b) la posibilidad de imposición de una multa diaria para el cumplimiento de las medidas cautelares o de la sentencia definitiva, cuando ha sido favorable al consumidor; c) exención de todo tipo de costas judiciales, salvo en caso de comprobada mala fe (art. 87 CDC); y d) condena en costas a los abogados, y al décuplo de las costas judiciales, más daños y perjuicios en caso de litigar de mala fe por parte de la asociación accionante o sus directores.

Actualmente en el Derecho brasileño el consumidor tiene cuatro vías procesales para reclamar por sus derechos: a) a través del juicio de causas civiles de menor complejidad (37); b) la acción individual para la obtención de indemnización (daño material y moral); c) la acción colectiva (art. 81 CDC)(38) y; d) también el consumidor puede, a través de un abogado inscripto en el Projudi (Procedimiento Judicial Digital), *registrar sus denuncias a través de Internet*, sin tener que desplazarse a las unidades que ofrecen el servicio, y después que en el procedimiento de registro se dé el alta en el sistema, las partes pueden comprobar los avances del proceso en el sitio del Tribunal de Justicia (www.tjba.jus.br) (39).

5.3. Unión Europea

En la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea se han simplificado los procedimientos judiciales aplicables a los pequeños litigios bien mediante una reforma de los Códigos de Procedimientos Civiles, o bien mediante la creación de procedimientos simplificados. Éstos permiten reducir los plazos, no tener que recurrir a un abogado o intentar la conciliación con comparecencia personal de las partes. Por otra parte, se crearon también procedimientos extrajudiciales específicos para resolver los litigios de consumo, y que son: la conciliación, la mediación o el arbitraje (40) (41).

Los mecanismos actuales, a nivel comunitario, de apoyo para resolver las quejas de los consumidores incluyen el establecimiento de la Red de Centros Europeos del Consumidor y la resolución alternativa de litigios (42) (43).

Con el proceso europeo de escasa cuantía (44) (45) (46) (47) (48), la Comisión de la UE ha adoptado una solución que acelerar y reducir los costos de los litigios por reclamaciones no superiores a € 2000 (49) (50).

En lo que respecta a los procesos colectivos, existen fundamentalmente dos tipos de acciones colectivas: a) la del *sistema de adhesión previa (opt-in)*; y b) la del *sistema de exclusión (opt-aut)* (51).

6. Conclusión

Se debe evitar la brecha que existe entre los derechos concedidos por el derecho constitucional y civil con los mecanismos procesales disponibles para hacer efectivos esos derechos, para lograr una adecuación a las exigencias que impone la sociedad actual.

A tal fin se debe ayudar a los consumidores a tener acceso al servicio de justicia, a la resolución de sus conflictos en un tiempo razonable, y que los ordenamientos procesales tenga regulaciones que le faciliten hacer frente a situaciones de urgencia, como también permitir al consumidor presentar las reclamaciones que individualmente son antieconómicas.

Para ello se considera: 1) En la tutela individual de los derechos de los consumidores, en reclamos de menor cuantía, se debe incorporar – a semejanza de lo hecho por el legislador de la Unión Europea- un proceso escrito y de gran simplicidad, a menos que el órgano jurisdiccional considere necesario celebrar una vista oral o una de las partes así lo solicite, en el que se contemple la elaboración de formularios de fácil manejo para el ejercicio de las reclamaciones de los consumidores, con la finalidad de que resulte accesible a cualquier persona sin especiales conocimientos jurídicos; 2) Se debe permitir que el consumidor – *atento a la importancia que el uso de la tecnología tiene para una adecuada y eficaz administración de justicia* - pueda promover una acción judicial *a través de Internet*, como comprobar (como en Brasil) los avances del proceso en el sitio Web del Poder Judicial correspondiente, con la finalidad de obtener la tutela jurídica de sus intereses a través de una resolución pronta, completa e imparcial, y que ésta se ejecute de forma efectiva; 3) En la tutela colectiva de los derechos del consumidor, con relación a las pretensiones con contenido patrimonial (art. 54, LDC), se debe establecer expresamente el efecto de la cosa juzgada *secundum eventum litis*, y que –por ende- la cosa juzgada negativa sólo alcance a los legitimados que intervinieron en las acciones colectivas.

Notas:

- (1) MORELLO, Augusto M., "Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas", *Revista de Derecho Procesal 2008-2*, "Tutelas procesales diferenciadas –I", Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 18; PEYRANO, Jorge W., "Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina", *Revista de Derecho Procesal 2008-2*, "Tutelas procesales diferenciadas –I", Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 31; BERIZONCE, Roberto O., "Fundamentos y Confines de las Tutelas Procesales Diferenciadas", *Revista de Derecho Procesal 2008-2*, "Tutelas procesales diferenciadas –I", Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 41.
- (2) PEREZ RAGONE, A. J. D.; "Prolegómenos de los amparos colectivos. Tutela de la incumbencias multisubjetivas. Parte General", *Revista de Derecho Procesal N° 4 "Amparo. Hábeas data Hábeas Corpus - I"*, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 88.

- (3) Art. 53, LDC: "*Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado...*"
- (4) GOZAÍNI, Osvaldo A.; "Protección Procesal de Usuarios y Consumidores", en *Ley de Defensa del Consumidor - Ley 24.240*, de Jorge MOSSET ITURRASPE y Javier H. WAJNTRAUB, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 390.
- (5) BERIZONCE, Roberto O., obra cit., p. 41, indica: "Las tutelas diferenciales se configuran a través de diversas técnicas, sean orgánico-funcionales o procesales, que en su conjunto, y a su menudo acumuladas, sirven a la efectivización en concreto los derechos privilegiados..." y entre las técnicas procesales que prevé la Ley de Defensa del Consumidor señala a la "amplificación de los poderes del juez en punto a la ordenación de las causas" (determinación del tipo de proceso; art 53, LDC con las reformas de la ley 26.361); a las "legitimaciones extraordinarias en los procesos colectivos" (art. 52, LDC); al "acceso irrestricto a la jurisdicción" (beneficio de litigar sin gastos ex lege, art. 53, LDC); al "régimen específico de la cosa juzgada en las acciones colectivas" (art. 54, LDC); y al régimen específico de ejecución de sentencia colectivas (art. 54, LDC)
- (6) PEYRANO, Jorge W., obra cit., p. 31, quien señala: "... la defensa de los intereses de intereses de los consumidores y usuarios ha inspirado un ramillete de soluciones –básicamente contenidas en la ley 24.240 y en su modificatoria parcial que es la ley 26.361- muy apartadas de las correspondientes a la generalidad de los casos. Vayan como ejemplos, la chance de que el tribunal pueda diseñar un trámite de conocimiento ad hoc para canalizar las demandas de usuarios y consumidores; la colocación en cabeza de los proveedores de la imposición de llevar al proceso todos los elementos probatorios que se encuentren en su poder y prestar "la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio", con lo que en la actualidad ya no podrán aquellos refugiarse al contestar la demanda en una cómoda negativa; el beneficio automático de justicia gratuita de que gozan los usuarios y consumidores; el establecimiento de nuevas y atípicas legitimaciones procesales activas y la introducción de una nueva hipótesis de una cosa juzgada *erga omnes*, introducida en el artículo 54 de la ley 26.361.
- (7) GOZAÍNI, Osvaldo A.; "Protección Procesal de Usuarios y Consumidores", en *Ley de Defensa del Consumidor - Ley 24.240*,

- de Jorge MOSSET ITURRASPE y Javier H. WAJNTRAUB, Rubinzal-Culzoni, 2008, pág. 405.
- (8) GOMEZ LEO, O. R. y AICEGA, M. V., "Las reformas de la Ley de Defensa del Consumidor", *Revista Jurisprudencia Argentina*, Fascículo 8, 2008-III, p. 51.
- (9) BARACAT, E.J.; "Tipos de tutela jurisdiccional que puede reclamar el consumidor en defensa de sus derechos", *Jurisprudencia Argentina*, 2000-III, p. 812.
- (10) BESSA, Leonardo R.; "Ação Coletiva", en "Manual de Derecho do Consumidor" de Antonio H. V. Benjamín- Claudia Lima Marques – Leonardo Roscoe Bessa, *Revista Dos Tribunais*, Sao Pablo, 2007, págs. 380-411.
- (11) STIGLITZ, Gabriel y BRU, Jorge; "El amparo y los derechos de los consumidores", *Revista de Derecho Procesal* n° 5 Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus – II, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 88
- (12) GOZAINI, O. A.; obra cit., p. 381.
- (13) BERIZONCE, Roberto O., obra cit., p. 41.
- (14) Ver Exp. 25964.07 - "Adecua c/ Hexagon Bank Arg. S.A. s/ Beneficio de litigar sin gastos" CNCOM - SALA C - 09/09/2008, publicado en el *suplemento de derechos del consumidor* – índice de jurisprudencia de Eldial.com (www.eldial.com).
- (15) Ver sentencia de la CSJN, causa: "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986." del 24/02/2009 (S.C. H. 270, L.XLII).
- (16) Ley de "PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS". B. O., 11 de Enero de 1990
- (17) <http://www.legsanjuan.gov.ar>. Modificada en su art. 1 por Ley 7721.
- (18) PAGÉS LL., Roberto M., "Código provincial de implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios (Comentario a la Ley 7714 de la Pcia. de San Juan, sancionada el día Jueves 27/07/06)", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal*, Año I, N° 1, 2006. FALCON, Enrique; "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial. - Tomo VI. Procesos voluntarios, especiales (de conocimiento y ejecución) y colectivos", Rubinzal Culzoni, 2007.
- (19) PAGÉS LLOVERAS, Roberto M.; "El amicus curiae en la Corte Suprema ", 29-9-2004, *J. A 2004 III*, suplemento del fascículo N° 13.
- (20) Ley 7942, la que entrará en vigencia en Julio de 2009.
- (21) Sancionada: 27/04/94. Promulgada: 23/05/94 - Promulgación de Hecho. Boletín oficial: numero 3161
- (22) El nuevo Código Procesal Civil de la Provincia de Río Negro esta en vigencia desde junio de 2007 (Ley 4142). ARAZI-ROJAS; "Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro – Anotado y Concordado con el Código Procesal Civil y Comercial de

la Nación", Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2007. LUTZ, Luis; "Código Procesal Civil y Comercial, Provincia de Río Negro" (documento) en http://www.cejamericas.org/especiales/CD_JusticiaCivil2008/ponencias.html.

(23) STIGLITZ, G. Y BRU, J.; obra cit., p. 94.

(24) El preámbulo de la *Class Action Fairness Act of 2005* indica que las acciones de clase son una importante y valiosa parte del sistema jurídico cuando se permite la participación justa y la eficaz resolución de los reclamos legítimos de las partes, al permitir que numerosas reclamaciones se realicen en una única acción contra un demandado que supuestamente ha causado el daño.

(25) De 1983, enmendada -según Gidi- en 1966, 1987 y 1998. Y modificada el 2005 por la *Class Action Fairness Act*.

(26) El requisito de "*numerosity*" no atiende sólo al dato numérico (número aproximado de miembros de la clase); obliga a tomar en consideración cuestiones tales como la mayor o menor dispersión geográfica de los miembros o, incluso, los recursos económicos que, en principio, cabe atribuir al miembro típico de la clase.

(27) Sobre el requisito de "*commonality*" o "*identidad fáctica*", se advierte que si existe la necesidad de proponer y practicar prueba sobre ciertas circunstancias personales de cada uno de los miembros del grupo representado obligara en la práctica a descomponer el procedimiento declarativo inicial en innumerables sub-procedimientos, la eficiencia de la *acción de clase* se perdería de forma irremediable.

(28) http://en.wikipedia.org/wiki/Class_action

(29) Para mayor información se sugiere consultar en: <http://www.classactionlitigation.com/fcapmanual/>. Otro sitio Web con información útil sobre el sistema judicial federal y sus procedimientos es: www.uscourts.gov; y para información sobre acciones e clase en defensa de los derechos de los consumidores, ver en: <http://consumeraffairs.com/>

(30) Ver en: www.nycourts.gov, y active el enlace "A GUIDE TO SMALL CLAIMS COURTS".

(31) <http://www.apdp.com.ar/archivo/codigocolectivo.htm>

(32) PELLEGRINI GRINOVER, Ada; "Derecho Procesal Colectivo", *Revista de Derecho Procesal* 2006-2, Rubinzal-Culzoni, p. 388.

(33) ROSCOE BESSA, Leonardo; "Ação Coletiva" en Manual de Direito do Consumidor de Benjamín- Marques-Bessa, *Revista Dos Tribunais*, 2008, p. 38

(34) MARQUES-BENJAMIN- SSAVERN; "COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE DEFENSA DO CONSUMIDOR", *Revista Dos Tribunais*, 2ª edición, Sao Pablo, 2005, págs. 986-1015.

(35) BESSA, L. R.; obra citada, p. 388. Para más información se sugiere ver a PELLEGRINI GRINIVER, Ada; "Das ações coletivas

para la defensa de intereses individuais homogéneos" en "Código Brasileiro de defensa do CONSUMIDOR" comentado pelos Autores do Anteproyecto, ed. Forense Universitaria, 9ª edición, Río de Janeiro, 2007, págs. 874-915.

(36) BESSA, L. R.; obra cit., p. 390

(37) Ver Ley nº 9.099 de fecha 26/9/95. En este tipo de juicio se aplican los principios procesales de oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad; Ver en: <http://www.geocities.com/lei9099/artigo1.html>

(38) PELLEGRINI GRINIVER, Ada; "DA DEFENSA SO CONSUMIDOR EM JUÍZO " en "Código Brasileiro de defensa do CONSUMIDOR" comentado pelos Autores do Anteproyecto, Forense Universitaria, 9ª edición, Río de Janeiro, 2007, págs. 787789. WATANABE, Kazuo; "DISPOSIÇÕES GERAIS", en la misma obra citada, págs. 790-873.

(39) Ver el Manual para utilização do PROJUDI (Processo Judicial Digital), sistema de tramitação processual eletrônica implantado no NAJ – Baixa dos Sapateiros, mediante projeto piloto e com fulcro na Lei 11.419 de 19 de Dezembro de 2006 en: <http://projudi.tjba.jus.br/projudi/download/ManualProjudiNaj.pdf>

(40) <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l32023.htm>

(41) http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/injunctions_en.htm

(42) Los sistemas de solución alternativa de conflictos existentes varían considerablemente dentro y entre los diferentes Estados miembros. Pueden ser de financiación pública o privada, patrocinados por organismos públicos o privados, por entidades colegiadas o individuales, su cobertura puede ser nacional, regional o local, ser responsables de todas las denuncias de los consumidores o limitar a un sector específico, adoptar decisiones vinculantes o no vinculantes o dar lugar a acuerdos entre las partes. También hay importantes lagunas en la cobertura de los mecanismos de solución alternativa de conflictos, tanto para determinados sectores como geográficos. Así pues, no todas las denuncias de los consumidores pueden tratarse mediante mecanismos de solución alternativa de conflictos. La mayor parte de los mecanismos de solución alternativa de conflictos en la UE se ocupan principalmente de denuncias individuales. Algunos Estados miembros han modificado (Suecia y Finlandia) o deben adaptar su legislación con el fin de reconocer de forma expresa los mecanismos de solución alternativa de conflictos (Eslovenia). Ver en: http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/greenpaper_es.pdf

(43) Sobre su funcionamiento en los distintos países de la Unión Europea, ver en: http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf

- (44) Ver "A European Small Claims Procedure – Evidence from the Law Reform Committee of the Bar Council", en: <http://www.barcouncil.org.uk/3388/1/1/index.htm>. Y a GASCON INCHAUSTI, Fernando; "UN NUEVO INSTRUMENTO PARA LA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES Y DE LOS CRÉDITOS TRANSFRONTERIZOS: EL PROCESO EUROPEO DE ESCASA CUANTÍA", *Ius et Praxis* [online]. 2008, vol. 14, no. 1 [citado 2009-02-28], pp. 167-197. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122008000100007&lng=es&nrm=iso >. ISSN 0718-0012.
- (45) Reglamento (CE) no 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de Julio del 2007, ver en: <http://eur-lex.europa.eu>
- (46) Ver también: OECD, *Consumer Dispute Resolution and redress in the global marketplace*, <http://www.oecd.org/dataoecd/26/61/36456184.pdf>, 2006 ("OECD Report"), p.24; WHELAN, C.J., "Small Claims Courts: Heritage and Adjustment", in WHELAN, C.J., *Small claims courts. A comparative study*, Clarendon Press, Oxford, 1990, 5 and 8; Centre National de la Recherche Scientifique IDHE, ENS-CAHAN, *Des Procédures de Traitement Judiciaire des Demandes de Faible Importance ou non contestées dans les droits des Etats-Membres de L'Union Européenne*, p. 26; Explanatory memorandum to the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council establishing a European Small Claims Procedure, COM(2005) 87 final, 2.
- (47) Para ver el formulario de demanda, consultar en: http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures/simplif_accelerat_procedures_ec_es_small_claims_2.pdf
- (48) Sobre el proceso monitorio europeo y las medidas para acelerar los litigios de escasa cuantía, ver en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002DC0746:ES:NOT>
- (49) A partir del 01/01/09 está en vigencia un proceso europeo de escasa cuantía para las reclamaciones transfronterizas en el marco del régimen de Bruselas, con una valor de hasta 2000 euros. Reglamento (CE) Nro. 861/2007, publicado en DO L 199 de fecha 31/7/2007
- (50) El Procedimiento es fundamentalmente escrito, a menos que el órgano jurisdiccional considere necesario celebrar una vista oral o una de las partes así lo solicite. Esta decisión no puede impugnarse por separado. El procedimiento comienza mediante la oportuna demanda, y el órgano judicial competente dará traslado de la misma por 14 días al demandado, el cual dentro del plazo de treinta días desde la notificación de la demanda podrá contestarla. Una vez recibida la contestación, en el plazo de 14 días se dará traslado al demandante y el tribunal dictará sentencia en el plazo de treinta días desde la recepción de la contestación del demandado, a no ser que el tribunal solicite información

complementaria a las partes o acuerde la práctica de la prueba o celebración de la vista oral. La sentencia será ejecutable provisionalmente, necesitando para ello un certificado del tribunal para su ejecución en otro estado miembro de la comunidad europea. El proceso se inicia mediante la presentación de una demanda que tiene como característica principal en cuanto la forma, la de hacerse en impresos normalizados que figuran en el anexo I del reglamento del PEEC. El Reglamento establece que los Estados velarán porque todos los órganos jurisdiccionales ante los cuales pueda incoarse el proceso europeo de escasa cuantía dispongan de los formularios de demanda. La demanda es muy sencilla y estereotipada. En el cuerpo octavo de la demanda tipo se ha colocado un casillero para indicar de manera sucinta los motivos de hecho de la reclamación, es decir, lo que ocurrió, el lugar y la fecha del suceso y si no hay espacio se podrá añadir a la demanda por medio de hojas suplementarias. El formulario de demanda se presenta o envía por correo postal o cualquier otro medio de comunicación como puede ser fax, o correo electrónico, al órgano jurisdiccional competente. El artículo 25 establece que los estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales competentes para dictar resoluciones, así como los medios de comunicación aceptados y los medios disponibles por los citados tribunales.

- (51) Con relación a las acciones de clase, algunos Estados miembros han introducido las acciones colectivas con algunas características de los EE.UU. Los mejores ejemplos son Suecia, Países Bajos y, en el ámbito de la protección de los inversores, Alemania. Hasta el año 2007, en Europa, sólo los Países Bajos y Portugal tienen una acción colectiva con un mecanismo de "opt-out". Una acción de grupo es teóricamente posible en Lituania, dado que el artículo 49 del Código de Procedimiento Civil establece que una reclamación por un grupo podrán presentarse con el fin de proteger el interés público. Este artículo no se puede utilizar en la práctica debido a la falta de regulación legal de la cuestión: los motivos de la acción colectiva no se especifican en el Código, y en la práctica las acciones colectivas de indemnización no puede ser promovidas. Hay mucha reticencia en la UE para introducir los sistemas de "opt-out". Esta actitud se basa de varios factores relacionados con la cultura jurídica, la adhesión a la derecho fundamental de acceso a los tribunales, el miedo a que la importación de el modelo norteamericano de las acciones clase daría lugar a una avalancha de casos, etc. Bélgica, Chipre, Dinamarca, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Eslovaquia, y Eslovenia, actualmente no tienen ningún tipo de acción colectiva por daños y perjuicios a todos. Cabe señalar, sin embargo, que en Bélgica, Finlandia, Dinamarca, e Italia existen propues-

tas relativas a la introducción de la acción colectiva por daños y perjuicios. Ver en: http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf; y a H.-W. MICKLITZ and A. STADLER, 'The Development of Collective Legal Actions in Europe, Especially in German Civil Procedure', *EBLR*, 2006, p. 1475. The possible perverse effect however would be the growth of a 'US style compensation culture' in Europe: L. WILLETT, 'US-Style Class Actions in Europe: A Growing Threat?', *National Legal Center for the Public Interest* 2005, en: http://www.nlcpi.org/books/pdf/BRIEFLY_Jun05.pdf, p. 21-23.

Apéndice jurisprudencial

LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES EN LA DOCTRINA JUDICIAL DE SAN JUAN

Colectación: *Dr. Pascual Eduardo Alferillo*

1. Aspectos generales.

1.1. Caracterización de la relación de consumo.

Para que exista relación de consumo no es necesario que haya relación contractual entre consumidor y proveedor. Como señala la doctrina la relación de consumo debe ser definida “de modo que abarque 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 de mercado, cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Por ello, siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender todas las situaciones posibles, no específicamente contractuales” (cfr. Lorenzatti, Ricardo, I., “Consumidores”, ed. Rubinzal - Culzoni, 2003, p. 74; Actualidad Jurídica, mayo 72008, AO III, V.25, p.2887)

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería, 26/setiembre/2008, autos N° 091737 “C.T.I. Compañía de Teléfonos del Interior SA c/ Dirección de Defensa del Consumidor”.

La relación de consumo que se generó entre el comprador y la empresa demandada, está reglada por la ley N° 24.240 que impone principios como es el de defensa del consumidor, el in dubio pro consumidor por ser la parte débil de dicha relación. Por ello, la carga de la prueba en este caso está a cargo de la parte deman-

dada la cual debió demostrar, en consecuencia, que el ticket no pertenece a su empresa. Pero ello no ha ocurrido en autos por lo cual corresponde tener por cierto que el ticket es de autoría del demandado y es un indicio muy claro que el actor estuvo como consumidor en el establecimiento comercial del Hipermercado Libertad S.A., el día y hora indicada en el mismo.

La doctrina judicial ha sostenido que *“la falta de acreditación de la realización de compras por el propietario del automóvil que fue sustraído de la playa de estacionamiento del supermercado accionado, no permite liberar de responsabilidad al comerciante en su carácter de propietario y administrador de la playa, pues ésta constituye un instrumento ofrecido al público con la ostensible finalidad de coleccionar clientela.* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 17/08/2007, Caja de Seguros S.A. c. Supermercado Mayoristas Makro S.A., La Ley Online). Es decir, hay mayor certeza de la existencia de la relación de consumo cuando existe el ticket como es en el presente caso.

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera; 14/octubre/2009, N° 20.042 “Allis, Carlos Hugo c/ Hipermercado Libertad S.A. – Daños y perjuicios”, L. de S. T° 105, F° 176/189

La realidad de los negocios muestra una complejidad de relaciones principales y secundarias entre las empresas comerciales y los consumidores que dificulta el encuadramiento de las situaciones en los parámetros de los contratos típicos. De ahí que se hable de atipicidad convencional o se recurra a fundamentar la responsabilidad en el incumplimiento de deberes secundarios de colaboración.

Por nuestra parte entendemos atendiendo al estado de evolución de la normativa, particularmente de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, que en autos el daño se produce en el marco de una relación de consumo que no se agota en el contrato de consumo sino que es más amplia y, en la extensión vínculo jurídico que une a las partes, quedan los servicios anexos que se prestan con la clara intención de atraer a los potenciales clientes con beneficios adicionales o comodidades como es el caso de las playas de estacionamiento.

En aval de nuestro criterio, se puede citar el pensamiento de Daniel Moeremans (“Responsabilidad de los supermercados por daños producidos a sus clientes derivados de hurto o robo o daños de los vehículos estacionados en las playas de estacionamiento”, LLBA 2001, 165), cuando dice que “la responsabilidad deriva de la aplicación del art. 1198 del Cód. Civil, es decir es legal y se funda en el incumplimiento de deberes secundarios de conducta, especialmente el de custodia de los vehículos introducidos a las playas de estacionamiento por los potenciales clientes, siendo indiferente que éstos en definitiva celebren o no un contrato de compra u otro contrato, bastando la mera intención de entrar en tratativas negociables”. En función de ello llega a la conclusión que “la responsabilidad del centro de compras nace cuando el cliente introduce su vehículo a la playa del estacionamiento del establecimiento a los efectos de entablar contacto comercial con aquél. Distinto sería la solución si se considerase a la obligación del supermercado como derivada de un contrato de depósito, pues en tales supuesto consideramos que no bastaría la mera introducción del vehículo, sino que el deber de seguridad nacería en el momento de que el potencial cliente estaciona efectivamente el vehículo en la playa, ya que en dicho momento se podría suponer la “entrega” de la cosa depositada”.

En sentido concordante, Juan Manuel Prevot (“Responsabilidad del deudor por el incumplimiento de los deberes de protección”, LA LEY 2008-E, 406), sintetiza su pensamiento diciendo que “1. El servicio de estacionamiento y valet parking que brinda la accionada constituye una prestación complementaria de la actividad principal a la cual se dedica, 2. De allí que, quien se sirve del estacionamiento para atraer personas a sus instalaciones debe brindar un servicio adecuado, eficiente y seguro., 3. Que la mentada gratuidad del servicio prestado no es excusa para incumplir la obligación de custodia, puesto que ofrecer la posibilidad de estacionar gratuitamente los vehículos de los potenciales clientes posibilita una mayor afluencia de público y un acrecimiento de las ganancias, 4. La obligación de guarda, custodia y restitución de los rodados asumida por la demandada es incuestionable, desde que no sólo cuenta con

personal encargado del estacionamiento, sino que además, previniendo robos o daños de los vehículos depositados en la playa, contrata un seguro, lo cual implica de su parte un inequívoco reconocimiento del deber de prestar custodia, con la consiguiente responsabilidad en casos de daños o sustracciones...” (De igual modo se puede consultar a Ricardo Marcelo Pérez, “El deber de custodia de hipermercado por sustracción de vehículos dentro de sus instalaciones”, La Ley 2003-C, 448).

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera; 14/octubre/2009, N° 20.042 “Allis, Carlos Hugo c/ Hipermercado Libertad S.A. – Daños y perjuicios”, L. de S. T° 105, F° 176/189

1.2. Principios interpretativos.

Iura novit curia en la determinación del derecho aplicable.

Ahora bien, dando respuesta jurisdiccional a los planteos de la recurrente se debe tener presente que la Suprema Corte de Justicia Nación ha juzgado que “*es privativo de los jueces calificar jurídicamente las pretensiones de los litigantes, facultad que deriva de la regla iura curia novit, cuyo ejercicio no comporta un agravio constitucional*” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema). (P. 1498. XXXIX. RHE; “Peralta, Joaquín Alberto c/ Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, 23/05/2006, T. 329, P. 1787).

Ello es así porque “*según la regla iura curia novit el juzgador tiene la facultad y el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que las rigen, con prescindencia de los fundamentos o argumentos que enuncien las partes*” (Disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Carlos S. Fayt). (L. 1103. XXXVIII.; “La Continental Cía. de Seg. Generales S.A. c/ Fisco Nacional (D.G.I.) s/ proceso de conocimiento”, 21/03/2006, T. 329, P. 624).

En otras palabras, *“la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia -nacionales y provinciales- de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su conocimiento, incluye la potestad de suplir el derecho que las partes no invocan o que invocan erróneamente, trasuntado en el antiguo adagio romano iura curia novit y que incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución”* (Voto del Dr. Antonio Boggiano). (M. 1788. XXXVIII.; “Munson, Gregory s/ recurso de casación”, 03/03/2005, T. 328, P. 242; L.L. 11-05-05, nro. 108.898)

Ello viene a colación para analizar si es correcta o no la invocación del derecho por parte de la demandada excepcionante, respecto del art. 4041 del C.C. para fundar la prescripción atendiendo que el art. 1 de la Ley 24.240 (B.O. 15/10/1993) se especifica que la mencionada ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios, considerando tales a las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social a “c) las adquisiciones de inmuebles nuevos destinados a vivienda”. Cabe precisar que esta norma ha sido ampliada en su alcance por la Ley N° 26.361.

Por otra parte, el art. 65 ha reglamentado que “la presente ley es de orden público”.

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 7/julio/2009, autos N° 20.008 “Atencio Pizarro, Martha Rosa C/ Construir S.A. - Acción Estimatoria - Sumario”, L. de S. T° 104, F° 139/149

1.2.1. Norma de orden público. Aplicación de oficio.

Los demandados no han reconvenido por nulidad de las cláusulas que denuncia como abusivas, pero como el art. 65 regula que la misma es de orden público, su aplicación por la jurisdicción puede ser de oficio. Es importante recordar que conceptuamos como leyes de orden público a aquellas que receptan los principios sociales, políticos, económicos, morales y religiosos cardinales de una comunidad jurídica, cuya existencia pri-

ma sobre todos los intereses individuales o sectoriales (P.E.A., “Introducción al Derecho Civil”, Ed. Universidad Nacional de San Juan, 2000, pág. 148).

Respecto del punto, Guillermo Pedro Tinti comenta que “como consecuencia del carácter de este artículo confiere a la presente ley, es de plena aplicación lo que disponen los art. 19 y 21 del Código Civil, y las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto lo establecido en la presente. Acertadamente se ha señalado que de nada serviría que la ley 24.240, atribuyera a los consumidores y usuarios un conjunto de derechos si el empresario estará luego en la posibilidad de imponerles válidamente la renuncia a ellos” (“Derecho del consumidor”, (Editorial Alveroni - Córdoba - 2001, pág. 124). (voto Alferillo)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/abril/2005, autos N° 18015 “Banco de San Juan S. A. c/ Liñan Gutierrez, Miguel y otros – Cobro de pesos – Sumario”, L. de S. T° 90 F° 173/185.

Ampliando los conceptos vertidos en el fallo referenciado se puede recordar que para Rivera, Julio Cesar, (“Instituciones de Derecho Civil – Parte General”, T° I, (Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997), pág. 99 y sig.), el orden público es el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituida en una comunidad jurídica las cuales por afectar centralmente la organización de estos no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjera.

La Suprema Corte de Justicia (P. 344. XXIV.; “Partido Justicialista s/ acción de amparo, 28/09/1993, T. 316, P. 2117) preciso que el legislador, al disponer que es de orden público ha definido a la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad.

A partir de estos conceptos, al ser categorizada la Ley de Defensa del Consumidor como de orden público se debe entender que su aplicación es esencial para el normal desenvolvimiento de la actividad comercial de nuestro país.

Con mayor precisión, Brizzio, Claudia R. (“La teoría general del contrato y el derecho del consumidor”, La Ley 1998-D, 1285) ha expresado que es innegable que la protección al consumidor reglada en la ley 24.240, debe ser emplazada en el ámbito del orden público económico. Por su parte, Estigarribia Bieber, María Laura (“Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores en la legislación argentina”, Tesis doctoral aprobada e inédita, pág. 121) completa la idea sosteniendo que “el “orden público económico de protección de la parte débil” pretende restablecer el equilibrio contractual, afectado por la disparidad de fuerzas, y el de coordinación, que defiende el “*mínimum inderogable*”, en aras de los derechos esenciales de la persona que ostenta tal situación de vulnerabilidad”.

Además de ello, sin lugar a hesitación, se colocó a la ley de protección del consumidor por encima de los intereses individuales o de algún sector interesado, razón por la cual su aplicación prima en todo acto de consumo. Este es el criterio que marca como derrotero la Corte Federal al interpretar que los tribunales deben considerar la aplicación de las leyes de esta categoría aun cuando las partes lo omitan por cuanto, evidentemente, existe un interés de la comunidad toda en que así sea (CSJN, S 1455.XLI; RHE “Sociedad Anónima –Dominga B. de Marconetti c/ Gobierno de Buenos Aires”, 04/09/2007)

Respecto del punto, Tinti, Guillermo Pedro (“Derecho del consumidor”, (Editorial Alveroni - Córdoba – 2001, pág. 124.) comenta que “como consecuencia del carácter de este artículo confiere a la presente ley, es de plena aplicación lo que disponen los art. 19 y 21 del Código Civil, y las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto lo establecido en la presente. Acertadamente se ha señalado que de nada serviría que la ley 24.240, atribuyera a los consumidores y usuarios un conjunto de derechos si el empresario estará luego en la posibilidad de imponerles válidamente la renuncia a ello”.

El Tribunal Superior Federal ha sostenido específicamente respecto del tema que “el carácter de orden público de la ley nacional de protección al consumidor no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones

naturales, puedan dictar normas que tutelen los derechos de los usuarios y consumidores, en la medida que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de lo regulado en la norma nacional” (CSJN, E. 115. XXXIX; REX, “Edelar S.A. s/ inconstitucionalidad”, 08/05/2007, T. 330, P. 2081, Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

En la provincia de Mendoza, la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil ha sostenido concordantemente que “la ley 24.240 de defensa del consumidor es de orden público, por lo que corresponde su aplicación por el juzgador, aunque el interesado no la haya invocado” (Segunda Cámara en lo Civil – Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, Expediente: 25648 “Alenda, Rolando Walter y ot. O.M.G. S.A. Resolución de contrato – Nulidad – Daños y perjuicios”, 02/06/1999, LS093 - Fs.425).

En función de las razones expuestas precedentemente, atendiendo a los antecedentes de la causa, sin lugar a hesitación, la reclamación del resarcimiento de los daños producidos en el inmueble nuevo destinado a vivienda objeto del contrato de compra venta queda regulado bajo el régimen imperativo de la Ley de Defensa de los Consumidores reglado en la ley 24.240 (art. 40 y conc.) que se encontraba vigente al momento de celebrarse el contrato entre las partes.

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 7/julio/2009, autos N° 20.008 “Atencio Pizarro, Martha Rosa C/ Construir S.A. - Acción Estimatoria - Sumario”, L. de S. T° 104, F° 139/149

1.2.2. In dubio pro consumidor

Los fundamentos legales tenidos en cuenta por la Dirección de Defensa al Consumidor que aplicó el principio rector consagrado en el artículo 3° de la Ley 24240, que establece que en caso de duda debe estarse a la interpretación más favorable al consumidor; principio éste, que también se encuentra consagrado en el artículo 37 *ibid* relativo a la interpretación de los contratos que: “se hará en el sentido más favorable al consumi-

dor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

Juzgado Contencioso Administrativo – San Juan, 09/junio/2008, autos N° 102373, “Cooperativa de Crédito y Consumo Ya Limitada s/ Recurso de Apelación (Sec. N° 1)”.

Las aspiraciones doctrinarias se han visto plasmadas en la Ley de Defensa del Consumidor cuando en el art. 37 Ley 24.240 regula que “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”. Es decir, interpretar en favor del adherente una cláusula oscura, mal redactada o dudosa es un mandato legal.

La doctrina judicial ha resuelto que “en los casos de contratos con cláusulas predisuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultad para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quién contrato con aquel o contra el autor de las cláusulas uniformes; regla hermenéutica que se impone a razón de expresas disposiciones legales (art. 1198, Cód. Civil; art. 218 inc. 3, Cód. Comercio; art. 3° Ley 24.240). CS, Capital Federal, 15/12/1998 “Romero Victorica de Del Sel, María del R. c/ Qualitas Médica, S.A. s/ Ordinario” ED 181,324; L.L. 1999 B, 118-98455.

Por ello, es que en casos semejante al planteado en autos se ha dicho que “los usuarios de un servicio de tarjeta de crédito, en cuanto han celebrado al respecto contrato en base a cláusulas predisuestas, se hallan protegidos por la ley de defensa del consumidor, cuyo art. 4 le impone a la empresa prestadora el deber de informar, en forma detallada y suficiente, sobre las ventajas y desventajas de dicho servicio de tarjeta de crédito, al efecto de que los primeros puedan realizar una elección racional y fundada al momento de contratar...CFCA II, Capital Federal, 4/11/1997, “Dinners Club Argentina S.A.C. y de T. c/ Secretaria de Comercio e Inversiones - Disp. DNCI 165/97”, E.D. 176, 175- 48452.

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/abril/2005, autos N° 18015 “Banco de San Juan

S. A. c/ Liñan Gutierrez, Miguel y otros – Cobro de pesos – Sumario”, L. de S. T° 90 F° 173/185.

1.2.2.1. Las cláusulas de los contratos de planes de ahorro deben ser interpretadas a favor del adherente.

La relación contractual que vinculara a la Sra. C. y Plan Ovalo ha sido en torno a la modalidad del plan de ahorro para fines determinados. Mediante este contrato un sujeto, denominado suscriptor, para una cantidad de dinero en cuotas anticipadas contra la entrega de un bien (en el caso un automotor), la que tendrá lugar en el futuro una vez cumplidas las condiciones de adjudicación pactadas, de sorteo o licitación) (cfr. Ricardo Luis Lorenzetti, Tratado de los Contratos, T. I, Editorial Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 723 y s.s.)

Estas convenciones han sido calificadas como contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales, y pueden ser calificadas como un contrato de consumo cuando el adquirente lo celebra para el consumo final, de conformidad a la ley 24.240, como sucede en el supuesto de autos.

Por ello, la problemática vinculada a estos contratos forma parte de la protección de los derechos del consumidor, De ahí que la interpretación debe favorecerlo cuando se trata de estos planes de ahorro, por medio de los cuales sufre un perjuicio, sea por la llamada “letra chica” del contrato y las cláusulas generales, o bien por la interacción entre el concesionario y la administradora del plan, relación que le es ajena (Santos Cifuentes, “La inspección General de Justicia y los planes de ahorro para automotores. Control, jurisdicción y defensa del consumidor”, La ley 1998-E. 35)

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 19/mayo/2008, autos N° 93773 “Mario Goldstein S.A. s/ Recurso de Apelación Ley 7087 Defensa del Consumidor”.

1.2.3. El deber del empresario de informar al consumidor.

1.2.3.1. Características.

Es muy importante tener en cuenta la especial protección que la ley dispensa al consumidor, en función de su debilidad posicional intrínseca. La ley de Defensa al consumidor, en su art. 4º exige que la información del empresario debe ser veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características de la cosa o servicio que se comercialice. El empresario debe extremar los recaudos para brindar a aquel la pertinente información, proveyendo las explicaciones necesarias y pertinentes. Lo destacable de la norma es que exige que la información sea detallada, no de carácter general, y suficiente, de modo que no queden dudas al usuario (cf. Art. 4 y 37 ley 24.240)

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 1/marzo/2008, autos N° 97180 “Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados”, S/ Apelación de Multa”.

Esa obligación de información no sólo es exigible para la etapa genética del contrato, sino que debe mantenerse en el transcurso de la relación contractual

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 19/mayo/2008, autos N° 93773 “Mario Goldstein S.A. s/ Recurso de Apelación Ley 7087 Defensa del Consumidor”.

El empresario debe extremar los recaudos para brindar al consumidor la pertinente información, proveyendo las explicaciones necesarias y pertinentes. No basta para cumplir con tal información que las condiciones de contratación estén contenidas en un contrato escrito. Además de que es necesario que un ejemplar sea entregado al consumidor, de acuerdo a lo exigido por el art. 10 tercer párrafo de la Ley de Defensa al Consumidor, es fundamental que lo informado verbalmente, responda a lo que surja del contenido escrito; ya que el consumidor, por su propia debilidad negocial, confía en lo informado por el empresario y comúnmente, no lee todas y cada una de las cláusulas de los contratos por adhesión que no redactó y que firmó de buena fe.

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 19/mayo/2008, autos N° 93773 “Mario Goldstein S.A. s/ Recurso de Apelación Ley 7087 Defensa del Consumidor”.

1.2.3.2. El deber de informar y los contratos por adhesión.

El vínculo jurídico básico por el cual se relacionan las partes es un contrato, que modernamente se lo conoce “por adhesión” conforme lo define Carlos Gustavo Vallespinos, como aquel en el cual el contenido contractual ha sido determinado por prelación, por uno de los contratantes al que se deberá adherir el contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria (“El contrato por adhesión a condiciones generales”, Editorial Universidad, pág. 237/238). Esta modalidad para precisar el contenido contractual se caracteriza, como lo sostiene Federico Videla Escalada, porque la redacción de las cláusulas de la convención corresponde a una sola de las partes, mientras que la otra sólo puede concretarse a aceptarla o rechazarla, pero no a modificarla, que aquella, denominada proponente, goza de un mayor poder contractual, en cuanto a esa convención, que el otro sujeto, por disponer de la posibilidad de presentar un servicio o realizar un hecho de interés general, que puede generar un verdadero monopolio (“Contrato por adhesión” en Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lafaille”, Depalma, Buenos Aires, 1968, pág. 730).

La caracterización como contrato por adhesión del celebrado entre el Banco actor y los demandados, resulta de vital importancia al momento de fijar los lineamientos para realizar la interpretación de sus cláusulas predispuestas que contiene el mismo y así resolver los planteos recursivos realizados por los demandados. (voto Alferillo)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/abril/2005, autos N° 18015 “Banco de San Juan S. A. c/ Liñan Gutierrez, Miguel y otros – Cobro de pesos – Sumario”, L. de S. T° 90 F° 173/185.

Por imperio del art. 1198 del Código Civil, los contratos deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Este principio liminar de comportamiento adquiere especial relevancia dado que en los contratos por adhesión rige otro principio derivado como es el “in dubio contra stipulatorem” cuando la redacción de las cláusulas son redactadas en forma oscuras, con terminología equívoca o confusa. Por ello, en estos casos deben ser interpretadas en contra del predisponente y en favor del adherente, mas cuando éste es deudor dado que se aplica, de modo concordante, el principio obligacional de “favor debitoris”. Así lo entiende Juan Carlos Rezzonico, “Contrato con cláusulas predisuestas - Condiciones negociales generales” (Astrea) pág. 603. (voto Alferillo)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/abril/2005, autos N° 18015 “Banco de San Juan S. A. c/ Liñan Gutierrez, Miguel y otros – Cobro de pesos – Sumario”, L. de S. T° 90 F° 173/185.

El tamaño de la letra en los contratos debe ser adecuada para su correcta lectura.

El derecho a la información tiene estrecha relación con la tipología y demás caracteres de los textos contractuales, en cuanto a su fácil lectura y comprensión. Por ello, para que los consumidores conozcan acabadamente el contenido de la relación comercial, se exige que en los contratos de consumo, redactados por escrito, la tipografía no deber inferior a Uno con ocho décimos (1,8) de milímetros de altura, según resolución 906/98 S.I.C. y M.

En este caso, la letra de las condiciones generales es inferior al tamaño exigido en esa resolución, según surge de su medición. De allí, que verificada la conducta contraria a tal normativa, resulte procedente su sanción.

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 1/febrero/2008, autos N° 94671 “Autotransporte San Juan S.A.”.

1.2.3.3. Toda modificación del contrato debe ser debidamente notificada al consumidor adherente.

La conducta asumida por la apelante, de descontar sin ningún aviso previo a su asociado 21 cuotas en lugar de 20, resulta violatoria también deber de información que le impone el artículo 4º de la ley 24240. El cual conforme la jurisprudencia “comprende toda modificación en las condiciones de la relación, incluso aquellas que resultan justificadas. Es decir, aún cuando se considere que una modificación en alguna condición resulta legítima, y por lo tanto que no infringe lo normado por el art. 19 de la ley 24.240 la misma debe ser igualmente comunicada al consumidor” (Cons. IX). Autos: Multicanal S.A. C/ DNCI-DISP 96/04 (Expte 63788/99). Gallegos Fedriani, Otero. - Fecha: 23/11/2005 Cam. Nac. Cont. Adm. Fed. Sala V. - Nro. Exp.: 6.167/04); por lo que, si existió alguna modificación o alteración que generaba consecuencias a la contratación primigenia, tal como lo asevera el apelante, éste debió por el deber legal que sobre su representada pesa, ser comunicada en tiempo y forma al Sr. Campusano.

“El fundamento del deber de información está dado en la desigualdad que presupone que sólo una de las partes se encuentra informada sobre un hecho que puede gravitar o ejercer influencia sobre el consentimiento de la otra. (Consid. V). (Autos: Provincia Servicios de Salud S.A. c/Sic. y T. GCBA. -Resol. 378/01 (Expte. 35.394/01). Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera. - Fecha: 27/11/2003 C.Nac. Cont. Adm. Fed. Sala II. - Nro. Exp.: 147.225/02 - Ref. Nor.: 4.240, art. 4.-Lex) .

Juzgado Contencioso Administrativo – San Juan, 9/junio/2008, autos N°102373, “Cooperativa de Crédito y Consumo Ya Limitada s/ Recurso de Apelación (Sec. N° 1)”.

1.2.3.4. Se ha cumplido con el deber de informar si los usuarios conocían de la responsabilidad asumida por la unión vecinal.

No puede configurarse en el caso “violación al deber de información” cuando el Convenio fue formalizado y suscripto conforme la reglamentación emitida por el Ente Regulador, en

el marco de sus atribuciones específicas, razón por la que corresponde la revocatoria de la multa impuesta.

Y en este punto, no obstante ser el marco regulatorio específico la Resolución emitida por el EPRE cumplida por la Unión Vecinal, *“corresponde establecer que “el deber de informar encuentra su límite en los hechos ampliamente conocidos, denominados notorios”, por lo que “el criterio para resolver esta cuestión es el nexa causal. “El deber de informar que se omite tiene relevancia causal cuando su incumplimiento impide conocer, lo que no ocurre si el hecho es ampliamente conocido o lo es con una simple diligencia media”* (el subrayado y la negrilla me pertenecen) *Ley de Defensa del Consumidor – Protección Procesal de Usuarios y Consumidores – Mosset Iturraspe - -Wanjtraub-Gozaini - p.73.*

En tal sentido resulta indiscutible que los usuarios del agua potable conocían de la responsabilidad asumida por la Unión Vecinal en su suministro, como también resulta incuestionable que para asegurar tal provisión se requiere de la utilización de bombas, cuyo costo energético debe ser asumido por todos los usuarios. Habría bastado que los beneficiarios acudieran a la Sede de la Unión Vecinal a efectos de tomar conocimiento, conforme la documentación presentada y analizada, que el cobro se realizaría a través de las boletas de Energía San Juan, prorrateado entre todos los usuarios del servicio. Cuestión que no debió ser soslayada por la autoridad de aplicación al imponer la multa, sobre todo considerando que dicha información le fue proporcionada oportunamente; quien además efectúa una consideración errónea en cuanto a la normativa de aplicación que debe prevalecer al caso de autos, conforme ya relatara.

Juzgado Contencioso Administrativo - San Juan, 23/septiembre/2009, autos N° 108509, “Unión Vecinal Chimbas Norte S/ Recurso de apelación (Secretaría N° 1).

2. Defensa de los intereses de los consumidores.

El consumidor tiene la posibilidad de accionar en sede administrativa para obtener la sanción por violación y también en

sede civil para la recomposición de la prestación y, en su caso, los daños. Estas vías no son excluyentes.

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería, 1/marzo/2008, autos N° 97180 “Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados”, S/ Apelación de Multa”.

El Defensor del Pueblo goza de legitimación prevista por el art. 23 de la ley 7.714 y concordantes, al igual que los particulares y asociación (fs. 460) que han concurrido tras el llamado por edictos, para promover la presente por lo que paso al tratamiento de los agravios expresados por la accionada tendientes a lograr la nulidad del fallo, o su revocación. (Voto Riveros – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. T° 97, F° 1/32

La pretensión de “Autotransporte San Juan” de reducir su responsabilidad a la condición de la guía no es de por sí sancionable en sede administrativa. La extensión del resarcimiento, debe realizarse en un proceso de conocimiento en el que se debata la validez de tal cláusula a la luz de las normas constitucionales, de la ley de Defensa del Consumidor y los principios contractuales, cuestiones todas que deben ser examinadas en sede judicial. Si es sancionable la violación al deber jurídico de entregar los bultos en tiempo y forma convenidos.

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería - San Juan, 1/febrero/2008, autos N° 94671 “Autotransporte San Juan S.A.”.

2.1. Reclamación de sanciones en sede administrativa.

2.1.1. Normas aplicables para fundamentar la sanción administrativa.

Cuadra referir en este punto que nuestra Constitución Provincial del año 1986 en el Capítulo IV dedicado a los Derechos, libertades y garantías sociales, consagró en el artículo 69° la de-

fensa de los consumidores; adhiriendo en el año 2000 mediante la Ley N° 7087 a la Ley Nacional N° 24.240/93, denominada Ley de Defensa del Consumidor, norma de orden público, que constituye el marco de referencia normativa que aplica la Dirección de Defensa al Consumidor al sancionar al apelante mediante la resolución ahora recurrida. Cabe agregar que con posterioridad al dictado de la ley nacional referida, el llamado derecho a la protección de los consumidores de bienes y servicios frente al consumo adquiere rango constitucional en la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 -art. 42-.

Juzgado Contencioso Administrativo - San Juan, 09/junio/2008, autos N° 102373, “Cooperativa de Crédito y Consumo Ya Limitada s/ Recurso de Apelación (Sec. N° 1)”.

2.1.2. Características de la sanción.

La multa impuesta en modo alguno beneficia al denunciante, sino que su finalidad es “reprimir” -carácter punitivo no retributivo de la sanción- además del fin ejemplificador que con la misma se persigue, procurando que el infractor desista de incurrir en conductas como las que dieron motivo a la sancionada.

“Por la ley 24.240 se estableció un sistema de protección al consumidor de bienes y servicios para que contrate en condiciones equitativas, sin padecer abusos por parte del empresario o profesional, cuyo incumplimiento trae aparejadas las sanciones establecidas en su art. 47. De allí que la multa prevista en la ley no reviste carácter retributivo, sino punitivo a modo de advertencia ejemplar para evitar que el infractor cometa otros daños causados con su conducta antijurídica, con lo cual se protege -por añadidura- el orden social trascendiendo así sobre el conflicto de intereses particulares”. (Cám.Fed.Civ. y Com., Sala II, 27/8/71, in re “Nardi de Nardi, Elvira c/Transportes Alvarez Thomas, Linea 140”). Autos: Solanas Country S.A. c/Sec. de Comercio e Inversiones (Disp. DNCI. 239/97). Galli, Jeanneret de Pérez Cortés. - Fecha: 03/04/2001 C.NAC.Cont. Adm. Fed. Sala IV. - Nro. Exp.:

16.592/98 Jurisprudencia de la Nación Contencioso Administrativo-Lex)

Juzgado Contencioso Administrativo – San Juan, 21/diciembre/2009, autos N° 110251 caratulados “Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados s/ Recurso de Apelación (Secretaría N° 1).

La graduación de la sanción es resorte primario del órgano administrativo, salvo ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta (fallos 303-1029; 304-1335; 306-1792). En un Estado de derecho, la graduación de una sanción debe realizarse siempre mediante la aplicación de criterios de proporcionalidad valorados en relación al caso concreto.

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 19/mayo/2008, autos N° 93773 “Mario Goldstein S.A. s/ Recurso de Apelación Ley 7087 Defensa del Consumidor”.

La ley establece una relación infracción-sanción que debe ser coherente con el espíritu de la normativa que establece un mínimo y un máximo que debe ser graduado conforme las circunstancias de cada caso; como así que “... *“Por la ley 24.240 se estableció un sistema de protección al consumidor de bienes y servicios para que contrate en condiciones equitativas, sin padecer abusos por parte del empresario o profesional, cuyo incumplimiento trae aparejadas las sanciones establecidas en su art. 47. De allí que la multa prevista en la ley no reviste carácter retributivo, sino punitivo a modo de advertencia ejemplar para evitar que el infractor cometa otros daños causados con su conducta antijurídica, con lo cual se protege -por añadidura- el orden social trascendiendo así sobre el conflicto de intereses particulares”.* –el resaltado me pertenece- (Cám. Fed.Civ. y Com., Sala II, 27/8/71, in re “Nardi de Nardi, Elvira c/Transportes Alvarez Thomas, Línea 140”). Autos: Solanas Country S.A. c/Sec. de Comercio e Inversiones (Disp. DNCL. 239/97). Galli, Jeanneret de Pérez Cortés. Fecha: 03/04/2001 C.Nac.Cont. Adm.Fed., Sala IV. - Nro. Exp.: 16.592/98 Jurisprudencia de la Nación Contencioso Administrativo-Lex).

Juzgado Contencioso Administrativo - San Juan, 30/noviembre/2009, autos N° 108168, “O.S.D.E. Filial San Juan

S/ Recurso de apelación c/ Sanción defensa consumidor (Secretaría N° 1)".

El artículo 49 *ibíd* establece en su parte pertinente que: *"En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho"* (texto sustituido por la Ley 26361)".

Aunque por principio la graduación de la sanción es resorte primario del órgano administrativo, ésta debe calcularse aplicando criterios de proporcionalidad, valorados en relación al caso concreto.

Juzgado Contencioso Administrativo - San Juan, 30/noviembre/2009, autos N° 108168, "O.S.D.E. Filial San Juan S/ Recurso de apelación c/ Sanción defensa consumidor (Secretaría N° 1)".

2.1.3. Características del recurso judicial de apelación contra las sanciones administrativas.

Los actos administrativos no pueden quedar indefinidamente librados al riesgo de revisión. Por ello, a fin de darle estabilidad la ley fija plazos perentorios más allá de los cuales el interés de los particulares no puede hacerse valer, consagrando así la seguridad jurídica y evitando que se legalice el desorden en la actividad administrativa. La resolución n° 390 DDC, de fecha 6/12/05 que impone una multa de pesos Tres Mil (\$ 3.000) a la denunciada por infracción a los art. 4 y 19 de la ley 24.240, fue notificada a la denunciada en fecha 14/12/05 y el recurso de apelación fue deducido en fecha 9/05/06.

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 26/setiembre/2008, autos N° 89436 "BBVA Banco Francés S.S. S/ Recurso de apelación".

El remedio recursivo contemplado en el artículo 47 de la ley N° 7714 -al igual que el artículo 45 de la Ley 24.240 reformado por la Ley N° 26.361- se encuentra encaminado a impugnar los actos administrativos que impongan sanciones; pero en modo alguno resulta el instrumento idóneo para revisar lo actuado durante el tránsito del proceso administrativo, cuyas vicios, en caso de producirse, deben ser denunciados y revisados a través de las vías que el procedimiento administrativo admite, y que se encuentran previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de San Juan N° 3784 y su decreto reglamentario, cuya aplicación supletoria se encuentra expresamente prevista en la última parte del artículo 40 de la Ley 7714.

*“El art. 45 de la ley 24.240 instituye un recurso directo de apelación ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, contra los actos administrativos que impongan algunas de las sanciones que prevé el art. 47 de la ley citada, quedando fuera del ámbito de su conocimiento toda otra decisión adoptada durante el procedimiento, ya que excede el marco legal del recurso instituido por el mencionado art. 45.”*Autos: Caja de Seguros S.A. -RQU- c/ Dirección Gral. de Defensa y protección al consumidor. Mordegliá, Argento. - Fecha: 11/03/2002 C.NAC.CONT.ADM.FED. SALA III. - Nro. Exp.: 22.237/01 - Ref. Nor.: 240, art. 45.-Lex

“Muy pacífica doctrina y jurisprudencia, ha resaltado que por hallarse el recurso de nulidad referido a los defectos del fallo -en nuestra ley adjetiva se halla comprendido por el recurso de apelación según artículo 253 del Código de rito-, quedan fuera de su campo todos los vicios “in procedendo” que hayan precedido a éste, los que han de ser argüidos indefectiblemente en la misma instancia en que acaecieron por la vía incidental y antes de quedar convalidados por el vencimiento del plazo previsto en el artículo 170 Código Procesal Civil y Comercial. “Dirección Defensa del Consumidor c/S. “E.F” s/Contencioso Administrativo S CAN2 TW 000C 000025 08/10/2003 MA LuceroMorello y otros en, “Códigos Procesales...”, 2da. ed., T. II-C-317 y Mauriño, “Nulidades procesales”, Ed. Astrea, ed. año 1982, pág. 211, id. L.L. 1975-A-537; 1978-A307; 1978-D-824

Romera, Oscar E. “Las sanciones por infracción a la ley de defensa del consumidor”, en J.A., 1994-I-841; Mosset Iturraspe, Jorge “Introducción al Derecho del consumidor”, en Rev. de Der. Priv. y Com., Ed. Rubinzal Culzoni, año 1994, Nro. 5 - Consumidores-, págs. 7 y sgtes.

Juzgado Contencioso Administrativo, San Juan, 28/abril/2009, autos N° 105080, “Fravega S.A.C.I e I. S/ Recurso de apelación Ley 7087-Defensa al consumidor (Secretaría N° 1).

2.1.3.1. El recurso debe ser interpuesto en tiempo y forma de ley.

El recurso fue interpuesto extemporáneamente, por cuanto y sin lugar a dudas la notificación cursada surtió efectos, a los fines del cómputo impugnatorio, si no se dedujo en el proceso administrativo recurso alguno en su contra. *“La notificación cumple su cometido si pone en conocimiento de la parte una resolución determinada, razón por la cual aunque el acto de anoticiamiento no se hubiera cumplido con observancia de todos los recaudos legales, no es procedente la declaración de su nulidad. Si bien el principio “in dubio pro admissione procesi” impide interponer vallas meramente formales en desmedro del acceso a la jurisdicción, ello no autoriza a suplir la inactividad procesal del actor. La omisión de impugnar el acto administrativo dentro del plazo legal acarrea la caducidad de la acción, la que responde a un supuesto de hecho, que es la inactividad en el ejercicio del derecho durante un tiempo prefijado, y que se justifica por la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos.”* Trib. Dres.: Puig, Posadas, Vicente, Garros Martínez, Silisque. - Doctrina: Dra. von Fischer. - Causa: Sanchez, José Daniel vs. Instituto provincial de Seguros Apelación”. Expte. N° 22.825/01 de Corte fecha 26/03/02. L. 78: 111/116. Corte de Justicia. Jurisprudencia de la Provincia de Salta- Corte-Lex

Juzgado Contencioso Administrativo, San Juan, 28/abril/2009, autos N° 105080, “Fravega S.A.C.I e I. S/ Recur-

so de apelación Ley 7087-Defensa al consumidor (Secretaría N° 1).

2.1.3.2. La falta de notificación debe ser cuestionada en sede administrativa.

No habiendo sido cuestionada en sede administrativa la falta de notificación de la resolución sancionatoria en el domicilio constituido, la cédula de notificación cursada al domicilio comercial de la empresa sancionada, recibida por su gerente (ver fs. 98 y fs.99), adquiere virtualidad a los fines del cómputo del plazo para interponer el recurso de apelación previsto en la normativa de aplicación, el que a todas luces resulta extemporáneo por cuanto la resolución sancionatoria le fue notificada el día 19-04-06 y el recurso fue interpuesto el día 05-06-08 (ver fs. 10); razón por la que corresponde su rechazo. Reitero, la alegada falta de notificación de la resolución sancionatoria en el domicilio constituido no resulta materia que pueda ser objeto de análisis o revisión a través de esta vía, si no articuló recurso alguno en su contra en sede administrativa.

Juzgado Contencioso Administrativo, San Juan, autos N° 105080, “Fravega S.A.C.I e I. S/ Recurso de apelación Ley 7087-Defensa al consumidor (Secretaría N° 1), 28/4/2009.

2.1.3.3. Valor probatorio del acta labrada por la autoridad administrativa.

El artículo 45 de la Ley N° 7714 expresamente prevé que “las constancias de las actas que en su caso hubieran sido labradas, así como las comprobaciones técnicas que se dispusieren, constituirán prueba suficiente de los hechos así acreditados, salvo en los casos que resulten desvirtuados por otras pruebas”, e insisto el apelante no acompañó en sede administrativa, prueba alguna que desvirtúe las propias contradicciones en que incurrió a la hora de informar el estado de deuda del denunciante. *“Si constitucional es la garantía del debido proceso, no lo es menos la de protección de los derechos del consumidor. No se*

trata de consagrar la absoluta primacía de una de ellas sobre la otra, sino de armonizarlas y, puesto a tal labor, el legislador logró conciliarlas, pues al dar protección a los derechos del consumidor resguardó suficientemente la garantía del debido proceso del productor de bienes y del prestador de servicios, pues les aseguró oportunidad de defensa, esto es de alegar y probar en su favor, como la tuvo aquí el recurrente al ser citado para formular su descargo y ofrecer pruebas, sin que se configure violación alguna cuando el interesado no utilizó el medio de que en su momento dispuso. Viene a cuento recordar, también con palabras del más Alto Tribunal de la Nación, que la defensa en juicio no ampara la negligencia, ineficiencia o incuria de los litigantes.” (F.I., L. c/F.P.C.S. Ltda. y/o R., M. s/ Denuncia Ley Defensa del Consumidor S CAN1 TW 000C 000029 21/08/2003 MA Velázquez STJCh, S.I. 101/90, en JUBA, base SCSURW, sum. 1.090 C.S.N., Fallos 239:51, 242:234; Fallos 226:700, 227:646, 229:666, 280:351, 287:145, 288:418-Lex).

Juzgado Contencioso administrativo – San Juan, autos N° 110251 “Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados s/ Recurso de Apelación (Secretaría N° 1), 21/12/ 2009.

2.1.3.4. El informe del Área Financiera deber ser impugnado en sede administrativa.

Por otro lado, también debe ser rechazado el agravio que formula el apelante respecto del Informe del Área Financiera obrante a fs.80, puesto que por un lado conforme lo establece el artículo 46 de la Ley 7714, la Autoridad de Aplicación goza de la mayor aptitud para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar. Y asimismo, para el caso de disconformidad con el informe aludido, debió formular impugnación en tiempo oportuno en sede administrativa, una vez que tomó conocimiento -con la vista de las actuaciones- de tal informe (ver fs.86/87); derecho que no ejerció, razón por la que las objeciones que efectúa en su contra deben ser desestimadas. Cabe recordar que en la especie resulta aplicable las previsiones del artículo 40 *ibid*, norma que expresamente establece

que a las actuaciones administrativas iniciadas con motivo de las presuntas infracciones a la ley de defensa del consumidor, supletoriamente se le aplican la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de San Juan, por lo que resulta ser la vía recursiva e impugnativa prevista en dicho ordenamiento legal (Ley N° 3784 y su Decreto Reglamentario N° 00655-G-73) el marco legal regulatorio al que debió acudir el apelante en defensa de sus derechos; derecho que reitero, no ejerció, habiendo precluido en consecuencia la oportunidad de hacerlo en esta instancia.

Juzgado Contencioso Administrativo – San Juan, 21/diciembre/2009, autos N° 110251 “Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados s/ Recurso de Apelación (Secretaría N° 1).

2.1.3.5. Casuística.

El cargo que se le formula a la prestadora está encuadrado en las previsiones del art. 19 de la Ley N° 24240, por cuanto, la conducta reprochable a la prestadora se configura en el hecho que ésta no cumplió tan siquiera con la prestación que consideraba se encontraba a su cargo para no infringir la norma supra transcrita, procediendo a reintegrar a la afiliada en tiempo oportuno el monto que correspondiera.

Tampoco puede soslayarse de ser considerado el perjuicio efectivamente sufrido por la denunciante, que en el caso, desestimado que fue por la Dirección de Defensa al Consumidor la imputación efectuada a O.S.D.E sobre la infracción al deber de información, despeja toda duda respecto que era conocido por la denunciante que los gastos efectuados, por tratarse de prestadores fuera de cartilla, los mismos no le iban a ser totalmente restituidos, conforme el plan y el sistema para la determinación de reintegros que les rige -cuya copia luce a fs. 46/48- y se les comunica a los asociados.

Por las consideraciones reseñadas, resulta ajustado dejar sin efecto la sanción de multa impuesta por la suma de \$15.000 y fijarla en la suma de Pesos Tres Mil (\$3000), calculada al

tiempo de su imposición, manteniéndose en lo demás la resolución recurrida.

Juzgado Contencioso Administrativo - San Juan, 30/noviembre/2009, autos N° 108168, “O.S.D.E. Filial San Juan S/ Recurso de apelación c/ Sanción defensa consumidor (Secretaría N° 1)”.

La infracción al artículo 10 bis de la Ley 24240, *Incumplimiento de la obligación*. la norma expresamente establece que: *El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato. Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan.* (Artículo incorporado por el art. 2° de la Ley N° 24.787 B.O. 2/4/1997). En marras surge con claridad la transgresión del apelante a dicha normativa, tal como lo consideró la Resolución N° 045-DDC-09, ya que Volkswagen a pesar de haber tomado conocimiento que el denunciante había contratado el seguro del bien con la Compañía Zurich, según lo autoriza la Res. N° 09/02 emanada de la Inspección General de Justicia, procedió igualmente a reclamar el valor por dicho concepto (ver fs. 25), configurándose en la especie incumplimiento de su parte a la obligación asumida. Juzgado Contencioso Administrativo – San Juan, 21/diciembre/2009, autos N° 110251 “Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados s/ Recurso de Apelación (Secretaría N° 1).

Las empresas transportistas deben efectuar la entrega de mercaderías en el tiempo y lugar convenido y son responsables por las pérdidas o daños que sufran los efectos transportados (art. 162 y 176 del C. de Comercio). Por lo tanto, constituye un incumplimiento a tal obligación, la pérdida de uno o más bultos.

Con tal pérdida ha quedado acreditado el incumplimiento al art. 19 de la ley 24.240 que dispone: “quienes presten ser-

vicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”.

Como lo señala la doctrina, en verdad, el art. 19 nada agrega a los principios generales contenidos en el C. Civil puesto que resulta claro que todo contrato se debe respetar los términos, plazos, condiciones, etc. (cf. Belluscio, A, “Código Civil”, Tº 8 pág. 909).

Por ello, constatado el incumplimiento –pérdida de dos bultos-, corresponde la imposición de una sanción por violación al art. 19 de la ley 24.240.

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 1/ febrero/2008, autos N° 94671 “Autotransporte San Juan S. A.”

Mario Goldstein S.A. no debía desconocer los datos que se le requerían porque como concesionario formó parte de la relación de consumo con la Sra. C. Además, contrato directamente con la denunciante, expidiendo la factura por la venta del vehículo con el membrete de la propia concesionaria.

No olvidemos que una de las características jurídicas del contrato de concesión, es la explotación a nombre del concesionario, es decir, la autonomía jurídica de éste en la prestación del servicio e inclusive posventa, que se ejecuta a nombre por cuenta y riesgo de éste (Gherzi, C., “Contratos Civiles y comerciales”, Tº2 pág. 61)

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 19/mayo/2008, autos N° 93773 “Mario Goldstein S.A. s/ Recurso de Apelación Ley 7087 Defensa del Consumidor”.

La cancelación de la línea telefónica y de los gastos originados, por parte de la recurrente, importó un reconocimiento de que nunca existió relación contractual y de que existió una violación a la ley de Defensa del Consumidor, por lo que la infracción está constatada y corresponde la imposición de la sanción.

Noveno Juzgado Civil, Comercial y Minería – San Juan, 26/setiembre/2008, autos N° 091737 “C.T.I. Compañía de Teléfonos del Interior SA c/ Dirección de Defensa del Consumidor”.

3. Reclamación resarcitoria civil.

3.1. El empresario proveedor tiene el deber de resarcir los daños derivados de una relación de consumo.

Existe coincidencia en la doctrina judicial respecto del deber de resarcir que pesa sobre las empresas comerciales propietarias de las playas de estacionamientos.

La doctrina judicial respecto del tema en sus últimos pronunciamientos, ha sostenido que *“existe responsabilidad del supermercado demandado por el robo del automotor de un cliente que se encontraba en la playa de estacionamiento del comercio pues si bien por ordenanza municipal se le impone el deber de contar con espacios para el estacionamiento de vehículos particulares, ello es exclusivamente para clientes, de modo que dicha disposición legal no hace cesar la obligación de garantizar la custodia y guarda de los vehículos aparcados en el lugar siendo que se trata de un predio privado, ni descarta la finalidad lucrativa perseguida al establecer tal servicio accesorio.* (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 6a Nominación de Córdoba, 19/05/2009, Quispia, Natividad y otro c. Wal Mart Argentina S.A. s/ordinario, daños y perj., otras formas de respons. extracontractual, recurso de apelación, La Ley Online).

En igual sentido, *“existe responsabilidad del supermercado demandado por el robo del automotor de uno de sus clientes mientras el vehículo se encontraba en la playa de estacionamiento del comercio, sin que a ello obste que el art. 18 de la ley 12.573 de la Provincia de Buenos Aires le imponga el deber de contar con espacios para el estacionamiento de vehículos particulares, ya que dicha disposición legal no hace cesar la obligación de garantizar la custodia y guarda de los vehículos aparcados en la playa de estacionamiento, ni descarta la finalidad lucrativa perseguida por el establecimiento comercial al establecer tal servicio accesorio.* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 17/04/2008, Rodríguez, Ricardo Ernesto c. Supermercados Ekono S.A., La Ley Online).

A su vez, se juzgó que *“el propietario del supermercado demandado debe responder por la sustracción del automotor*

de uno de sus clientes mientras el vehículo se encontraba en la playa de estacionamiento de dicho comercio ya que, cualquiera sea la figura jurídica que se adopte para encuadrar la relación que une al usuario con la firma demandada, el emplazamiento de las playas de estacionamiento tiene una clara intencionalidad de captar mayor cantidad de clientes, brindándoles confort y tranquilidad, y funcionando como un servicio accesorio que tiende a alentar a los eventuales clientes a optar por efectuar las compras en esos lugares, con preferencia a los que no lo poseen. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 17/04/2008, Rodríguez, Ricardo Ernesto c. Supermercados Ekono S.A., La Ley Online).

Por último y para completar el cuadro de antecedentes coincidentes se ha sostenido que *“los supermercados son responsables por la sustracción de vehículos estacionados en sus playas de estacionamiento, en razón de la obligación de seguridad y custodia a su cargo debido a la relación contractual que los vincula con sus clientes. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 17/08/2007, Caja de Seguros S.A. c. Supermercado Mayoristas Makro S.A., La Ley Online).*

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera; 14/octubre/2009, N° 20.042 “Allis, Carlos Hugo c/ Hipermercado Libertad S.A. – Daños y perjuicios”, L. de S. T° 105, F° 176/189

3.2. Casuística.

3.2.1. Reclamación por daños ocasionados en los artefactos eléctricos producidos por la deficiencias en el suministro.

La omisión del órgano administrativo responsable de dictar las normas reglamentarias pertinentes y ejercer el control jurisdiccional, actuó como condicionante externo y excluyente en el nexo causal, pues ante la ausencia de dichas normas, a la Distribuidora no podría exigírsele mayor previsibilidad, como tampoco que ejerciera control sobre el usuario para que ins-

talara en el tablero principal de entrada del fluido de energía eléctrica “*los dispositivos de protección y maniobra adecuados a la capacidad, características del suministro*”. (voto Ferreira Bustos - minoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 09/diciembre/2002, autos N° 16.891 “Energía San Juan C/ E.P.R.E. Club Amancay - Contencioso Administrativo - Sumario”, L. de S. T° 83, F° 179/197.

La conducta omisiva del E.P.R.E. en dictar las normas reglamentarias necesarias para regular esta situación, es relevante, pues a pesar de estar cabalmente demostrado mediante la pericia técnica rendida en autos que el sistema eléctrico en las instalaciones del Club Amancay adolecía de notables deficiencias, sin protector contra falta de fase para el sistema trifásico utilizado, ni un disyuntor diferencial y sin un relevo térmico, tampoco podría habersele imputado culpa alguna al usuario en la producción del daño; esto está muy claro, pero de ahí en más, me parece incorrecto saltar, lisa y llanamente, a que la tuviera la Distribuidora sin estudiar las concausas, o causas excluyentes en el *sub iudice*, que son –repito- condicionantes externos de insoslayable referencia en la relación de causalidad, siendo ésta un presupuesto de la responsabilidad. (voto Ferreira Bustos - minoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 09/diciembre/2002, autos N° 16.891 “Energía San Juan C/ E.P.R.E. Club Amancay - Contencioso Administrativo - Sumario”, L. de S. T° 83, F° 179/197.

La omisión de un deber específico de la Administración, en este caso la de ejercer el ente autárquico (E.P.R.E.) su potestad reglamentaria para regular las situaciones como la que nos ocupa, resulta ser *ab initio*, un obstáculo de orden primario que impide atribuir la responsabilidad a Energía San Juan S.A. por el daño que se le reclamara, ni a título de culpa ni por el riesgo creado, ya que hay un suficiente y alto grado de probabilidad de que dicha omisión en el dictado de reglamentación que comprende esta situación jurídica ha operado como interrupción del *nexo adecuado de causalidad*. En una palabra, no

es posible tener la certeza que nos permita conectar el hecho generador con la quema de los motores trifásicos, sin haber contado el Club Amancay con un sistema eléctrico cubierto con las protecciones técnicas adecuadas según indica la ciencia. El Ing. Marcos Facchini, en su informe pericial, lo dice con toda claridad: *“Desde el punto de vista técnico, toda instalación de motores de potencias superiores a 1 KW trifásico requiere a más de las protecciones contra sobrecargas y cortocircuitos, la debida protección por falta de fase...”* (fs. 119). Esta importante prueba nos permite hacer un juicio de probabilidad atendiendo lo que era y no previsible “según el curso natural y ordinario de las cosas” (conf. art. 901 del Cód. Civ.), para imputar el hecho dañoso como lo fue en sede administrativa.

Concluyo entonces que la acción antijurídica atribuida a Energía San Juan S.A. y señalada en la Resolución N° 073/97 dictada por el E.P.R.E., no es punible porque no media entre el hecho imputable y el daño reclamado a que alude el acto administrativo, nexo de causalidad adecuado. En consecuencia juzgo que es procedente la acción de nulidad promovida por la parte actora debiendo declararse la ilegalidad del acto administrativo. (voto Ferreira Bustos - minoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 09/diciembre/2002, autos N° 16.891 “Energía San Juan C/ E.P.R.E. Club Amancay - Contencioso Administrativo - Sumario”, L. de S. T° 83, F° 179/197.

Es deber de la empresa distribuidora el suministro en forma eficiente, por lo que al no hacerlo incurre en un hecho que lo responsabiliza, no solo por no cumplir con compromiso asumido, sino también porque ha ocasionado perjuicio; siguiendo el orden natural y ordinario de las cosas la consecuencia dañosa iban a producirse. Por otro lado se ha acreditado que no es exigencia del Municipio contar con ese tipo de protección térmica, o que neutralice los efectos de recibir dos fases los motores trifásicos. Falta de previsión que conocida por la actora no le lleva a adoptar alguna medida para que en caso de brindar un suministro deficiente evitar provocar roturas. (voto Riveros – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 09/diciembre/2002, autos N° 16.891 “Energía San Juan C/ E.P.R.E. Club Amancay - Contencioso Administrativo - Sumario”, L. de S. T° 83, F° 179/197.

La falta de exigencia de esta protección por parte de la Municipalidad, y la ausencia de regulación por parte del E.P.R.E de las medidas de seguridad que deberían ser utilizadas por los usuarios, era una situación conocida por la Distribuidora, quien brinda el servicio en conocimiento de esta omisión, con lo cual se somete voluntariamente a un régimen jurídico, o estado de situación, asumiendo el riesgo de que una falla en el suministro que estaba a su cargo, pudiera provocar daños. En consecuencia no puede invocar, esa falta de exigencia u omisión, como eximente de su responsabilidad. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que “el reconocimiento y aceptación de la reglamentación, sometiéndose voluntariamente y sin reservas expresas a un determinado régimen jurídico, implica un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior (Fallos: 310:2117; esta Sala, 24-6-94, “Splina de Mancardi, Dominga Rosa c/ Lotería Nacional Soc. de Estado”), en base a la teoría de los actos propios.

De ahí que no sea atendible el argumento que propone la actora, que el E.P.R.E le atribuye responsabilidad por la falta de reglamentación. (voto Riveros – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 09/diciembre/2002, autos N° 16.891 “Energía San Juan C/ E.P.R.E. Club Amancay - Contencioso Administrativo - Sumario”, L. de S. T° 83, F° 179/197.

La empresa concesionaria recurrente, a pesar de conocer fehacientemente la falencia reglamentaria, hizo caso omiso a la misma y brindó el suministro al Club Amancay, obteniendo rentas por la venta de electricidad. Esta razón, pone de relieve que EDESA se prevaleció de la carencia de reglamentación y no tomó las previsiones que la Ley Nacional N° 24.240 (B.O. 26/IV/1993) titulada de “Defensa del consumidor” reglamentaria del art. 42 de la Constitución Nacional, estatuyó como deber para su parte.

En efecto, esta norma establece, en términos generales, en el art. 4 que “quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”. Como se puede colegir esta ley exige conductas activas a las empresas que presten servicio en punto a brindar información a sus usuarios sobre las características del servicio.

Con relación al deber de informar, Ossola-Vallespino, en el libro *“La obligación de informar”* (Advocatus - Córdoba - 2001) explican en términos generales ilustrando la temática (pág. 109) que *“los deberes, relaciones jurídicas obligatorias o cargas de informar son los que existen en cabeza de todas las partes durante la totalidad del iter contractual. Su fundamento es la buena fe. Su objeto es comunicar debidamente determinada la información que la otra parte desconoce, en algunos casos asesorando, aconsejando o advirtiendo. Su cumplimiento, según el caso, es presupuesto necesario para la debida formación del consentimiento y del contrato, y una completa consecución de los fines que llevaron a las partes a contratar...”*. (voto Alferillo - por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 09/diciembre/2002, autos N° 16.891 “Energía San Juan C/ E.P.R.E. Club Amancay - Contencioso Administrativo - Sumario”, L. de S. T° 83, F° 179/197.

La exigencia de informar se torna más rigurosa en el art. 6, cuando se trata de servicios domiciliarios de riesgo, casos en los cuales se debe entregar un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento del servicio de que se trate.

Específicamente, y resolviendo el tema venido a resolución del Tribunal, el art. 28, ubicado en el Capítulo VI “Usuarios de servicios públicos domiciliarios”, estatuye que los usuarios de servicios públicos que se presten a domicilio y requieran instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos.

Este criterio de la ley da sustento al considerando (fs. 09) de la Resolución EPRE N° 073/97 que dice "...no existen constancias por las cuales EDESSA, y dada la doble ocurrencia de la falla aludida, haya prevenido oportunamente al usuario de la necesidad y conveniencia de protección de falta de fase..."

De esta consideración se infiere que en la resolución le atribuye a EDESSA el incumplimiento del deber de informar al usuario, de donde la responsabilidad de esta empresa de suministro energético se sustenta no solo en un factor de atribución objetivo sino también en uno subjetiva, como es el incumplimiento del deber de informar que estatuye la Ley 24.240.

Avala este criterio, las conclusiones vertidas en la Comisión N° 3 "Responsabilidad frente a los consumidores" del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños - Responsabilidades en el siglo XXI" presidido por la Dra. Noemí Nicolau, donde se aconseja: "1. El denominado "deber de información" constituye una obligación legal, cuyo incumplimiento produce importantes consecuencias. 2. Para determinar las reglas que rigen los efectos del incumplimiento de la obligación de información, debe distinguirse: ...b) Si el contrato se perfeccionó, el defecto de información faculta al consumidor a solicitar: ...reparación de los daños generados por ese déficit, respecto a los vicios o defectos del producto o servicio;..." (voto Alferillo - por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 09/diciembre/2002, autos N° 16.891 "Energía San Juan C/ E.P.R.E. Club Amancay - Contencioso Administrativo - Sumario", L. de S. T° 83, F° 179/197.

3.2.2. Contrato bancario de provisión de Tarjetas de Créditos con cláusula de garantía sin límite temporal. Invalidez.

El primer aspecto donde se muestra abusiva esta cláusula preimpresa, es en que la garantía se da *sine die*, sin limitación temporal, cuando frente a ello existe una norma, la del art. 482 del Código de Comercio que resulta aplicable al caso, en la cual

se indica que el fiador, aún antes de haber pagado puede exigir su liberación: inc. 4: cuando han pasado cinco años desde el otorgamiento de la fianza, si fue contraída por tiempo indefinido”.

Va de suyo, que aún sin aplicar la ley de defensa del consumidor, la norma del art. 482 C.Com. es operativa, en razón de que en el contrato se fijó una fianza por tiempo indefinido que es el presupuesto fáctico de su aplicación. (voto Alferillo)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/abril/2005, autos N° 18015 “Banco de San Juan S. A. c/ Liñan Gutierrez, Miguel y otros – Cobro de pesos – Sumario”, L. de S. T° 90 F° 173/185.

Pero el punto, que marca el sistema abusivo en perjuicio, en este caso del fiador, está en que otorga garantía no solo al consumo de la tarjeta del titular y de la adherente que firma en forma simultánea, sino de las adherentes que se pudiere emitir en el futuro, pues así se escribió cuando se dijo que garantizaba “tanto titular como adicional se hubieren de emitir, sin restricciones ni limitación de ninguna índole...”. (voto Alferillo)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/abril/2005, autos N° 18015 “Banco de San Juan S. A. c/ Liñan Gutierrez, Miguel y otros – Cobro de pesos – Sumario”, L. de S. T° 90 F° 173/185.

Sin perjuicio de ello cabe consignar respecto de la renuncia, que la misma ha quedado acreditada, que se ha verificado y que el banco acusó recibo de tal hecho, por lo cual le asiste razón a la actora al decir que la renuncia causa efectos a futuro y no al pasado, pero es deber probatorio de su parte acreditar que la suma reclamada ha sido generada con anterioridad a la renuncia y no a posteriori de la misma. Se debe tener en cuenta que no se trata de un proceso ejecutivo donde se ejecuta el saldo deudor de Tarjeta de Crédito sino un ordinario, donde las aseveraciones que se formulan están sujeta a las reglas probatorias comunes. (voto Alferillo)

Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Primera, 27/abril/2005, autos N° 18015 “Banco de San Juan S. A. c/ Liñan Gutierrez, Miguel y otros – Cobro de pesos –

Sumario”, L. de S. T° 90 F° 173/185.

3.2.3. El plazo de prescripción de la acción estimatoria en una relación de consumo es el fijado por la Ley 24.240.

El plazo de prescripción invocado por la demandada es improcedente siendo de aplicación para esta hipótesis de trabajo el contenido normativo del art. 50 de la ley 24.240 que en su texto original vigente al momento de perfeccionarse en contrato establecía que “las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres años”. En nuevo contenido del artículo de mención dado por la ley 26.361 (B.O. 7/4/2008) el mismo no es modificado en su esencia pero sí precisa su alcance e interpretación favorable al consumidor.

Como se colige la sentencia de la Primera Instancia no ha formulado correctamente el encuadre normativo del caso, a pesar de emitir pronunciamiento en favor de la pretensión del actor, al omitir tener en cuenta las normativa de la ley 24.240 de Defensa de los Derechos de los Consumidores y, de suyo, aplicar correctamente el plazo de prescripción de las acciones derivadas de un acto de consumo.

A partir de fijar el plazo de prescripción para la acción intentada en tres años, resulta evidente que toda la estructura argumental del recurrente queda sin sustento jurídico. Sin perjuicio de ello, y atendiendo que el demandado planteó la prescripción de la pretensión de la actora, se debe verificar si la misma fue planteada en tiempo. En ese sentido, la actora no es precisa en la descripción de los hechos y deja como referencia temporal que las deficiencias se fueron haciendo evidentes un poco tiempo después de comenzar su habitar en la casa (mayo de 1998) y hasta el mes de febrero de 2001 donde queda en plena evidencia con las lluvias producidas en ese mes. Es decir, a esta última fecha ya tenía conocimiento de todas las deficiencias de la casa.

En otras palabras, hay coincidencia en la posición de las partes de que a febrero de 2001 la actora ya tenía conocimiento de la existencia de los vicios que reclama su reparación. Si se

tiene en cuenta esa fecha, va de suyo, que la acción no se encontraría prescrita a la época de iniciación de los reclamos.

Además de ello se debe tener en cuenta que la actora argumenta que en forma conjunta con sus vecinos realizaron un reclamo por los defectos y que ello quedó documentado en un acta acuerdo fechada el 22 de marzo de 2001 que se adjunta como prueba, la cual no fue cuestionada por la accionada en su validez ni alcance. Esta reclamación, sin duda, constituye una interrupción del plazo de prescripción por el reconocimiento (art. 3989 C.C.) que la demandada realiza en ella de que existe el vicio en la construcción de la vivienda allí denunciados, a partir de lo cual se debe computar nuevamente el plazo.

Por otra parte se debe tener en cuenta que un detalle anormal en la estructura de la vivienda puede significar para un experto en el arte de construir (ingenieros, arquitectos, etc.) una manifestación de un vicio oculto en la misma, pero ello no es igual para una persona común, inexperta en ese arte, la cual puede necesitar manifestaciones mas evidentes de los defectos o el apoyo de un experto. Es por eso que la Ley de Defensa de los Consumidores, da un tratamiento favorable, *in dubio pro*, a los consumidores.

En función de las razones expuestas propongo al tribunal que se desestime el agravio relacionado con la excepción de prescripción interpuesta por la parte demandada.

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 7/julio/2009, autos N° 20.008 "Atencio Pizarro, Martha Rosa C/ Construir S.A. - Acción Estimatoria - Sumario", L. de S. T° 104, F° 139/149.

3.2.4. El pago (descuento) del crédito por planilla pactado no debe ser modificado por el acreedor unilateralmente.

A partir de que se ha reconocido que al demandado se le efectuaban descuentos de su sueldo cuya suma era percibida por la parte actora, no cabe lugar a hesitación de que existió un acuerdo mediante el cual se podía válidamente realizar ese tipo de descuento.

A partir de ello, aplicando los mandatos normativos de la Ley de Defensa del Consumidor donde se regla que en caso de duda se deberá estar en favor de los derechos del consumidor, la carga probatoria de que podía legalmente, si abuso de derecho, modificar el modo de percibir las cuotas, su variabilidad, el modo de hacer la imputación de las sumas percibidas es a cargo del actor y, por cierto su derecho a percibir el saldo pendiente.

En función de ello la actora no ha acreditado su pleno derecho a percibir la suma que intenta ejecutar, por lo cual debe ser desestimada la demanda ejecutiva. (voto Alferillo – Minoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera; 19/octubre/2006, autos n° 18.704 “Banco de San Juan S.A. C/ Gordillo, Olga Nelly y otro - Prepara vía ejecutiva”, l. de a. t° 147, f° 88/94.

Se verifica que el argumento defensivo esgrimido por el demandado de que no se encontraría en mora porque no es su culpa que el propio banco no haya realizado los descuentos por las sumas mensuales cuando se encontraba autorizado para ello, tiene asidero documental.

En efecto, a fs. 5 se lee que se trata de la implementación de un convenio con la Administración Pública al punto de que luego de denunciar sus datos personales, se detalla la situación laboral dentro del Gobierno de San Juan, como asesor técnico en la Secretaría de Hacienda con un sueldo de \$ 1.230. Asimismo, se verifica la existencia de un cartel destacado que dice “Administración pública”.

En la letra chica de fs. 6 vta., se lee con dificultad cómo debe hacerse el pago (VII) y especialmente, (VIII) la posibilidad de que se realice por medio de débitos el cobro del crédito. Ello queda corroborado en la solicitud de préstamo personal donde expresamente a fs. 12 se autoriza el descuento sobre haberes, razón por la cual, en una interpretación armónica e integral la parte actora no puede invocar la mora automática sino que debió acreditar para que sea procedente la ejecución por el saldo impago que le resultó imposible realizar el descuento automático de los haberes del empleado público.

Va de suyo, que la posición de la actora implica una situación de abuso contra un consumidor del servicio bancario. (voto Alferillo, minoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 18/setiembre/2008, autos N° 19570 “Banco de San Juan S.A. c/ Gallardo, Enrique Alberto – Prepara vía Ejecutiva”, L. de A. T° 160, F° 34/50

3.2.5. Es improcedente el de plus para expender combustibles en las estaciones de servicios de combustibles.

Tal como sostiene el Dr. Rusconi, desde el punto de vista de la naturaleza del sustrato fáctico y sus implicancias jurídicas, nos encontramos ante la comercialización de un bien de consumo – combustible – cuya oferta y comercialización queda alcanzado por los preceptos de Ley 24.240 y sus normas complementarias (conf. arts. 1, 2, 7, 8 y ccs. Ley 24.240).

Afirma el citado Juez que en virtud de ello, quienes desarrollen esa actividad se encuentran obligados al cumplimiento de las obligaciones que en carácter de “proveedores” (art. 2, Ley 24.240) les impone la Ley de Defensa del Consumidor; y en contraste, los destinatarios, reales o potenciales, de ese “bien de consumo”, detentan el amparo legal propio de la normativa protectora. (Ver resolución en Expte. DC N°207, Juzgado de Faltas N°2 - Juzgado de Defensa del Consumidor- s/ Medida Preventiva - Servicio de Playa).

A ello añadimos que la sanción de la ley 24240 ha significado la consagración de un sistema de normas imperativas que tiende a dar protección y defender al consumidor, partiendo de la presunción de que éste constituye la parte débil de los contratos de consumo, y en la referida norma -como señala el Dr. Peyrano- existe un claro emplazamiento privilegiado del consumidor y del usuario en el proceso destinado a tutelar sus derechos (Ver. Peyrano, Jorge W.; “Soluciones Procesales”, ed. Juris, Sta. Fe, 1995, pag. 210). (voto Pagés Lloveras)

Cuarto Juzgado Civil, Comercial y Minería de San Juan, 4/julio/2007, autos N°97.480: “Defensor del Pueblo de la

Prov. de San Juan c/ Cámara de Exp. de Combustibles y Afines s/ Amparo”

El adicional por “Servicio de Playa”, “Adicional por Comercialización”, o “Servicio de Comercialización”, constituye un “sobreprecio” aplicado al valor de venta al público, que no incorpora ningún valor adicional al producto comercializado, ni a los servicios prestados, y solo se justifica su cobro con el fin - *en principio legítimo*- de cerrar la ecuación económica-comercial de la empresa.

Pero si el sistema de comercialización de combustible adoptado por las empresas accionadas -según ellas mismas informan- es el sistema de consignación, que implica que el precio para la venta de combustible es el establecido por el comitente (Repsol YPF u otra empresa) y ello es aceptado voluntariamente por las mismas, permitir que luego se establezca un adicional para justificar un sobreprecio respecto del que se obligaron voluntariamente a respetar, constituye -en mi opinión- una práctica abusiva en perjuicio del consumidor. (voto Pagés Lloveras)

Cuarto Juzgado Civil, Comercial y Minería de San Juan, 4/julio/2007, autos N*97.480: “Defensor del Pueblo de la Prov. de San Juan c/ Cámara de Exp. de Combustibles y Afines s/ Amparo”

El cobro del “Servicio de Playa”, “Adicional por Comercialización”, o “Servicio de Comercialización”, indicado en el interior de la estación implica una clara violación del derecho de información del consumidor, a quien no se deberá inducir a error, engaño o confusión respecto del precio del combustible ofertado, en razón de que no se cumple cabalmente con el artículo 4º de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, que entre otras cosas señala que el prestador de un servicio debe suministrar a los usuarios y consumidores, en forma cierta y objetiva, información veraz. Si se cobra un sobreprecio en el combustible se debe informar eso y no otra cosa.

En este aspecto la Ley 24.240, en la norma citada, asegura que al consumidor se le tiene que indicar *datos reales* antes de adquirir un bien o contratar un servicio a fin de que pueda

tomar, con prudencia y responsabilidad, una correcta decisión, pues el deber de información deviene en instrumento de tutela del consentimiento en tanto otorga al consumidor la posibilidad de reflexionar adecuadamente al momento de celebrar el contrato.

El precepto legal contenido en el art. 4° de la ley determina claramente las condiciones que deberá reunir la información, al exigirle al empresario que aquella reúna los caracteres de “veracidad, eficacia y suficiencia”, y el denominado adicional por “Servicio de Playa”, “Adicional por Comercialización”, o “Servicio de Comercialización” no lo constituye, pues -reitero- las accionadas ahora informan que ese adicional realmente constituye un sobreprecio en el combustible.

Es más, el consumidor tiene derecho a una “protección de intereses económicos” (Ver. Lorenzetti, R. L.; “Consumidores”, ed. Rubinzal-Culzoni, 1ª ed., Sta. Fe, 2003, págs. 125/126) reconocido en el art. 42 de la Const. Nacional, y por esta razón -indica Lorenzetti- numerosas leyes traen una regulación con este título, en la que se incluyen normas, generalmente prohibitivas, que se vinculan con la publicidad, productos, omisión de información, ocultamiento, control de la tasa de interés. (voto Pagés Lloveras)

Cuarto Juzgado Civil, Comercial y Minería de San Juan, 4/julio/2007, autos N°97.480: “Defensor del Pueblo de la Prov. de San Juan c/ Cámara de Exp. de Combustibles y Afines s/ Amparo”

El hecho de que en las bocas de expendio de las estaciones de servicio que comercializan combustibles se cobre un plus, sea como adicional al precio o incluido en él, de última, solo podría afectar patrimonialmente -y no de otra manera- a quienes acuden a la playa a recargar sus tanques. No roza siquiera los derechos de quienes optan por otro expendedor que no cobra ese sobreprecio denominado “Servicio de Playa”, “Adicional por Comercialización” o “Plus por Comercialización”. Necesariamente estamos hablando, frente a la hipótesis, de derechos singulares o particulares, no de “derechos colectivos” o de “incidencia colectiva”. El amparo del párrafo segundo del art. 43

de la Const. Nac., reconoce legitimación activa “*el afectado*”, “*el defensor del pueblo*” y “*las asociaciones que propendan a esos fines*”. (voto Ferreira Bustos – Minoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. Tº 97, Fº 1/32

No se advierte que haya arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, pues la conducta asumida por los expendedores de combustibles, está dada conforme a derecho. En efecto el Decreto del PEN N° 1212/89, relativo a Hidrocarburos, establece en su artículo 9 la libertad de precios: “Finalizado el período de transición, los precios del petróleo serán libremente pactados.

También quedarán liberados los precios de todos los productos derivados del petróleo, en todas sus etapas”. La norma está vigente, de modo tal que los actos cuestionados gozan de legalidad y por ende distan mucho de ser arbitrarios. Naturalmente también lo está el artículo 17 que dispone: “La persona jurídica o física propietaria de la marca identificatoria de la boca de expendio, será la única responsable de la especificación, calidad y cantidad de los productos y que los mismos se ajusten a lo anunciado o prometido. La verificación y contralor será competencia de todos los organismos que ejercen atribuciones en materia de lealtad comercial y de la Secretaría de Energía”. Asimismo cabe recordar que en los considerandos del Decreto del PEN está comprendida esta motivación: “Que, como parte de la desregulación, es adecuado que los precios de los hidrocarburos y sus derivados de origen nacional, reflejen los precios internacionales”. (voto Ferreira Bustos - Minoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. Tº 97, Fº 1/32

En modo alguno está cuestionándose en el presente la libertad que tienen las Estaciones de Servicio de fijar el precio de los productos que ofrecen, entre ellos el de las naftas en sus distintas variedades; ni el de elegir y optar por una determina-

da modalidad o estrategia de comercialización; ni el derecho de cubrir, a través del precio de venta, los costos propios de la empresa, y la expectativa de recupero o mejora de rentabilidad.

Sin embargo dicha libertad, incuestionable a tenor de lo previsto en el Dec. 1212-89 P.E.N., lejos está de constituir el derecho a sustraer la actividad a la regulación específica contenida en la ley 24.240, que en modo alguno puede soslayarse.

Las estaciones de servicio, como ofertantes de un producto a un público indeterminado, deben sujetar la oferta a las pautas que fija la ley, y en ese orden no quedan dudas que deben cumplir con lo previsto por el art. 4º de la norma legal citada que impone suministrar “en forma cierta y objetiva”, información, que debe ser “veraz, detallada, eficaz y suficiente”; y continúa la norma aludiendo qué información se debe suministrar y nos dice “sobre las características esenciales de los mismos”; esto es, sobre las que correspondan a los productos y servicios que se comercializan. (voto Riveros – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. Tº 97, Fº 1/32

Desde ya que el concepto “Comercialización” - por su generalidad - poco puede mostrar las “características esenciales del servicio”; otro tanto puede decirse del texto “servicio de playa”, de donde estos anuncios no cumplen con la obligación de mostrar las características esenciales del producto que se cobra.

Tratándose de una empresa comercial, si se fija un plus en el costo final de un producto, que no ha modificado la calidad, ni el servicio es mejor, debe indicar qué se está pagando, así lo impone también el art. 10 inc. “a” de la ley ya citada que requiere “la descripción y especificación de la cosa”. La mención de un costo adicional por “comercialización” o “servicio de playa”, nada precisan, ni indican. Por el contrario está induciendo a confusión o error en el consumidor quien, si paga algo diferente, o que responde a un “concepto” distinto, tiene la razonable expectativa de obtener una cosa o servicio diferente. (voto Riveros – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. T° 97, F° 1/32

Hay un déficit en la información, que constituye un acto ilegal, que agravia la ley del consumidor y por ende debe cesar, pues está induciendo a error al consumidor, que no sabe qué está pagando. Se contraviene el art. 4 de la ley 24.240. Y esa infracción no deja de ser tal por el hecho que otras estaciones de servicio no actúen de igual manera, o no cobren ese plus; aun cuando éstas hayan incluido los mayores costos en el precio del combustibles; y pueda el consumidor pagar en definitiva más caro por el producto.

Dicha infracción, como bien dice la accionada daría lugar a la aplicación de multas o clausura según lo dispuesto por la ley. Pero esa solución no obsta que, frente al incumplimiento, que bien ha resumido el juez a-quo cuando dijo en su fallo que “Si se cobra un sobreprecio en el combustible se debe informar eso y no otra cosa.”, se disponga el cese del cobro por algo que, al público que va a afrontar el costo, no se le haya explicado. (voto Riveros – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. T° 97, F° 1/32

En el presente se está invocando otra clase de derechos, los cuales encuentran andamiaje constitucional para su protección especial por esta vía excepcional, en el segundo párrafo del art. 43, donde expresamente se establece que “podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines...”. Este apartado se vincula con el contenido de los arts. 41 y 42 Const. Nac. que son los nuevos derechos y garantías introducidos por la última reforma.

Rápidamente se colige que los requisitos y exigencias procesales en el amparo colectivo son diferentes al individual, donde la arbitrariedad o ilegalidad de la autoridad pública o de particulares resulta acotada a un sujeto determinado, con lo cual se puede peticionar precisión en el informe y en la prueba.

En cambio, en el proceso de amparo colectivo resulta de vital importancia conocer cuál es el derecho general o interés colectivo que se denuncia vulnerado, dado que la jurisdicción debe flexibilizar su procedimiento y entendimiento para llegar al pleno conocimiento de la problemática social planteada y así dictar la medida correctora. (voto Alferillo – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. T° 97, F° 1/32

La jurisdicción debe dejar de lado los antiguos corset que restringen su actuar en los procesos de amparo individuales, así como flexibilizar la hermenéutica cuando analiza los requisitos de procedencia, adecuando su razonamiento a las exigencias actuales de justicia que trazan las particularidades de los denominados derechos de la postmodernidad cuando son vulnerados, como es en el presente caso, de los derechos de los consumidores. (voto Alferillo – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. T° 97, F° 1/32

En otro orden, cabe resaltar el primero de los componentes que se encuentran íntimamente vinculados en el tanden “precio sincero - información al usuario”.

En efecto, analizando detenidamente el contenido del denominado “servicio de playa”, advertimos los siguientes detalles:

1. El expendio de combustibles a los particulares por parte de las Estaciones de Servicio es una actividad de alto riesgo para la seguridad social, razón por la cual están reguladas especialmente.

2. Para comercializar combustibles líquidos para automotores se necesitan varios tipos de autorizaciones:

a) Las nacionales, como es por ejemplo la Resolución Secretaría de Energía N° 79/1999 donde se establecen los requisitos para instalar y registrarse como boca de expendio de combustibles líquidos. Además de ello, cabe resaltar que existe un registro de contratos entre las Compañías Proveedoras de Combustibles Líquidos y Empresarios Operadores de Boca de Expendio de Combustibles creado por la Resolución 25/2000.

Esta regulación implica que existe libertad para instalarse como expendedor de combustibles pero, su actividad está suficientemente regulada por razones de seguridad y porque se comercializa un producto estratégico para el país.

b) Además de las autorizaciones nacionales, deben cumplirse las exigencias provinciales y municipales para instalar una boca de expendio de combustibles.

c) De retorno a las exigencias nacionales cabe destacar que el art. 5 de la Resolución N° 404/1994 de la Secretaría de Energía de la Nación ha previsto expresamente que *“Las empresas expendedoras de combustibles en todo el país a que alude el Artículo 16 del Decreto N° 1212 de fecha 8 de noviembre de 1989, así como todos los depósitos de combustibles a que hace referencia el Artículo 1° de la Resolución Subsecretaría de Combustibles N° 6 de fecha 13 de marzo de 1991 (Anexo B), deberán contar con un servicio de auditoría externo de seguridad, otorgado por uno de los Profesional Independiente o Empresas Auditoras de Seguridad habilitados por esta Secretaría, que acredite el cumplimiento de las normas establecidas en la presente resolución, y las establecidas en el Decreto N° 2407 del 15 de setiembre de 1983, en lo que se refiere a las instalaciones de superficie vinculadas a los Sistemas de Almacenaje subterráneo de Hidrocarburos (SASH).*

Las empresas de bandera elaboradoras de combustibles, y las empresas comercializadoras de combustibles en general o particular, inscriptas como tales ante esta secretaría incluidos los importadores y eventuales revendedores de combustibles se abstendrán de abastecer de estos productos, cualquiera sea

su origen, a toda boca de expendio que a las fechas indicadas no hubieren dado cumplimiento con las obligaciones establecidas en el Anexo II de la presente Resolución, de acuerdo a lo establecido en el decreto N° 2407 de fecha 15 de setiembre de 1983, Capítulo XII, informando esta situación a la Dirección Nacional de Combustibles...”.

La trascripción de la presente norma tiene la intención de hacer notar la tremenda importancia que tiene el control de la seguridad en el almacenamiento del combustible a punto de regular la especialización de auditorías externas.

d) De igual modo la seguridad para el suministro de combustibles a los usuarios se encuentra reglada en el Decreto N° 2.407 del 15/9/83, donde en el Capítulo VI expresamente se establece que *“11. La provisión de combustible deberá realizarse con el circuito de ignición del vehículo interrumpido, debiendo además detener el funcionamiento del calefactor o cualquier otro elemento eléctrico.*

11.1. Se prohíbe la existencia de fuego abierto o artefacto que pudiere provocar ignición de vapor inflamable en zona de playa que se utilizare para abastecer combustible.

En estos lugares estará perfectamente indicada la prohibición de fumar.

11.2. Durante el expendio deberá prestarse atención para evitar el desbordamiento del tanque.

11.3. Una vez terminado el suministro de combustible se repondrá la tapa del tanque y se colgará la manguera en su lugar, cuidando no quede enganchada en algún saliente del vehículo. Recién entonces se estará en condiciones de poner en marcha el motor. Queda terminantemente prohibido el manejo de los surtidores por parte de personal ajeno a la dotación perteneciente a la estación de servicio y demás bocas de expendio, siendo responsable el expendedor del cumplimiento de esta disposición. En caso de implantarse el sistema de autoser-vicio, la Secretaría de Energía queda facultada para autorizar las excepciones correspondientes a la presente norma.

11.4. En los automotores que posean boca de carga a tan-que en la cabina del conductor o de pasajeros, antes de proce-

der al suministro de combustible y en previsión de cualquier emergencia, deberá hacerse descender a sus ocupantes.

11.5. Al abastecer tanques de motocicletas y/o motonetas no deberá permitirse la presencia de personas sobre dichos vehículos. El llenado deberá realizarse despacio, a fin de evitar derrames que pudieran inflamarse.

11.6. Las cargas de combustibles a granel sólo se podrán realizar en recipientes indeformables, metálicos o de material plástico, provistos de cierre hermético. Dichas cargas deberán realizarse mediante un caño prolongador del pico de manguera, que permita la descarga del combustible sobre el fondo del recipiente.

12. El derrame provocado por suministro de combustible deberá ser eliminado antes de poner en marcha el automotor. Cuando el derrame fuere extenso se deberá empujar el vehículo lo suficiente como para dejar al descubierto la zona afectada y luego se procederá a cubrirla con material absorbente sólido, mineral o sintético apropiado, el que deberá ser barrido inmediatamente.

13. Si por reparación o limpieza de un vehículo fuere necesario desconectar y vaciar la cañería, carburador, tanque de combustible, etc., siempre se deberá realizar esta operación en lugar aireado y alejado de posible fuente de ignición, a no menos de diez (10) metros de cualquier surtidor y nunca sobre el foso de engrase.

14. Se prohíbe expresamente tener en estación de servicio o boca de expendio recipientes abiertos conteniendo nafta u otro inflamable...". (voto Alferillo – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. T° 97, F° 1/32

De la reglamentación antes expuesta para la comercialización de combustibles líquidos por parte de las bocas de expendio que coloquialmente denominamos “estaciones de servicios”, se coligen las siguientes consecuencias:

a) Que los combustibles líquidos (naftas, gas oil etc.) no

pueden ser comercializados en cualquier lugar o de cualquier modo.

b) Por el contrario, resulta ineludible para la empresa que pretenda comercializar combustible a los usuarios, que construya las respectivas instalaciones respetando las medidas de seguridad establecidas en la pormenorizada reglamentación.

c) Ello implica que la transferencia de la propiedad de los combustibles de la empresa comercializadora (Estación de Servicio) a los usuarios debe hacerse, ineludiblemente, del modo establecido por la reglamentación. O sea, dentro de la playa de expendio de esas empresas y con las prevenciones preestablecidas.

d) Es decir, el “servicio de playa” argumentado por los expendedores no es un servicio autónomo que brindan a los consumidores de combustibles sino que es el único modo o procedimiento operativo que tienen para transferir la propiedad de los mismos a los compradores, por lo cual no pueden cobrarlo en forma independiente.

e) Va de suyo, que otros servicios que no están vinculados con la transferencia de la propiedad de los combustibles como son por ejemplo, limpieza de vidrios, control de agua, aceite, calibrar la presión de las ruedas, etc. sí tienen autonomía pero no son obligatorios y podrían ser cobrados en forma separada. Pero, de modo alguno para vender las naftas pueden cobrar suma alguna o plus separado del precio del combustible, puesto que no es un servicio extra que prestan sino el método de comercialización reglamentario y único para expender los combustibles a los usuarios.

Es por ello que se llega a la conclusión que el plus por “servicio de playa” además de contradecir toda la reglamentación para la comercialización de los combustibles, resulta un precio no sincero que no se informa adecuadamente a los usuarios, existiendo el deber de hacerlo, con la incorporación de una suma extra por un servicio que no tiene autonomía para ser cobrado, para encubrir una suba real en el precio del producto que comercializa. (voto Alferillo – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles”

tibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. T° 97, F° 1/32

Con relación al deber de informar, en autos N° 16.891 caratulados “Energía San Juan c/ E.P.R.E. Club Amancay - Contencioso administrativo - Sumario”, 9/12/2002, L. de S. T° 83 F° 179/197, se recordó que la Ley Nacional N° 24.240 (B.O. 26/IV/1993) titulada de “Defensa del consumidor” reglamentaria del art. 42 de la Constitución Nacional, estatúa, en términos generales, en el art. 4 que “quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”. Como se puede colegir esta ley exige conductas activas a las empresas que presten servicio en punto a brindar información a sus usuarios sobre las características del servicio.

Con relación al deber de informar, Ossola-Vallespino, en el libro *“La obligación de informar”* (Advocatus - Córdoba - 2001) explican en términos generales ilustrando la temática (pág. 109) que *“los deberes, relaciones jurídicas obligatorias o cargas de informar son los que existen en cabeza de todas las partes durante la totalidad del iter contractual. Su fundamento es la buena fe. Su objeto es comunicar debidamente determinada la información que la otra parte desconoce, en algunos casos asesorando, aconsejando o advirtiendo. Su cumplimiento, según el caso, es presupuesto necesario para la debida formación del consentimiento y del contrato, y una completa consecución de los fines que llevaron a las partes a contratar...”*.

Por otra parte, no resulta argumento válido sostener que los usuarios pueden ir a otras estaciones para descartar agravio a los consumidores. Ello no es cierto dado que a partir de la modificación introducida a la Constitución Nacional no hay lugar para dudar que todos los ciudadanos como consumidores protegidos (art. 43 C.N., 24240 (B.O. 15/10/1993), Ley 7714 (B.O. 8/9/2006) tienen derecho a adquirir sus bienes y servicios en todos y cada uno de los lugares donde se comercialicen con un

precio justo, el cual debe ser debidamente informado por el comerciante. (voto Alferillo – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. Tº 97, Fº 1/32

Las plantas expendedoras de combustibles que pretendían cobrar un plus por el “servicio de playa”, no sólo han transgredido los derechos que algunas personas tenían como consumidores del producto, sino que por ser una pretensión de cobrar el mismo a personas indeterminadas afecta los derechos de toda la comunidad, que a través de sus representantes estableció el modo en que debían comercializar ese producto. (voto Alferillo – por sus fundamentos mayoría)

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 8/agosto/2007, “Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Expendedores de Combustibles y afines y otros s/ Amparo (IIICpo)”, L. de S. Tº 97, Fº 1/32

3.2.6. La emisión de las tarjetas de crédito bajo el régimen Ley 25.065 es una cuestión de orden público.

A partir de esta conceptualización de orden público no queda lugar a duda que es de interés social que las relaciones por operatorias de Tarjetas de Créditos celebradas con anterioridad a su publicación queden sujetas a la ley 25.065 como lo dice su art. 3.

En autos N° 18.890 “Provincia de San Juan c/ López, Eladio Julio y otros - ejecutivo” (L. de A. Tº 149 Fº 135/142, 21/2/2007), el voto de la mayoría entendió que “la ley N° 25.065 es una norma de orden público, por tanto irrenunciable e inmodificable por otras que no poseen ese carácter. Tal caracterización permite aseverar que no hay derechos irrevocablemente adquiridos frente a una norma de orden público; principio que la doctrina y jurisprudencia mantienen vivo a pesar de la derogación del art. 5º del Código de Vélez Sársfield por la ley 17.711”.

Ello viene a colación para superar el escollo puesto en el art. 3 del Código Civil que regla que a los contratos en curso de

ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias. En este caso al ser de orden público, es una ley imperativa que no puede ser modificada por las partes sino en las pautas que ella misma autorice.

En otras palabras, al caso resulta aplicable el contenido de la ley N° 25.065.

La consecuencia lógica de definir como aplicable esta ley es que las partes debieron adecuar su vinculación al nuevo texto legal imperativo. Si no lo hicieren, como aconteció en este caso, el vínculo debe ser integrado e interpretado con la nueva normativa.

En función de ello, resulta aplicable al caso el art. 9 de la ley N° 25.065 en donde se establece que “la solicitud de emisión de la Tarjeta de Crédito, de sus adicionales y la firma del codeudor o fiador no generan responsabilidad para el solicitante, ni perfeccionan la relación contractual”.

Cámara Civil, Comercial y Minería San Juan, Sala Primera, 6/marzo/2009, autos N° 19.736 “Banco de San Juan S.A. c/ Minuzzi, Luis Darío y otro – Sumario – Cobro de Pesos”, L. de S. T° 163, F° 31/39

Apéndice legislativo.

Constitución Nacional Republica Argentina. 22 de agosto de 1994. Art. 42.

Constitución Provincial de San Juan. 26 de abril de 1986. Art. 69.

Ley 5.251, 28 de octubre de 1983. “Explotación de colmenares”.

Ley 6.006. 26 de octubre de 1989. “Protección de Derechos Colectivos”.

Ley 6.674. 7 de diciembre de 1995. Ley de Ministerio.

Ley 6.822. 2 de octubre de 1997. “Residencias geriátricas”.

Ley 7.082. 16 de noviembre de 2000. “Programa de Educación al consumidor”.

Ley 7.087. 30 de noviembre de 2000. “Adhesión ley N° 24.240 sobre Defensa del Consumidor”.

Ley 7.088. 30 de noviembre de 2000. “Día del consumidor y el usuario”.

Ley 7.389. 3 de julio de 2003. “Ley antiespera”.

Ley 7.447. 20 de noviembre de 2003. “Inscripción registral de la actividad de almacenamiento de datos”

Ley 7.714. 27 de julio de 2006. “Código Provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios”.

Ley 7.945. 20 de noviembre de 2008. “Obligatoriedad de provisión de caso de seguridad en la venta de motocicletas”.

Ley 8.052. 1 de octubre de 2009. “Creación del registro no llame”.

Ley 8.081. 26 de noviembre de 2009. “Obligación del gobierno de garantizar la oferta adecuada en alimentos para celíacos (Libres de TACC).

