



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera de Abogacía

Sede Regional Rosario

“El Consumidor expuesto a la luz del Código Civil y Comercial”

2017

Tutor: Dr. Rodrigo Pellejero

Alumna: Joana M. Arrébola

Título al que aspira: Abogada

Fecha de presentación: Marzo de 2017.

RESUMEN

La protección a los derechos del consumidor es el resultado de un largo proceso histórico.

Su evolución a nivel internacional se ha dado de manera constante, y podría indicarse como su punto de partida a la Revolución Industrial y la posterior expansión del comercio. Ambas permitieron el paso desde una economía rural, basada fundamentalmente en la agricultura y el comercio, a una economía de carácter urbana industrializada y mecanizada.

Esto se ha venido desarrollando paulatinamente y en ascenso a partir de la incorporación de la tecnología e internet, tanto como medio de oferta como de acceso a los productos y servicios brindados por los proveedores.

En la actualidad, no caben dudas que internet forma parte indiscutida de nuestra vida y de nuestra relación con el consumo de bienes y servicios.

Sin embargo, este crecimiento que se ha venido dando no queda exento de riesgos y numerosas situaciones engañosas y es allí donde el Estado debe otorgar protección a través de sus normas.

Es por ello que en las últimas décadas es – tanto en nuestro país como en general los países del sur de este continente – donde se observa que este derecho ha encontrado mayor desarrollo y relevancia, y esto es debido a que el Consumidor, como parte débil en los distintos tipos de relaciones de consumo, requiere de protección y la misma debe ser brindada cada vez en mayor medida.

En el presente trabajo abordaré un instituto perteneciente a la rama de los derechos de los consumidores denominado por la Doctrina como “Consumidor Expuesto”.

Este concepto surgió a partir de numerosos fallos jurisprudenciales relacionados con el Deber de Seguridad, deber que, junto a otros, deben cumplir los proveedores en miras a la protección de los consumidores.

Es a partir de allí, y sumado a una interpretación del artículo 42 de nuestra Carta Magna, que este deber de seguridad toma fuerza y da origen a esta nueva *categoría* de Consumidor.

La misma se incorpora normativamente a partir de una modificación que se le realiza a la ley 24.240 denominada: Ley de Defensa de los Consumidores (en adelante LDC)

Con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) y su modificación al artículo 1° de la LDC, dicha figura ha sido omitida en su redacción.

Es por ello que en el presente trabajo analizaré:

- Capítulo 1: “Consumidor: Nociones Generales”. Se abordarán a los fines de una amplia apreciación del concepto general, las distintas acepciones del término Consumidor, tanto lo regulado por la ley como así también las nociones surgidas por la Doctrina. Se expondrán también, los conceptos formulados por los países que componen el Mercado Común del Sur (en adelante MERCOSUR) como así los esgrimidos por Estados Unidos y Naciones Unidas.
- Capítulo 2: “Consumidor expuesto”. En este capítulo, ya habiéndose establecido las acepciones generales del instituto Consumidor, se abordará el tema de análisis comenzando con el concepto de Consumidor Expuesto contenido tanto en la norma interna nacional como la efectuada por la Doctrina.
- Capítulo 3: “Consumidor expuesto: Derecho comparado”. En este capítulo se expondrá la forma en que este instituto se halla regulado en Brasil y en Estados Unidos.
- Capítulo 4: “Consumidor Expuesto y Deber de Seguridad: Jurisprudencia”. En éste se analizará los orígenes de esta figura y por consiguiente, su estrecha vinculación con el Deber de Seguridad consagrado por las normas locales. Se analizarán los fallos que dieron origen al instituto consumidor expuesto.
- Capítulo 5: “Consumidor Expuesto: su regulación a partir del Código Civil y Comercial”. En este capítulo se expondrá la reforma del CCyC y la repercusión de la misma en el instituto de análisis, como así también las causas que motivaron a su eliminación junto con las opiniones de juristas argentinos.
- Capítulo 6: “Implicancia de su eliminación en el Derecho. Su protección legal a partir de la Reforma 26.994.”: Se analizará en este capítulo los supuestos en donde resulta válida articular esta categoría de Consumidor. Se harán, a su vez, propuestas a los fines de poder articular el amparo bajo esta figura.
- Capítulo 7: Conclusión y propuesta.

ESTADO DE LA CUESTIÓN

En materia de derecho de los consumidores cabe mencionar lo que seguramente fue el impulso a la sociedad moderna a implementar esta categoría de Derechos. Me refiero con esto al mensaje que el Presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, dirigió al Congreso de su país sobre la Defensa de los Derechos del Consumidor, el 15 de marzo de 1962, motivo por el cual en fecha 15 de marzo se celebra el día del consumidor.

En dicho discurso se transmite cómo una sociedad netamente capitalista y de alto consumo debe proteger a su propia industria a través del respeto hacia los derechos de los Consumidores y Usuarios. Con su mensaje, el objetivo a transmitir era mejorar la calidad de los productos, la eficiencia en la producción y la participación de los consumidores en la sociedad de consumo y, a su vez, donde el poder ejecutivo debiese actuar en resguardo de los mismos, ya que el consumidor conforma el grupo más grande del sistema económico.

Lo cierto es que el Código Civil –velezano- lógicamente por la época de su sanción, no regulaba los derechos de los consumidores y usuarios como sujetos de derecho.

Como antecedentes encontramos en nuestro país, por un lado las Directrices para la Protección de los Consumidores en el ámbito internacional, del año 1985¹ y al siguiente año, en 1986, la presentación en el Senado del primer proyecto sobre la cuestión, que fue aprobado con amplio consenso luego de numerosas consultas y valiosos aportes de Senadores de diferentes bloques durante el debate.

Finalmente este primer proyecto no fue tratado por la Cámara de Diputados, por lo que perdió estado parlamentario.

En 1988 fue nuevamente presentado, siendo aprobado en esa oportunidad prácticamente por unanimidad.

En 1993, nuestro Congreso sanciona la ley 24.240: Ley de defensa del Consumidores, la cual tiene por objeto la defensa y protección de los derechos de los Consumidores y Usuarios.

A su vez, nuestro país reguló el derecho al consumo dándole raigambre constitucional a partir del año 1994, incorporando el artículo 42 a la Constitución Nacional en donde “*se garantiza a los consumidores y usuarios de bienes y servicios el derecho, en la relación*

¹Las Directrices fueron adoptadas por la ONU en 1985. Éstas le otorgan una importante legitimidad a los principios de los derechos del consumidor y sirven asimismo como guía para el desarrollo de legislaciones nacionales de protección al consumidor. Fueron aprobadas por la Asamblea General en su Resolución N° 39/248, de 16 de abril de 1985, ampliadas posteriormente por el Consejo Económico y Social en su Resolución N° 1999/7, de 26 de julio de 1999, y revisadas y aprobadas por la Asamblea General en su Resolución N° 70/186, de 22 de diciembre de 2015.

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 se puede ver, nuestra Carta Magna opta por utilizar la expresión “relación de consumo” en lugar de “contrato de consumo”, esto es así, siguiendo al Dr. Farina², porque su fin era referirse a todas las circunstancias que rodean, refieren o constituyen antecedente o son consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios y no solo al contrato.

La ley 24.240 sufrió diversas modificaciones. Si bien no es objeto de este trabajo realizar un análisis exhaustivo de las mismas, considero pertinente hacer mención y una breve reseña de cada una de las reformas ya que es mediante las mismas que hoy contamos con una norma que defiende tan acabadamente nuestro derecho como consumidores.

La primera de ellas tuvo lugar en el año 1995, mediante la Ley 24.568 que reformaba el artículo 31 de la LDC. La reforma estaba destinada a la facturación de servicios públicos domiciliarios.

La segunda modificación fue a través de la Ley 24.787, en 1997, que modificó el artículo 8, que contenía los datos que el oferente debía brindar en caso de que se trate de compras por correo, teléfono o catálogos. Agregó el artículo el 10 bis que prescribe la posibilidad de elección que puede hacer el consumidor en caso de incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor; además, agrega un párrafo al artículo 25 e incorpora el 30 bis. En ambos hace nacer obligaciones para las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios.

Siguiendo la cronología, en 1998, se sanciona Ley 24.999 que modifica en el artículo 11 donde trata sobre la garantía de las cosas muebles no consumibles. A su vez, incorpora el artículo 13 sobre la responsabilidad solidaria. También sustituye el artículo 14 referido al certificado de garantía e incorpora el artículo 40 que trata sobre la responsabilidad por daños.

Ya en 2008, se produce otra modificación a la ley 24.240, a través de la Ley 26.361. Esta Ley fue sancionada en Marzo de ese año y contenía varias modificaciones. Entre esas modificaciones se halla la incorporación, en la categoría de consumidor, a aquél que adquiere o utiliza bienes o servicios de *modo gratuito*. De esta forma, quedaban y quedan entonces, comprendidas directamente dentro del ámbito de la ley las

² Abogado (Universidad Nacional del Litoral, 1949), Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional del Litoral, 1957).

denominadas muestras gratis, la provisión de servicios sin costo con fines experimentales o publicitarios, y en fin, toda contratación gratuita; así como también todos aquellos accesorios gratuitos a una relación de consumo, tales como el servicio de playa de estacionamiento en supermercados y centros comerciales.³ Entre otras modificaciones se encuentra la definición de *Proveedor*, la obligación de *información* a cargo de él, el *trato digno y prácticas abusivas*, el contenido del *documento de venta*. También se incorpora el artículo 10 ter donde se regula los *modos de rescisión* y la expresión *relación de consumo*; pero lo más significativo para el fin de este trabajo es que a partir de esta reforma es que se incorpora la figura del “consumidor expuesto” en su art. 1º.

Resulta como consecuencia que un sujeto puede constituirse en consumidor dentro de los distintos supuestos:

- como adquirente de bienes y servicio con un destino final, sea a título gratuito u oneroso (consumidor en sentido estricto),
- como quien utiliza bienes o servicios con un destino final sin ser parte de una relación de consumo (usuario),
- el sucesor particular en los derechos adquiridos por el consumidor originario.
- Los sujetos expuestos a una relación de consumo. (consumidor expuesto o “bystander⁴”)

En conclusión, en un primer momento y antes de la sanción de las mencionadas leyes, no estaba legislada la protección al consumidor y debían buscarse en las disposiciones del Código Civil las soluciones en su beneficio sea el consumidor propiamente dicho o cualquiera de los supuestos equiparables a él.

Debates doctrinarios acompañados por fallos jurisprudenciales, fueron la base para el desarrollo de una ley que proteja a los consumidores y usuarios argentinos, naciendo así la Ley de defensa del Consumidor en la Argentina, que a raíz de múltiples reformas culmina, con la recepción del *bystander* en el art. 1º en el año 2008.

³Prof. Dr. Roberto Vázquez Ferreyra. Abogado y ex Juez en lo Civil y Comercial. Ex asesor en la Comisión de Derecho del Consumidor de la HCDN.

⁴ Así denominado en el Derecho Anglosajón.

MARCO TEÓRICO

Para el desarrollo del siguiente trabajo se considera necesario conceptualizar determinados institutos jurídicos para establecer una base de la cuestión a tratar.

Primeramente corresponde definir a quiénes otorga protección la LDC, es decir, qué se entiende por consumidor y qué por usuario.

El consumidor es aquel que adquiere servicios (que se consumen, extinguen, por su mero uso); y bienes o cosas que pueden o no ser consumibles.

El usuario es aquel que usa el servicio que no se agota ni consume por su uso, sino que se renueva, ó también el que usa bienes que no le pertenecen.⁵

El diccionario de la real academia española define al consumidor como el que consume, y consumir significa destruir, extinguir. Utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos⁶.

La actual LDC, en su artículo 1º, conceptualiza al consumidor *“como a la persona física -humana- o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”*

Asimismo, en su segundo párrafo agrega que *“queda equiparado al consumidor quien sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”*

Idéntica redacción se incorpora en el artículo 1092 del CCyC en el Capítulo III denominado Contratos de Consumo.

La doctrina ha conceptualizado al consumidor en sentido estricto -primer párrafo del artículo 1º de la mencionada Ley- 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; y -en el segundo párrafo- al consumidor indirecto, también llamado usuario, no contratante, consumidor fáctico ó beneficiario de la relación de consumo, equiparado a quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente.

Para el Dr. Sergio Barocelli⁷ son consumidores indirectos aquellos beneficiarios de contratos a favor de terceros, como en la hipótesis de extensión de tarjeta de crédito y

⁵ Lowenrosen, Flavio. “Derecho del consumidor”, Tomo II, Editorial Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2008, Pág. 85.

⁶ Diccionario de la lengua española, 22ª edición. Disponible en: www.rae.es

usuarios de medicina prepaga, que comprenden al grupo familiar del titular; beneficiarios de un seguro de riesgo de trabajo o seguros de vida obligatorios. Éstos no son quienes adquirieron directamente el bien o el servicio, pero al formar parte del círculo final del contratante, se los equipara a él.

La LDC, con la reforma del año 2008 y antes de la reforma del Código Civil y Comercial, también definía al consumidor expuesto en su artículo 1°. La misma rezaba que se considerará consumidor o usuario “*a quien de cualquier manera este expuesto a una relación de consumo.*” Es decir, que será aquel sujeto que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores sufre, o está en peligro de sufrir, un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios (o consumidor equiparado). Comprende tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado -destinatarios de acciones desplegadas en el mercado por los proveedores tendientes a la realización de una relación de consumo- como a los sujetos expuestos a los defectos de seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor -ya sean víctimas efectivas o potenciales pero ajenas a la relación de consumo-. En definitiva, incluía a todo aquel que se hallaba expuesto a una relación de consumo.⁸

Cuando se hace referencia al *concepto económico de consumidor*, se está hablando respecto del destinatario final del producto o servicio, elemento indispensable para la calificación de una persona física o jurídica como sujeto de la relación de consumo. Esta interpretación es considerada por la doctrina mayoritaria como una definición de orden finalista, en la medida que restringe la figura del consumidor a aquel que adquiere el producto para su uso propio y de su familia.

La actual ley 24240 también define al Proveedor en su artículo 2, “*como a la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de*

⁷ Barocelli, Sergio Sebastián. Abogado. Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Secretario general de la Asociación Civil para la Defensa de Consumidores y Usuarios por la Educación, el Consumo Sustentable y la Información (ONG).

⁸ Barocelli, Sergio Sebastián. “Los sujetos expuestos a una relación de consumo”. Revista "Doctrina Judicial". Editorial La Ley, Buenos Aires, DJ 11/05/2011, 1.

bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y 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.”

La relación de consumo, según lo establece el artículo 3 de la Ley 24.240, y el artículo 1092 del Código Civil y Comercial, *“es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Agrega el artículo 3 que “Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en la presente ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.”*

El contrato de consumo es una de las causas de dicha relación.

La Doctrina ha definido a la relación de consumo como el vínculo jurídico de fuente legal que liga al proveedor de bienes o servicios con el consumidor que los adquiere o utiliza como destinatario final, así como con todos aquellos que se ven afectados por sus consecuencias o, en general, por la actividad de los proveedores. La relación de consumo -como toda relación jurídica- consta, en virtud del vínculo que la configura, al menos a dos sujetos o partes; en este sentido, un esquema mínimo de la relación de consumo, deberá admitir un vínculo entre, al menos, dos polos, a saber, un proveedor, por un lado, y un consumidor, por el otro.

Nuestra Constitución Nacional (en adelante CN) también se regula en el artículo 42. Éste conformó el conjunto de artículos que fueron incorporados a la CN en la reforma del año 1994. El mismo reza: *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de a salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. (...)”*

Cuando ambas figuras contratan, estamos antes un Contrato de Consumo. El artículo 1093 del CCyC lo define como *“el celebrado entre un consumidor o usuario final con*

una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.”

Los artículos 984 y 985 del CCyC refieren al contrato por adhesión como aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción. Dichas cláusulas deben estar redactadas de una manera clara, completa y fácilmente legible. Se tiene por no escritas las que desnaturalicen las obligaciones del predisponente, las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían los derechos del predisponente, y las que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles.

El contrato de consumo puede o no ser un contrato de adhesión.

Contrato discrecional también llamado paritario, que es aquel cuyas estipulaciones son determinadas por el común acuerdo de las partes; es el que responde al modelo del contrato clásico que, no requiere casi de la intervención de la legislación, bastando con que ella asegure su eficacia y le dé asistencia para la ejecución, en su caso forzada, de las obligaciones de las partes.⁹

El principio de protección del consumidor, regulado en el artículo 3 de la Ley y artículo 1094 del CCyC, hace referencia a la interpretación de los contratos de consumo. Ésta debe inclinarse siempre por la que sea más favorable al consumidor.

El deber de información, regulado en el artículo 1100 del CCyC, es una obligación del proveedor de suministrar al consumidor en forma detallada, cierta y clara todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización.

También está regulado en el artículo 4 de la LDC el cual agrega que la información debe de ser gratuita para el consumidor.

⁹ En los Argumentos del CCyC, Título III, Punto 3, se hace mención al método adoptado para la redacción del cuerpo normativo. Menciona que por un lado se regulan los contratos de consumo sean de adhesión a cláusulas predispuestas o no; y por el otro los contratos negociados. En estos últimos, puede que exista una situación de debilidad en cuyo caso se está frente a un contrato de adhesión, donde la negociación no se produce y donde se podrá solicitar la nulidad del mismo.

El deber de seguridad está regulado en la LDC en su artículo 5. El mismo reza: *“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.”*

El deber de advertencia esta prescripto en el artículo 6 de la misma ley. Trata acerca de las cosas y servicios riesgosos y dice: *“Las cosas y 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 y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.*

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4º responsables del contenido de la traducción.”

Clausula abusiva se entiende a aquella que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte, y además, aquellas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Éstas pueden ser tenidas como nulas o también pueden implicar la nulidad del contrato.

El artículo 1119 del CCyC establece como regla general que *“será abusiva una clausula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.”*

Respecto al control de las mismas, el artículo 1118 CCyC dice *“Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor”*. Es decir que en el contrato de consumo, el control de las cláusulas abusivas no se limita al contenido contractual, sino también a la incorporación de las cláusulas contractuales.

Por esta razón, podrá ser declarada abusiva una cláusula aún cuando el consumidor la apruebe: Esta regla se aplica aunque el contrato de consumo sea de adhesión o no, porque la adhesión es indiferente; lo que importa es que sea de consumo.

La Directiva Comunitaria N° 29/2005 de la Unión Europea define a las prácticas comerciales como todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial incluidas la publicidad y la comercialización procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores.

El Dr. Ricardo Lorenzetti¹⁰ define a éstas como los “*procedimientos, mecanismos, métodos o técnicas utilizados por los oferentes para fomentar, mantener, desenvolver o garantizar la producción de bienes y servicios al destinatario final*”.¹¹

El Trato digno está regulado expresamente en el artículo 1097 del CCyC. El mismo establece que “*los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias*”. Agrega el artículo 1098 el trato equitativo y no discriminatorio: “*Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.*”

Respecto de la libertad de contratar se encuentra regulada en el 1099. El mismo expresamente reza que “*están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.*”

El mismo código, en el artículo 1101, se prohíbe la publicidad que contenga “*indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; o que*

¹⁰ Abogado. Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

¹¹ Lorenzetti, Ricardo. “Consumidores”, Editorial Rubinzal- Culzoni, 2009, Pág. 158

efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; también, aquella que sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.”

Para el Dr. Lorenzetti *“es una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación de productos o servicios”¹²*

INTRODUCCIÓN.

Al tratar de ubicar a este nuevo contemporáneo derecho he encontrado variadas opiniones al respecto pero coincidentes en cuanto respecta a un sistema autónomo, dentro de la rama del Derecho Privado.

“La incorporación de normas relativas al consumidor en el Código Civil unificado implica reafirmar su naturaleza jurídica como una rama especial del derecho que se caracteriza por ser interdisciplinaria, comprendiendo tanto al derecho público como al privado, al derecho de fondo como al procesal”¹³

“El tema elegido se encuentra dentro de la rama de Derecho Privado, más precisamente, es una rama del Derecho Privado Patrimonial de relativamente reciente aparición. Se ha planteado que el objeto y razón de ser de esta nueva disciplina jurídica es la protección de una categoría de sujetos denominada consumidor o usuario que debe cumplir una labor tuitiva-protectora, fundada en razón de las asimetrías existentes con relación a su contraparte, el proveedor y la consecuente debilidad estructural que ello provoca.”¹⁴

“El derecho del Consumidor -y de los Usuarios- es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema de Derecho Privado, con base en el derecho Constitucional. Por lo tanto, las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema, y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter de autónomo y aun derogatorio de normas generales.”¹⁵

¹² Lorenzetti, Ricardo Luis “Tratado de los Contratos”, Tomo III, Pág. 101 y ss, Ed. Rubinzal Culzoni Editores, 2000, Bs. As., Argentina

¹³ Esteban Javier Arias Cáu: “La recepción del consumidor en el Código Civil Unificado: Sus consecuencias” Ed. Microjuris.com. Argentina. Cita: MJ-DOC-6034-AR | MJD6034

¹⁴ XXIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

¹⁵ Lorenzetti. Op. Cit., Pág. 50.

Como es de público y notorio, el 1 de agosto del año 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994). Éste, no deroga a la Ley 24.240, pero sí incorpora modificaciones en sus arts. 1, 8, 40, 50 y 52.

Se nota que en la nueva ley no se hace referencia al “consumidor expuesto” como lo hacía la Ley 24.240 en su artículo 1º, sino que el concepto se hace extensible sólo a los términos de consumidor directo y consumidor indirecto. Es decir, elimina de manera expresa la última línea del art 1º de la Ley donde estaba incluido.

De esta manera, frente a la ausencia de la regulación de esta figura y al encontrarse sin protección todo sujeto que se configure como consumidor expuesto, cabe preguntarse:

¿La figura continúa estando regulada pese a haberse eliminado la última parte del artículo 1º donde era mencionada? ¿Cuáles fueron las razones de dicha omisión?

¿Qué tipo de Consumidores reconoce la actual norma? ¿Podría dejarse sin protección a aquellas personas que si bien no forman parte de la relación de consumo sufren un daño derivado de la misma? ¿Liberará a los proveedores de las obligaciones frente a este tipo de consumidor? ¿Se vería afectado el deber de seguridad que éstos deben brindar a los consumidores en general? ¿Cuáles son los fundamentos parlamentarios para dicha eliminación? ¿Qué entiende la doctrina?

HIPÓTESIS

El presente trabajo intentará demostrar a modo de hipótesis que la actual regulación en materia de consumo, pese a no contar con una disposición expresa como sí ocurría antes de agosto de 2015, mantiene tutelados los derechos del consumidor expuesto. Ello se logrará a partir de una investigación esencialmente bibliográfica.

Ante la inminencia del nuevo Código, no existe jurisprudencia aún que se expida sobre este tema. Los jueces aun no han manifestado su interpretación acerca de la subsistencia o no de este instituto.

Lo cierto es que desde su sanción se han ido generado diversas discusiones por parte de los principales autores y doctrinarios ya que existen quienes avalan y fundamentan dicha omisión y por otro lado, quienes no. Para desarrollar lo expresado, abordare las diversas opiniones de la Doctrina al respecto.

A los mismos fines se expondrán los motivos por los cuales los integrantes de la reforma decidieron excluir la categoría de *Consumidor Expuesto*. Para esto me abocaré a los Fundamentos del CCyC.

Es oportuno reiterar que la figura ha sido *omitida* no solo en la LDC sino también en el articulado que como novedad, conformando el núcleo duro de tutela, se ha incluido en el CCyC. Para ello se analizará cuáles son los sujetos amparados por el nuevo régimen tuitivo del consumidor; ya que sólo en el mencionado cuerpo normativo, en el artículo 1096 más precisamente, parece soslayar su presencia.

El mismo reza: *“Las normas de esta Sección y de la Sección 2da del presente capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”*.¹⁶

Teniendo en cuenta este artículo, parecería ser que sólo estaría tutelado el consumidor expuesto en los casos de que éste se encuentre frente a violaciones a las reglas de trato digno, trato equitativo y no discriminatorio, cuando se lo limite en su libertad de contratar, o cuando el proveedor incurra en una falta en el deber de información, o también al ejecutar publicidad prohibida.

OBJETIVOS GENERALES

- Demostrar que pese a no contar con una regulación expresa, los derechos del consumidor expuesto continúan estando tutelados bajo el régimen de defensa del consumidor.
- Se sugerirán posibles defensas frente a la negación de la protección de los derechos del consumidor expuesto.

OBJETIVOS PARTICULARES

- Comparar la regulación del instituto con el derecho comparado.
- Analizar las causas que motivaron a esta eliminación
- Sugerir una interpretación amplia de la norma fundada en la Doctrina y jurisprudencia.

¹⁶ Este artículo se encuentra bajo la Sección 1ª referido a “Prácticas abusivas”, ubicado en el Capítulo 2, titulado: “Formación del Consentimiento”, del Título III: “Contratos de Consumo”.

CAPITULO I:
CONSUMIDOR. Nociones Generales.

Sumario: 1) Introducción: 2) **Ámbito interno:** a) Norma, b) Doctrina, 3) **Ámbito externo:** a) MERCOSUR. i) El concepto en los países del MERCOSUR: I) en el Derecho brasileiro; II) en el Derecho uruguayo; III) en el Derecho paraguayo; IV) en el Derecho venezolano; ii) Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo; b) Estados Unidos; c) Naciones Unidas. 4) Conclusión.

1) Introducción.

El consumidor expuesto es una categoría, uno de los supuestos, del término general “consumidor”.

Es por ello que de manera previa a abordar el tema principal de análisis de este trabajo, es preciso conocer las nociones generales.

Se tratarán en este capítulo las nociones que tanto la norma como la doctrina entienden del concepto amplio de “consumidor”.

2) a) Ámbito interno: norma.

En el año 1993 se sanciona la primer Ley que tiene por fin la regulación del vínculo jurídico de intercambio de bienes y servicios con la finalidad de uso y consumo final, en donde el sujeto que requiere principal resguardo es el más débil de la relación; es decir, que esta ley surge a los fines de dar protección de las personas que a causa de operaciones del Mercado, se encuentren en estado de vulnerabilidad.

Para entender el ámbito de aplicación de dicha Ley, es fundamental entender en más profundidad quiénes son las personas consideradas consumidor y usuario, es decir, es fundamental conocer a quiénes la ley considera consumidor y usuario para poder determinar entonces, quienes tienen acceso al sistema de protección normativo.

Un sujeto será consumidor cuando se sitúe delante de un profesional de mercado -o proveedor- y cuando el vínculo intersubjetivo que reúne a ambos sujetos constituye una relación de consumo. Este sujeto se encontrará en un estado de debilidad frente a el proveedor, pero dicha debilidad no va a existir o se configurará con menor intensidad cuando el vínculo se entable entre sujetos que estén situados fuera de dichos roles¹⁷.

Ahora bien, nuestra ley, la Ley de Defensa de los Consumidores N° 24.240 ha definido al consumidor en su artículo 1°:

ARTICULO 1°—Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

¹⁷ Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos. “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho Argentino”. LA LEY 20/09/2011. Cita online AR/DOC/3099/2011.

A su vez, a partir de la sanción del CCyC se han incorporado artículos referidos al ámbito del consumo, los cuales conforman el *núcleo duro de tutela* según lo expresado por la Comisión Redactora en los fundamentos del CCyC.

Uno de estos artículos contiene el concepto de relación de consumo y consumidor. Es el artículo 1092 que reza:

ARTICULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Se observa que en ambas normas se mantiene una idéntica regulación del concepto.

2) b) Ámbito interno: Doctrina.

Pese a que la LDC desde sus orígenes ha definido al consumidor, diversas fueron las discusiones doctrinarias que se han suscitado a lo largo de los años.

En la XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se ha acordado que la categoría de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: por un lado la vulnerabilidad o debilidad del consumidor y por el otro el destino final de los bienes que éste adquiere, ya sea para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino.

En lo que atañe a la frase consumidor final, se ha acordado que la adquisición o uso de los bienes y servicios se debe llevar a cabo sin volvérselo a insertar en el proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios, es decir, que debe ser retirado del mercado, situárselo fuera de la cadena de valor y que dicha adquisición o uso debe ser en beneficio propio o social, es decir, con fines ajenos al mercado.

También se halla el criterio amplio de considerar consumidor tanto a personas humanas como a personas jurídicas. Para el caso de personas humanas la exigencia del destino final se considera satisfecha si la adquisición se encamina a satisfacer un uso privado, sea doméstico o familiar. En tanto en lo que atañe a personas jurídicas, el acto será de

consumo en la medida que la adquisición de bienes o servicios no guarde relación directa con el ciclo productivo constitutivo de su objeto.

Esto es lo que se sostenía en la Doctrina antes de la reforma del CCyC. Lo cierto es que a partir de la misma, ciertos autores como Sergio Barocelli, sostienen que el comúnmente llamado *consumidor empresario* se desvanece por el artículo 1093 del mencionado cuerpo normativo. Dicho artículo prescribe expresamente, al definir el Contrato de Consumo, que el destino de los bienes y servicios, para ser calificado como consumidor, tiene que ser no solo final, sino también privado¹⁸. Seguramente, será materia de debate en un futuro cercano y tarea de los jueces poner fin a esta incipiente discusión.

3) a) Ámbito externo: MERCOSUR

El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un proceso tendiente a lograr la integración regional. Se crea a partir de un Acuerdo firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 26 de marzo de 1991 en Asunción, Paraguay.

En función de que dicho Tratado está abierto a la adhesión de otros Estados miembro Venezuela se constituyó en el primer Estado latinoamericano en adherir al Tratado constitutivo, en 2006, y más recientemente Bolivia, en 2015 cuyo Protocolo de Adhesión ya fue firmado por la totalidad de los Estados parte y ahora se encuentra en vías de incorporación por los Congresos respectivos. Cabe destacar que ya no cuenta el MERCOSUR con la participación de Paraguay debido a la suspensión de dicho Estado mediante la aplicación del “Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático”, el 29 de junio de 2012.

Habiendo hecho esta escueta introducción y siguiendo la línea del presente trabajo, en lo que respecta a relaciones comerciales, existe la posibilidad de que surja una transacción internacional donde el proveedor y el consumidor residan en diferentes jurisdicciones, por lo que se estaría frente a por lo menos dos Derechos nacionales que pueden potencialmente ser aplicados y que ambos tutelen los derechos del consumidor. Por ello, el Grupo Mercado Común (en adelante GMC)¹⁹ dictó varias Resoluciones que son obligatorias para los Estados parte, entre ellas se encuentra la 126/94 por la que se dispuso que hasta tanto no sea aprobado un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor, cada Estado parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a

¹⁸ Barocelli, Sergio. “El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”. Publicación: www.nuevocodigocivil.com. Pág 2.

¹⁹ Órgano ejecutivo del MERCOSUR

los productos y servicios que se comercialicen en su territorio, pero dejando a salvo que en ningún caso se podrá imponer a los bienes provenientes de los Estados parte del MERCOSUR exigencias superiores a las que se aplica a los productos y servicios oriundos de terceros países. También, de manera posterior, dictó la Resolución 123/1996 que establecía expresamente en su normativa que sus prescripciones deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales y entrarán en vigor una vez concluido el Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor del cual formarán parte.

A su vez, se crearon varios Comités Técnicos en la órbita de la Comisión de Comercio del MERCOSUR (en adelante CCM). Particularmente el Comité Técnico N° 7 (en adelante CT N° 7) de “Defensa del Consumidor” fue instituido con la misión fundamental de elaborar el proyecto de Reglamento del Consumidor para el MERCOSUR.

Lo cierto es que se había logrado consensuar una versión definitiva del proyecto pero el mismo no fue suscripto por Brasil por contener el Proyecto disposiciones cuya protección era menor a las que su ordenamiento interno ofrecía a sus ciudadanos.

Es por ello que, y en síntesis, el Reglamento Común de Defensa del Consumidor en la órbita del MERCOSUR aún no ha sido concluido y, con relación a la posible discordancia entre la libre circulación de bienes y la defensa del consumidor comunitario, se ha dispuesto que cada Estado aplique en su territorio sus propias normas de defensa del consumidor (Res. 126/94 GMC), aún cuando de ello devengue una barrera no arancelaria a la libre circulación de bienes. Esto da a lugar a la manutención de distintos grados de protección al consumidor dentro del MERCOSUR y la aplicación del concepto legal de consumidor que rige en cada espacio territorial lo que puede ocasionar que una persona sea considerada como consumidor en un Estado y no lo sea en otro, generando cierta desprotección e inestabilidad a los consumidores transfronterizos.

Las normas de orden interno de los países que conforman el MERCOSUR muestran algunas similitudes, pero también algunas divergencias. Sin perjuicio de que se pueden reconocer una mayor uniformidad del concepto en razón de que se encuentran estructurados sobre ciertos elementos comunes como lo son: que se trata de persona física -humana- o jurídica; que adquiere o utiliza bienes o servicios; que actúa como destinatario final, en una relación de consumo o en función de ella²⁰.

²⁰ Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos. Op. Cit.

Lo cierto es que las asimetrías legislativas existentes, terminan por conspirar contra la consolidación y el fortalecimiento de un esquema de integración.

Años más tarde, en el 2011, se dicta la Resolución 34/2011 que deroga a la mencionada Resolución 123/1996. En ella se insertan definiciones que logran unir los criterios a aplicar en los Estados que conforman el MERCOSUR. Se culmina entonces con la intriga que el concepto de Consumidor generaba ya que lo define como *“toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella. No se considera consumidor aquel que sin constituirse en destinatario final adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos como insumo directo a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”*

Este concepto que es adoptado por todos los países del MERCOSUR, no impide la mayor protección que los Estados en sus ordenamientos internos brinden a sus ciudadanos. Así lo prescribe el artículo 2 de la misma Resolución que dice: *“Cada Estado Parte podrá mantener en materia de defensa o protección del consumidor regulada por esta Resolución, disposiciones más rigurosas para garantizar un nivel de protección más elevado al consumidor en su territorio.”*

3) a) i) El concepto en los países del MERCOSUR.

Sin perjuicio de contar actualmente en el MERCOSUR con una serie de definiciones brindadas por la Resolución señalada, las cuales son claras e involucran a todos los Estados, resulta oportuno analizar brevemente los conceptos de Consumidor en cada uno de los Estados.

I) La definición del concepto de Consumidor en el Derecho Brasileiro

Se encuentra regulado en el Código de Defensa del Consumidor, Ley 8.078, del año 1990, en su artículo 2º define el consumidor como *toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final*. Un breve análisis permite exponer que adopta el concepto económico de consumidor, ya que se refiere al destinatario final del producto o servicio, elemento indispensable para la calificación de

una persona física o jurídica como sujeto de la relación de consumo. Esta interpretación es considerada por la doctrina mayoritaria como una definición de orden finalista, en la medida que restringe la figura del consumidor a aquel que adquiere el producto para su uso propio y de su familia. También la persona jurídica podrá ser considerada Consumidor, pero, solamente cuando los bienes adquiridos fueren de consumo, y no de capital, debiendo ser demostrado que no serán empleados en otra actividad en el mundo de los negocios.

Además, es necesario subrayar que el Código mencionado permite una extensión o un alargamiento del concepto en estudio, cuando se refiere a la equiparación de determinados sujetos a la figura tradicional del consumidor, en los artículos 2º, párrafo único, 17 y 29, prescindiendo del vínculo contractual. De esta forma, son considerados como consumidores equiparados: la colectividad de personas, aunque indeterminable, que haya intervenido en las relaciones de consumo (artículo 2º, párrafo único); todas las víctimas de un daño ocasionado por defecto o inseguridad generado por el producto (artículo 17); y las personas que queden expuestas a las prácticas comerciales (artículo 29), es decir, el consumidor expuesto.

II) La definición del concepto de Consumidor en el Derecho paraguayo.

La Ley 1.334, de 1998, Ley de Defensa del Consumidor y Usuario y su modificación mediante la Ley N° 2.340 del 2003 trae en su artículo 4º, apartado a) la definición de consumidor, en los siguientes términos: *se entenderá por consumidor y usuario a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza.* De esta forma, siguiendo el orden de las leyes argentina y brasileña, la calidad de consumidor deviene de la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio como destinatario final, pudiendo ser considerado como tal tanto la persona física como la jurídica, siempre y cuando el bien o el servicio adquirido no sea empleado en la cadena profesional o de producción, lo que desvirtuaría el concepto.

Empero, para aclarar la amplitud de la definición es necesario tener presente lo que dispone el artículo 5º de la ley mencionada, con respecto a la relación de consumo. Según la disposición referida, *relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.* Es decir, a partir del juego del artículo 4º, apartado a) con el artículo 5º, se verifica que solamente tendrá la protección conferida

por la ley de defensa del consumidor cuando se haya establecido una relación contractual a título oneroso, resultando excluidas, por lo tanto, todas las relaciones entabladas de modo gratuito. Además, es de subrayar que la ley mencionada tampoco se refiere a los bystander, como lo hacen la ley argentina y la brasileña, no existiendo la figura del consumidor equiparado para los casos de accidentes de consumo.

III) La definición del concepto de Consumidor en el Derecho uruguayo.

La Ley 17.250 de 2000 conocida como Ley de Defensa del Consumidor, en su artículo 2º, define al Consumidor como toda *“persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella”*. Al igual que las anteriores legislaciones mencionadas, el derecho uruguayo adopta el concepto económico. Así lo prescribe en la parte final del artículo 2º: *“no se considera consumidor o usuario a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización”*.

Además, comparte con Paraguay la idea que el vínculo debiere ser oneroso y solo admite la gratuidad en aquellos casos en los que esté preparada una relación de consumo posterior. Por tanto, conforme el art. 4º, *serán consideradas relaciones de consumo todas las promociones gratuitas de productos y servicios tendentes a concretar una adquisición onerosa de estos en el futuro*.

Por último, cabe señalar que el derecho uruguayo no contempla la figura del consumidor expuesto, a diferencia de lo que hacen las legislaciones argentina y brasileña.

IV) La definición del concepto de Consumidor en el Derecho venezolano.

En Venezuela la Ley 37.930 de 2004, trata de la Protección al Consumidor y Usuario y deroga la ley anterior de nº 4.898, del año 1995. El artículo 4º, define al consumidor y usuario, entre otras. Según el artículo referido, *consumidor es toda persona natural que adquiera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final*. No obstante, la misma disposición establece la noción de usuario como *toda persona natural o jurídica, que utilice o disfrute servicios de cualquier naturaleza como destinatario final*. Es decir, el derecho venezolano, al igual que el derecho de los demás países ya mencionados, adopta el concepto económico de consumidor y usuario, cuando se refiere a éstos como destinatarios finales.

Sin embargo, excluye la posibilidad de que personas jurídicas sean consideradas Consumidores. Omite el texto mencionar respecto al concepto de consumidor bystander y omite respecto a la onerosidad o gratuidad del vínculo.

3) a) ii) Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo.

En 2000, los presidentes de los 4 países firmaron una Declaración Presidencial sobre derechos de consumidor y declararon su compromiso a la protección de consumidores como partes más débiles y dieron al CT 7 el mandato para establecer el "más alto nivel de protección al consumidor" en la futura legislación.

En la LXIII Reunión Ordinaria del Comité Técnico n° 7 sobre Defensa del Consumidor, que tuvo lugar en Río de Janeiro, los días 18 y 19 de agosto del 2010, se acordó el "Proyecto de Resolución sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo".

Según el Proyecto mencionado, existe la necesidad de brindar una adecuada protección al consumidor, de acuerdo con los postulados establecidos por la Asamblea General de la ONU (Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, del 16 de abril de 1985)-

La siguiente reunión del CT7 tuvo lugar en Buenos Aires los días 28 y 29 de junio de 2012. Participaron las delegaciones de Brasil, Uruguay y Argentina, que durante este primer semestre ostentó la presidencia Pro Tempore del MERCOSUR.

Seguidamente, otra reunión del CT7 tuvo lugar en Brasilia, los días 16 y 17 de agosto de 2012. En dicha reunión los delegados continuaron buscando formas de armonizar y uniformizar políticas de defensa del consumidor en el MERCOSUR.

Se decidió aprobar el "Acuerdo sobre Derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo", el cual sería enviado a la Comisión de Comercio del MERCOSUR para su análisis.

Dicho proyecto contiene una definición de Consumidor en su artículo 2º apartado A). Lo define como *toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella.*

No se considera consumidor a aquel que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos

como insumo directo, a otros productos o servicios en proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Se desprende del artículo que se mantiene la postura finalista compartida por los ordenamientos internos de todos los países que componen el MERCOSUR. Además, expresa que pueden ser consumidor tanto personas físicas –humanas- como jurídicas, siempre y cuando lo adquirido almacenado, utilizado o consumido no vuelva a ser incorporado en otro proceso comercial.

También adhiere como lo hacen expresamente Argentina y Brasil a la idea de que la adquisición o uso puedan ser gratuitos.

El término del primer párrafo (...) *en una relación de consumo o como consecuencia o en función de ella*. Puede interpretarse de manera que asimila a Consumidor principal, al Consumidor indirecto o no contratante.

3) b) Ámbito externo: Estados Unidos.

A partir de la consulta realizada en la página web *legislation.gov.uk*²¹, que contiene toda la legislación estadounidense, se obtiene la definición de Consumidor.

En Consumer Rights Act 2015²², en la Parte 1, Capítulo 1, titulado Introducción, punto 2 regula entre otras definiciones al Consumidor *un individuo que actúa con propósitos que están total o principalmente fuera del comercio, negocio, oficio o profesión de ese individuo.*

3) c) Ámbito externo. Naciones Unidas.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del consumidor esgrime una definición. Establece que *a los efectos de las presentes directrices, el término “consumidor” hace referencia, por lo general, a una persona física, con independencia de su nacionalidad, que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos (...)*²³

4) Conclusión.

Habiendo abordado los términos conceptuales que cada país de referencia entiende por “consumidor”, comenzaré con el estudio del instituto objeto de este trabajo, sin antes

²¹<http://www.legislation.gov.uk/>

²² Ley de Derechos del Consumidor de 2015

²³ Se reconoce que los Estados Miembros podrán adoptar diferentes definiciones para abordar necesidades internas específicas. Las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, II: “Ámbito de aplicación”, 3.

dejar por acreditado que esta figura, la de consumidor, cuenta con su regulación en todos los países mencionados, y esto es debido a la creencia existente en ellos de la necesidad de protección que requiere la persona -tanto humana como jurídica- frente a prácticas que se den en el Mercado por ser ellos, la parte más débil.

CAPITULO II:
CONSUMIDOR EXPUESTO

Sumario: 1) Introducción. 2) Aspectos conceptuales contenidos en el derecho positivo nacional: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y su reforma mediante la Ley 26.361. 3) Aspectos conceptuales de la Doctrina argentina. 4) Conclusión

1) Introducción.

El concepto de consumidor está regulado a través de normas que fueron tomando vida a lo largo de las últimas décadas no solo en ámbito externo sino también como vimos en el capítulo anterior, en el ámbito interno.

La LDC sancionada en el 1993, luego de unos años de vigencia, en el 2008 es modificada incorporándose el instituto de este análisis.

Por lo tanto, éste contaba con sustento legal. En este capítulo se dará a conocer lo que la norma local y la Doctrina entendía -y entiende- por consumidor expuesto.

2) Aspectos conceptuales contenidos en el derecho positivo nacional: Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y su reforma mediante la Ley 26.361

En el año 1993 se sanciona la primer Ley que tiene por objeto proteger los derechos de los Consumidores. En ese momento fue la primer norma que tuvo - y tiene - en miras la protección de los derechos del factor productivo, el mayor y el más necesario para el crecimiento económico.

Pero esta norma sufrió modificaciones. La más completa y de importancia para este trabajo fue la del año 2008, en donde mediante la ley 26.361 se modifican algunos artículos y se incorpora el instituto de análisis del presente trabajo.

La Ley en su redacción anterior a agosto de 2015, comenzaba con su regulación en el artículo 1° definiendo lo que se consideraba un *Consumidor*. Establecía que *el mismo debía ser una persona física o jurídica, la cual adquiere o utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa y como destinatario final. La adquisición o uso podría ser en beneficio propio o en el de su grupo familiar. Podría incluir la adquisición de los derechos de clubes de campo, cementerios privados o figuras afines.*

En su segundo párrafo continuaba con la definición de Consumidor pero ampliándolo, ya que se *consideraba consumidor a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza, bienes o servicios, también en beneficio propio o de su grupo familiar o social; y además, a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.*

De esta manera, se desprende del artículo lo que la doctrina ha definido como consumidor directo – o propiamente dicho - al descrito en el primer párrafo; describe en el segundo párrafo al consumidor indirecto, cuando se refiere a la adquisición o utilización de bienes o servicios como consecuencia de la relación de consumo o en

ocasión de ella; y por último, en la última línea y tema de este trabajo, describía a lo que se denominó “consumidor expuesto” o “bystander” a una relación de consumo.

También se desprende de su lectura que se conserva el criterio amplio de incluir en el concepto de consumidor tanto a persona física como a la jurídica, lo que mantiene armonía con las legislaciones vigentes en los países del MERCOSUR.

Por último, y también en concordancia con los demás países del mencionado bloque, se observa que continúa estructurado en relación a la concepción económica de consumo, esto es, que el sujeto debe actuar como destinatario final de los bienes y servicios que adquiere o utiliza, no debiéndolos reinsertar en un nuevo proceso de elaboración.

La recepción de este concepto en nuestro país ha sido de manera general, es decir, que se ha incorporado al abordar el ámbito subjetivo de la Ley a diferencia de Brasil que, como se verá más adelante, la regulación está destinada a institutos particulares y determinados. De aquí, es que algunos juristas criticaban a esta figura por las dificultades que surgían al pretender determinar su alcance.

3) Aspectos conceptuales de la Doctrina argentina.

Numerosos son los estudios que se han desarrollado acerca de esta figura. Esto es así por considerarse la creación de este instituto como un logro para el régimen de protección de este derecho fundamental, ya que la tutela no va dirigida a un sector de la población sino a toda persona que se halle en una relación de consumo.²⁴ Esto, trae como consecuencia que todos resultemos consumidores en todo momento y nos encontremos amparados bajo la Ley de defensa del consumidor.

Comencemos por definir qué se considera *expuesto*.

Esta palabra proviene del latín *exponere* que significa “poner fuera”, “poner a la vista”. Pero en el contexto que nos ocupa, Carlos Hernández, aclara que esa exposición se verifica en el mercado de bienes y servicios frente a comportamientos de quienes actúan como proveedor de los mismos, y de donde se deriva efectos jurídicos.

Habiendo aclarado este término, se pasará las nociones surgidas en la Doctrina que surgieron del concepto tema de este análisis.

Para Fernando Shina²⁵, este tipo de consumidor se trata de una persona que resulta ser víctima de una relación de consumo ajena pero causalmente vinculada al daño que sufre. Es esa la clave de la figura: la relación causal entre el daño padecido y el hecho

²⁴ Juan M. Farina. “Defensa del consumidor y usuarios”. Ed. Astrea, año 2009, pág. 21.

²⁵ Abogado. Especialista en relaciones de consumo. Profesor de la Maestría en derecho civil Patrimonial en la materia Derecho de Consumidor de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

dañoso. El *bystander* por más amplio que el concepto resultara para alguno juristas, es un sujeto que había padecido un daño antijurídico y causalmente vinculado con la persona a quien dirigía su reclamo. Se está, por entonces, ante la presencia de un proveedor, de una infracción típica, de un daño y de una vinculación causal. Si falta alguna de estas piezas habrá consumidor expuesto pero no habrá derecho a reclamo. Analiza el citado jurista el artículo 1º de la Ley en estudio con el artículo 42 de nuestra Constitución Nacional, y de cuyo análisis se desprende que todos somos consumidores y usuarios en todo momento. De esta forma, prácticamente no queda ninguna relación jurídica que no sea en simultáneo una relación de consumo. Entiende que la noción del consumidor expuesto desde sus orígenes estaba destinada a romper con la idea de un contrato para llenar de contenido social a las relaciones de consumo. Siguiendo la letra de la Carta Magna, en lo que refiere a los procedimientos, considera que es lo adecuado que sean gratuitos y que la legitimación activa para acceder a ellos debe ser lo más amplia posible.

El Dr. Ricardo Lorenzetti, tiempo atrás, explicaba que respecto del consumidor expuesto, debe interpretarse que se trata de personas que están expuestas, sin tener la finalidad de consumidor, incluyendo a las víctimas de un daño derivado de productos, publicidades, prácticas comerciales. En esos casos la relación de consumo es un hecho lícito o ilícito que está vinculado causalmente con un daño sufrido por una persona. De este modo aceptaba la figura y la asimilaba al *bystander* como se lo conoce en el derecho Anglosajón.²⁶

Dante Rusconi²⁷, entiende que se trata de una persona, o grupo de ellas que no son parte de la relación de consumo “base” o “fuente”, pero que, además, no adquieren o utilizan bienes como destinatarios finales, sino que solamente se encuentran expuestos a ellos o a las consecuencias de acto o relación de consumo que introdujo esos bienes en el mercado. Estos sujetos no están involucrados con la relación de consumo, sino que son ajenos a ella, por ende no existe vínculo jurídico desde antes, sino que se concreta con la materialización de los efectos de una relación de consumo que refleja sus consecuencias hacia terceros.

Según Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli, la situación del Consumidor Expuesto puede darse en las siguientes circunstancias: a) cuando se trata de potenciales consumidores, frente a campañas publicitarias, condiciones generales de contratación o

²⁶ Lorenzetti. Op.cit., pág. 50

²⁷ Dante Rusconi, Abogado, Juez de Faltas de la ciudad de La Plata con competencia en Derecho del Consumidor.

prácticas comerciales indeterminadas en sus destinatarios, que puedan resultar lesivas a los intereses de aquellos y b) cuando se trata de la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor²⁸. Más avanzado el presente trabajo, se retomará el último punto, el punto b), debido a su gran importancia.

La creación de este instituto buscó asegurar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad civil, cualquiera fuere el camino o la vía para esa incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes²⁹.

Esta incorporación significó la recepción normativa de una tendencia que venía vislumbrándose en nuestra jurisprudencia, ya que fue la Corte Suprema de Justicia de nuestra Nación la que en el fallo “Mosca Hugo c/ la Provincia de Buenos Aires y otros” en el año 2007 (o sea, antes de la reforma 26.361 por medio de la cual se incorpora la figura “*consumidor expuesto*”) quien reconoció que el actor de autos se encontraba legitimado para entablar la acción interpuesta pese a no ser parte de una relación de consumo. El desarrollo del fallo mencionado será analizado en el capítulo 4.

4) Conclusión.

Resultaba evidente la necesidad de dar protección a los consumidores y usuarios cuando se encontrasen encuadrados en esta figura. Ya lo había “ordenado” el órgano máximo de Justicia a través de los numerosos fallos. Es por ello que en el año 2008 se sanciona la Ley 26.361 que, entre otras incorporaciones y reformas introduce,-y de esta manera obedece con lo señalado por la Corte- el amparo a estos sujetos bajo el estatuto de defensa del consumidor.

²⁸Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra. “La Noción de Consumidor y su Proyección sobre la Legitimación para Accionar”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2009-1, 2009, p. 248

²⁹ Mosset Iturraspe, Jorge. “La Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240 (modif. Por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361)” Editorial Rubinzal Culzoni, 2008, Pag. 13.

CAPITULO III:

CONSUMIDOR EXPUESTO: DERECHO COMPARADO.

Sumario: 1) Introducción. 2) Regulación en el Derecho brasileiro. 3) Regulación en el Derecho estadounidense. 4) Conclusión.

1) Introducción.

Como se mencionó en el capítulo anterior, en lo que respecta al MERCOSUR, solo fue Brasil (y Argentina) los que reconocen al instituto del consumidor expuesto. También, es reconocido en los Estados Unidos de América con el nombre de *bystander*. Es por ello que me limitaré a analizar su regulación en los dos países mencionados: Brasil y Estados Unidos.

2) Su regulación en el derecho brasileiro.

El Derecho brasileño está basado en la tradición jurídica del Derecho continental³⁰ Nuestro legislador tomó como modelo para la creación de nuestra ley nacional Nro. 24.240 a la Ley 8.078 que fuera sancionada el 11 de septiembre de 1990 por dicho país limítrofe.

La misma, en su artículo 2º define al consumidor ya como se adelantó en el Capítulo 2, pero resulta significativo retomar el tema pero esta vez a los fines de analizar la existencia del amparo legal a esta categoría en particular de Consumidores.

A su vez, para un análisis completo, se transcribirán los artículos 17 y 29 que, sumados al 2º, permiten dilucidar la regulación de la figura.

Capítulo 1 titulado “Disposiciones Generales”:

“Artículo 2: Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto o servicio como destinatario final.

Párrafo único. Se equipara a consumidor la colectividad de personas, aunque indeterminables, que haya intervenido en la relación de consumo.”

“Artículo 17: Para los efectos de esta Sección³¹ se equiparan a consumidores, todas las víctimas del hecho.”

“Artículo 29: Para los fines de este capítulo y del siguiente, se equiparan a consumidores todas las personas determinables o no, expuestas a las prácticas aquí previstas.”

Los capítulos que hace referencia el inmediato anterior artículo transcrito se titulan “De las prácticas comerciales” y “De la protección contractual”.

³⁰ El Derecho continental es un Sistema jurídico derivado del Derecho Romano. Su principal fuente es la ley por sobre la jurisprudencia. Sus normas están contenidas en cuerpos legales unitarios, ordenados y sistematizados.

³¹ Sección II: De la responsabilidad por el producto o servicio

Queda a la vista que en primera medida el instituto consumidor expuesto está regulado en este país. Esto es así en tanto brinda tutela al adquirente, al usuario y a *todas* las víctimas del hecho que resulte dañoso cuando ese hecho provenga de un defecto del producto o servicio, o de una inadecuada o insuficiente información brindada respecto de su uso. Asimismo, serán igualmente tutelados los mencionados cuando el proveedor no cumpla con las exigencias debidas a la oferta y publicidad o incurra en alguna de las prácticas abusivas enumeradas en el artículo 39.

3) Su regulación en el derecho estadounidense.

Estados Unidos cuenta con un sistema jurídico anglosajón – o *comon law*- que es creado por decisiones de los tribunales y tiene origen en Inglaterra.³²

Este sistema ha denominado al objeto de análisis *bystander*. Lo define como a *aquella persona que ha sufrido un daño por el solo hecho de haber estado en el lugar y tiempo en el que sucedió el evento dañoso, sin que tenga relación alguna con el producto salvo su propio daño derivado del defecto de aquél.*

El desarrollo de este concepto se produce a partir de las numerosas sentencias dictadas por las Cortes de dicho país como así también, por trabajos doctrinarios. Éstos enfocan a esta figura en las posibles situaciones en las que se encuentran expuestas las personas a los daños emanados de productos defectuosos. En una publicación realizada por la Revista Jurídica UCES, en la que se hace referencia a una publicación efectuada por la revista jurídica “Columbia Law Review”, de mayo de 1964, donde mediante el artículo “Strict product liability and the bystander”, se efectúa un análisis de un caso ficcional. Él versaba acerca de una mujer al mando de un automóvil de titularidad de su esposo, quien fue el comprador y es ella la que atropella a un peatón, siendo la causa del accidente un defecto de fábrica de la dirección.

Entre 1950 y 1960, el American Law Institute³³ (en adelante ALI) se dio a la tarea de revisar el Restatement of Torts³⁴ originalmente publicado en 1930, especialmente en lo

³²El Derecho anglosajón es un sistema "jurisprudencial", en tanto la principal fuente del mismo son las sentencias judiciales que tienen un carácter "vinculante", es decir, son obligatorias para todos los jueces, quienes no pueden apartarse de las decisiones tomadas previamente por otros magistrados.

En la actualidad, se verifica en el Derecho anglosajón una fuerte tendencia hacia la codificación de las reglas jurídicas, esto es, una creciente producción de normas escritas, que van desplazando y reemplazando paulatinamente a los antiguos precedentes judiciales.

³³El “American Law Institute” es la principal organización independiente en los Estados Unidos que produce trabajos académicos para aclarar, modernizar y mejorar la ley. En materia de responsabilidad civil, el American Law Institute ha publicado los denominados Restatements of Torts.

³⁴ The American Restatement of Torts, Second es un tratado influyente publicado por el American Law Institute. En él se resumen los principios generales del derecho común de los Estados Unidos

referido a su capítulo 14, que regulaba las reglas que por negligencia gobernaban la responsabilidad de los proveedores de productos. Como resultado de ello, los miembros del ALI plantearon nuevas reglas que viraron hacia el establecimiento de una especial garantía de responsabilidad en lo relativo a los productos alimenticios. De ello resultó una sección especial que sirvió para el desarrollo de la responsabilidad objetiva³⁵ – *strict liability* – y que terminó por ser inclusiva de todos los productos que son objeto de venta, tal como quedó establecida en el documento final aprobado por el ALI en 1964. Dicha sección fue entonces publicada en 1965, en el volumen 2 del *Restatement 2d of Torts* y estableció como regla que los productores y proveedores comerciales son sujetos de responsabilidad objetiva – *strict liability* – por daños causados a las personas y su propiedad por los defectos en los productos que ellos venden. Esto está íntimamente relacionado con el efecto relativo de los Contratos.³⁶

La doctrina norteamericana, al abordar este asunto, trata de diferenciar dos clases de terceros ajenos a la relación contractual surgida del contrato de compraventa. Estos son, por un lado los que denominan verticales - *Vertical Privity* - y por el otro, los horizontales - *Horizontal Privity*– Los primeros, son los que hacen parte de la relación contractual a través de la cadena de distribución del producto, desde los proveedores de materia prima y componentes, pasando el fabricante, distribuidores, minoristas y al final de la cadena, el comprador.

Los terceros de tipo horizontal – *horizontal privity* – implican la materialización de derechos de quienes no hicieron parte en el contrato de compraventa pero que pueden ser afectados por el producto y que buscan ponerse en el lugar del comprador para obtener las ventajas a éste otorgadas.

Estos terceros terminaron siendo objeto de regulación en el artículo 2 Sección 2-318 del Código de Comercio Uniforme el cual establece tres posibilidades hipotéticas, para la escogencia de una de ellas por parte de los diferentes Estados, dichas posibilidades son:

(a) La garantía se extiende a la persona natural que esté en la familia u hogar del comprador o quien depende de éste si es razonable esperar que esa persona pueda usar

³⁵ La doctrina de la responsabilidad objetiva – *strict liability* – en materia de responsabilidad civil, es considerada por muchos como la primera teoría sobre la cual se fundamenta el deber de indemnizar en el derecho anglosajón de la responsabilidad por productos.

³⁶ El efecto relativo de los contratos como elemento de trascendental importancia en materia de responsabilidad por productos, cobra vigencia al momento de atender los efectos de las garantías, ello por cuanto la ausencia de una relación contractual, genera un obstáculo significativo para la materialización de un reclamo judicial por violación de garantías cuando no se es parte del contrato inicialmente celebrado.

consumir o ser afectada por los bienes y quien es afectada personalmente por la violación de la garantía.

(b) Se ensancha el grupo del demandante a cualquier persona natural que puede razonablemente estar a la expectativa de usar, consumir o ser afectado por los bienes y quien es afectado personalmente por la violación de la garantía.

(c) Cualquier persona que puede razonablemente estar a la expectativa de usar, consumir o ser afectado por los bienes y quien es perjudicado por la violación de la garantía.

Conforme con la doctrina en la mayoría de las jurisdicciones americanas que incluyen la mitad de los estados, han adoptado la alternativa A o algo similar; unas ocho jurisdicciones adoptaron la alternativa B o su equivalente cercano; los estados de California y Texas dejan el asunto a sus cortes como una materia del common law y Louisiana nunca ha adoptado el artículo 2 del Código de Comercio Uniforme.

De esta manera se vislumbra la existencia y forma de la regulación de la figura de actual análisis. La misma se encuentra vinculada a la responsabilidad que tiene toda la cadena de producción por los productos o servicios que el proveedor inserte en el Mercado y que ocasionen un daño tanto en la persona como en los bienes pero no solo del adquirente quien es parte del contrato, sino que también a los que son parte de su hogar y aquellos que dependen de éste, sus empleados y cualquiera otro afectado denominados genéricamente bystanders, es decir, terceros no compradores, ajenos al contrato de compraventa que pueden ser afectados por la violación de las garantías.

4) Conclusión

A raíz de este capítulo se evidencia que el consumidor expuesto es un instituto que por su gran importancia se ha regulado en numerosos países como lo son en los estudiados en el presente capítulo.

Estos países, son conscientes desde hace décadas de la importancia que conlleva y es por ello que tanto nuestro país, como Brasil y Estados Unidos, han decidido incorporar en sus cuerpos normativos disposiciones destinadas a la protección a este supuesto de consumidor.

CAPITULO IV:

CONSUMIDOR EXPUESTO Y DEBER DE SEGURIDAD: JURISPRUDENCIA

Sumario: 1) Introducción. 2) El deber de seguridad: a) Antecedentes b) Su regulación en Argentina. c) Su relación con el consumidor expuesto. 3) Conclusión.

1) Introducción

El concepto consumidor expuesto no ha sido una creación normativa, sino más bien jurisprudencial.

Es decir, que la incorporación de esta figura a la Ley 24.240 mediante la reforma del año 2008 ha sido la recepción normativa de los numerosos fallos jurisprudenciales que daban lugar a la tutela de esta categoría -hasta ese momento desconocida- de consumidor.

Como mencioné en el capítulo 2 del presente, en donde la figura de análisis era definida por diferentes doctrinarios, cabe destacar la opinión emanada por Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli en “La Noción de Consumidor y su Proyección sobre la Legitimación para Accionar”³⁷, donde analizan que las situaciones en donde un sujeto puede ser consumidor expuesto son: a) cuando se trate de potenciales consumidores frente a campañas publicitarias, condiciones generales de contratación o prácticas comerciales indeterminadas en sus destinatarios, que puedan resultar lesivas a los intereses de aquellos y b) *cuando se trate de la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor.*

En referencia a esta última línea es que se desarrollará el presente capítulo.

2) a) El deber de seguridad: Antecedentes

Este concepto tal como se lo conoce tiene como antecedente, en el año 1911, un fallo de la Corte de Casación francesa³⁸ donde por primera vez se aplicó este deber al contrato de transporte siendo que hasta entonces se había considerado que la responsabilidad del transportador por daños a la persona del pasajero constituía un cuasidelito³⁹.

En el fallo que marcó el puntapié de esta nueva concepción se dijo que en verdad lo que había era un incumplimiento contractual, pues debía considerarse que el empresario, adicionalmente a su obligación principal que era la de transportar al pasajero a destino, había asumido, además, tácitamente otra obligación distinta, consistente en garantizar a aquél que mientras se realizara el transporte no iba a sufrir ningún daño en su persona o en sus bienes.

Este nuevo paradigma fue receptado en Francia y también en nuestro país.

³⁷ Idem Nota al pie 28

³⁸ (Corte de Casación, Sala Civil, 21/11/1911, Sirey, 1912-1-73, con nota de Charles Lyon-Caen. Vid. Bloch, Cyril, L'obligation contractuelle de sécurité, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002, p. 15),

³⁹La Real Academia española lo define como *la acción dañosa para otro que alguien ejecuta sin ánimo de hacer mal o de la que, siendo ajena, debe dar respuesta por algún motivo.*

Se comenzó a aplicar el principio según el cual "no hay responsabilidad sin culpa" y se introdujo en el sistema diversos supuestos de responsabilidad objetiva, como forma de favorecer al resarcimiento de las víctimas.

Este tipo de responsabilidad se fue aplicando en múltiples relaciones contractuales, sin embargo, su mayor implicancia para lo que respecta en el tema de este trabajo fue cuando se incorporó esta noción a las relaciones de consumo. Esto sucede cuando se incorpora este deber a la CN en su artículo 42 y a la Ley 24.240, ya que a partir de ese momento al regularse de manera expresa tiene sustento constitucional y legal, respectivamente.

2) b) Su Regulación en Argentina

Este deber es receptado tanto por nuestra Carta Magna, en su artículo 42 como así también en la LDC.

Mediante la CN a través de su reforma del año 1994 se ha decidido incluir y de esta manera darle raigambre constitucional al deber de seguridad que tienen los proveedores hacia los consumidores y usuarios.

Este artículo 42 en su parte pertinente, regula los derechos que tienen los consumidores y usuarios de bienes y servicios en una relación de consumo. Menciona el derecho a su salud, seguridad e intereses económicos, información -la cual debe ser adecuada y veraz-, derecho a la libertad de contratar y derecho a que este sujeto sea tratado de manera digna y equitativa.

Si bien en la parte pertinente del presente trabajo se ha definido a este Deber, es preciso retomarlo a los fines de una completa comprensión.

La ley 24.240 dedicó el capítulo II a la Información al consumidor y Protección de la salud. Los arts. 5 y 6 de la ley 24.240 consagran la obligación de seguridad y de advertencia a cargo del proveedor de cosas o servicio riesgosos para la salud de los consumidores o usuarios.

Como adelanté, el deber de seguridad se encuentra regulado en la LDC, en los artículos 5 y 6.

A continuación, se transcriben los mismos.

“ARTICULO 5º — Protección al Consumidor. 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.

ARTICULO 6º — Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y 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 y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4º responsables del contenido de la traducción.”

Para un completo análisis de este deber, hay que agregar al estudio los artículos 28, 40 y 40 bis del mismo cuerpo normativo.

El artículo 28 amplía el deber cuando se trate de servicios públicos. Este artículo dice:

“ARTICULO 28. — Seguridad de las Instalaciones. Información. Los usuarios de servicios públicos que se prestan a domicilio y requieren instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos.”

Y por último, el artículo 40 y 40 bis, hacen referencia a la responsabilidad:

“ARTICULO 40. — 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 correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.”

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

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

Dicho esto, ya no caben dudas de que este deber está contemplado expresamente en nuestra normativa y es un deber más a cargo de los proveedores y un derecho más con el que cuentan los consumidores.

Por ello, los beneficiarios de este derecho son los consumidores en sí, independientemente de la categoría que integren. Es decir, que se beneficiarán no solo aquellos sujetos adquirentes que son parte de la relación de consumo, sino también, los usuarios que no son parte de la misma y en mi opinión, el aún vigente sujeto expuesto a una relación de consumo.

Por lo tanto, solo bastará acreditar la existencia de una relación de consumo (sin la necesidad de acreditar ser parte) para estar legitimado en la acción de daños.

Resta mencionar que si bien esta obligación pierde fuerza normativa a partir de la nueva regulación del CCyC -por unificarse el régimen de las responsabilidades-⁴⁰ no así sucede en el ámbito del derecho del consumidor y esto es debido a que esta ley que complementa al CCyC *“plasma la existencia de la misma, de manera expresa y no tácita, de resultado y, que por ser de orden público permite cubrir la mayoría de los casos en los cuales se suscitaba aplicación tácita de seguridad, extendiendo la solución a toda relación de consumo, sea contractual o no”*.⁴¹

⁴⁰ Ante la sanción del CCyC, el mantenimiento de la obligación de seguridad en el derecho común, como se lo conocía en un principio, carece de sentido. Explica el Dr. Fernando Pandovan en “Desaparición de la obligación de seguridad en el nuevo Código Civil y Comercial” que por un lado la mayoría de los supuestos en los que se justificaba utilizar los lineamientos de esa obligación están reemplazados por la legislación de los consumidores y usuarios, y por el otro, la unificación de la responsabilidad civil -al eliminar la barrera que implicaba el art. 1107 del Código Civil derogado- torna aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758), con lo que no es necesario seguir recurriendo a la obligación de seguridad para objetivar la responsabilidad del deudor.

Agrega el Dr. Ramón Pizarro en “¿Requiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?”, pág 1, que a partir de la unificación del Código *“tenemos ahora un régimen normativo para la responsabilidad por el hecho de las cosas, por actividades riesgosas y por el hecho de dependientes que es aplicable a uno y otro ámbito (contractual y extracontractual) de manera indistinta”*

⁴¹ Pizarro. *Ibidem*.

2) c) Su relación con el consumidor expuesto

Es a partir de este deber que se le da legitimación y origen a lo que la Doctrina, posteriormente a la jurisprudencia, denominó consumidor expuesto.

Con ello digo, que son las decisiones jurisprudenciales que se citan en este capítulo las que interpretan al deber de seguridad consagrado por la CN, por lo que a partir de ellas *nace* la figura de consumidor expuesto.

En todos los fallos que se citan a continuación se los dota de legitimación activa a los que promueven la acción, fundando esta decisión en la existencia del ya mencionado derecho/deber de seguridad.

Mencionaré y haré referencia a los puntos más importantes para este trabajo en los fallos cuyos autos son: “*Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios.*”, “*Bloise de Tucchi Cristina en J° 140.351 Bloise de Tucchi c/ Supermercados MAKRO S.A. p/ dyp. s/ Inc.*” y “*Torres, Erica F. c/COTO C.I.C.S.A. y otro*”.

El primero de ellos, “*Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios*”, es un decisorio judicial esgrimido por la Corte Suprema de Justicia de nuestra Nación.

En el mismo, se promueve una acción de daños por el actor, el señor Mosca, quien habiendo transportado a periodistas, por ser su profesión remisero, a un estadio donde se iba a disputar un partido de futbol, se mantiene en el mismo aguardando a su finalización. El pretensor aguardaba en la vía pública con su vehículo cuando un proyectil lo alcanza produciéndole daños en su rostro, motivo por el cual demanda a la provincia de buenos aires, por no haber cumplido con el deber de policía (pero finalmente la Corte lo exime de responsabilidad por haber comprobado que obró correctamente), a la A.F.A por ser la organizadora del evento y al Club donde se estaba disputando el partido de futbol.

La cuestión que se dio en estos autos fue que el actor no había contratado con el club, no había ingresado al estadio, ni siquiera aguardaba con su vehículo en el estacionamiento del mismo, sino que se encontraba en la vía pública, por lo tanto, no había en sí un contrato de consumo pero es a través del artículo 42, donde se regula la relación de consumo y los deberes que de existir la misma deben cumplimentarse, que se le da legitimación a el actor y es a partir de este decisorio que la Corte entiende que “*corresponde señalar que todo organizador de un espectáculo deportivo tiene una*

obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198 del Código Civil y especial en la ley 23.184⁴². Ese deber de seguridad es expresivo de la idea de que quienes asisten a un espectáculo lo hacen en la confianza de que el organizador ha dispuesto las medidas necesarias para cuidar de ellos.”

Asimismo, más avanzado el texto agrega: *“Cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, 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”*. Sigue: *“Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales.”*

Continúa diciendo: *“Que no cabe interpretar que la protección de la seguridad prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares. La seguridad que en este caso debe ser entendida, como el simple derecho de asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes los organizan cuando éstos importan algún riesgo para los asistentes, así como de las autoridades públicas encargadas de la fiscalización.”*

Por último dice: *“Que el club local, como entidad organizadora del espectáculo deportivo por el que obtiene un lucro económico, y que a la vez genera riesgos para los asistentes y terceros, tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes (conf. Doctrina de Fallos: 321:1124, considerando 11), para ello debe impedir el ingreso de inadaptados, y exigir a los concurrentes el cumplimiento de las leyes y reglamentos,*

⁴² LEY N° 23.184 de Espectáculos deportivos. Régimen Penal y Contravencional para la violencia en los citados eventos. Responsabilidad Civil. Sancionada: Mayo 30 de 1985.

extremando las medidas de seguridad a la entrada de los estadios (por ejemplo, revisando bolsos, paquetes, portación de armas, etc)”

“La seguridad es un derecho que tienen los consumidores y usuarios (art. 42, Constitución Nacional) que está a cargo de quienes desarrollan la prestación o la organizan bajo su control, porque no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas. Esta antigua regla jurídica que nace en el derecho romano, es consistente en términos de racionalidad económica, porque este tipo de externalidades negativas deben ser soportadas por quien las genera y no por el resto de la sociedad.”

*“En el presente caso, se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente se vinculen con la vida o la salud de las personas. **La incorporación de este vocablo en el art. 42 de la Constitución, es una decisión valorativa que obliga a la sociedad toda a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.”***

“El ciudadano que accede a un espectáculo deportivo tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad.”

Por todo lo expuesto, la Corte condenó a pagar el resarcimiento al Club y a la A.F.A ya que esa asociación rectora del fútbol argentino fue también organizadora participante y beneficiaria del espectáculo deportivo que originó la lesión del actor.

Continuando con en análisis de las decisiones judiciales, corresponde el turno a *“Bloise de Tucchi Cristina en J° 140.351 Bloise de Tucchi c/ Supermercados MAKRO S.A. p/dyp. s/ inc.”*

Este es un fallo por la Corte Suprema de Justicia de Mendoza de fecha 26 de julio de 2002 que trata acerca de un daño en la persona de la actora. La misma se dirige al supermercado con su marido y en oportunidad de ingresar al mismo, lo hace por una puerta de egreso al mercado, sin ser consciente de esto. Las puertas al instante en que está ingresando la actora se cierran ya que el sensor de apertura y cierre, por ser la

puerta de ingreso, se hallaban en la parte interna del mercado. El cierre de las mismas aprisionan su cuerpo produciéndole daños en el mismo.

Dicha Corte hizo alusión tanto al deber de información que era escaso ya que las puertas contaban con carteles con la palabra “ingreso” y “egreso”, lo cual era insuficiente para una persona no vidente, o niño o alguien que no sabe leer y, además, hizo alusión al art. 5 de la ley 24240 el cual que dispone: *"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"*.

En relación a esto, dijo que ***"Es verdad que la norma se refiere específicamente a los servicios prestados y a los productos enajenados, pero es también una pauta general, aplicable por analogía, relativa a la seguridad que deben prestar las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece."***

Confirma la relación existente entre la información adecuada que deben brindar los proveedores respecto de los bienes y servicios que proveen con el deber de seguridad que debe emerger de los mismos. Pero aclara que se amplía a toda las cosas que establecen la relación de consumo. Fija entonces, un criterio amplio de interpretación de la norma.

Por último, corresponde analizar el fallo *"Torres, Erica F. c/COTO C.I.C.S.A. y otro"* dictado por la Cámara Civil, Sala F, el 17 de septiembre de 2003.

Los hechos versan sobre el daño que sufre Erica Torres en la escalera mecánica del supermercado al cual demanda.

La actora se hallaba en unos de los pisos, más precisamente en el patio de comidas, cuando por el altavoz del supermercado se anuncia el repentino cierre del local. Por ese motivo todos los habidos en ese piso concurren a descender abruptamente por la escalera, único medio de acceso al patio de comidas.

Producto de los empujones a la pretensora se le queda trabada una de sus prendas de vestir en la escalera mecánica, la cual en ningún momento dejó de funcionar, a tal punto que Erica quedo tomada de un brazo a la escalera y su cuerpo colgando al vacío, situación sumamente riesgosa para la vida de ella, sumado al daño físico que también sufrió. Es por esto que promueve la acción de daños y perjuicios contra el supermercado.

En esta oportunidad, el órgano judicial tuvo en cuenta un defecto de construcción de la escalera, ya que resultaba excesivo el espacio entre el pasamanos y el balcón de blindex que debía proteger al público, por lo cual una persona delgada cuya ropa quedase aprisionada pudiera sufrir lesiones cuando la escalera e encuentre funcionando.

La Corte señaló que *"Un centro comercial o supermercado en el que se mueven miles de personas, debe ofrecer salidas adecuadas, eficientes y debe contar con personal idóneo y capacitado para cubrir esos menesteres; una escalera mecánica debe permitir a los visitantes subir o bajar con un mínimo de comodidad y seguridad. Por lo tanto, si el cliente está sometido a peligros, exponiéndose a riesgos meramente por intentar bajar de un piso a otro cuando lo hacen los restantes visitantes, la responsabilidad es de la propietaria y explotadora que no cuenta con los medios necesarios para prestar un servicio útil a los fines."*

Agrega que *"El particular que transita dentro de un supermercado y utiliza la escalera mecánica para trasladarse de un piso a otro es en definitiva un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240, siéndole aplicable los principios "in dubio pro consumidor": el deber de información y demás pautas constitucionales."*

Hechas las referencia a estas decisiones judiciales, se advierte que todas ellas son de fecha anterior a la reforma del año 2008 -la cual introduce a la figura "consumidor expuesto"-.

En todas ellas se le da legitimación al actor que, no siendo parte de una relación de consumo, sufre daños en ocasión o consecuencia de ésta.

En todas las situaciones se ha fundado en el artículo 42 de nuestra Constitución Nacional que incorpora la noción "relación de consumo" y los derechos con los que cuenta el consumidor, entre ellos, el derecho de seguridad que debe ser satisfecho por el proveedor.

Es decir, que a un sujeto le bastará con demostrar la relación de consumo -ya no que ha sido parte en el contrato de consumo como así lo establecía la Ley 24240 antes de su modificación mediante la ley 26.316- para que encuentre amparado su derecho de seguridad.

Así lo habían decidido los jueces: no circunscribir la tutela al contrato, sino a un aspecto mucho más amplio que otorga el artículo 42, a partir de la relación de consumo.

3) Conclusión

A partir de los fallos analizados puede verse que a raíz de esa amplitud que ofrece la relación de consumo y, junto con ella, el deber que debe de cumplirse respecto de la seguridad al consumidor, surge que no solo los sujetos que hayan contratado⁴³ directamente con el proveedor tienen legitimación en la acción de daños, sino también el que utilice esos bienes o servicios como destinatario final, y en general a todo aquel que se encuentre expuesto a una relación de consumo la cual pueda ocasionarle o le ocasione un daño en su persona o en sus bienes.

Esto fue recepcionado por los legisladores al sancionar la Ley 26.316 en el año 2008, modificatoria de la LDC por medio de la cual se incluye una nueva categoría de consumidor llamado doctrinariamente “consumidor expuesto”.

Entonces, el artículo 1° de la LDC, luego de esa reforma, había quedado redactado de la siguiente manera:

ARTICULO 1° — Sustitúyese el texto del artículo 1° de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, por el siguiente:

Artículo 1°: Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal 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. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

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.

Así estaba regulado este importante instituto hasta que con la sanción del CCyC fue modificado. Es decir, estuvo legalmente vigente hasta el 1 de agosto de 2015.

⁴³ Término utilizado en la original Ley 24.240

CAPITULO V:
CONSUMIDOR EXPUESTO. SU REGULACION A PARTIR DEL CCYC

Sumario: 1) Introducción. 2) Regulación actual. 3) Causas de su eliminación. Fundamentos del CCyC. 4) Opiniones doctrinarias. 5) Conclusión.

1) Introducción.

Hasta aquí he desarrollado diversas cuestiones en torno al instituto “consumidor”.

He plasmado primeramente qué se entiende por consumidor, no solo en el texto de nuestra norma, sino las interpretaciones brindadas en el ámbito externo como es en el MERCOSUR y E.E.U.U., para luego abordar en particular el tema que ocupa este trabajo, es decir, el consumidor expuesto. El mismo, según la doctrina, conforma una categoría de consumidor que como he mencionado, fue incorporado al cuerpo legal a partir de la reforma 26.316, a raíz de decisiones jurisprudenciales que interpretaron lo que el artículo 42 de la Constitución Nacional ordenaba.

En el año 2015, agosto, se sanciona el CCyC y con él se producen diversas modificaciones. El objeto de este trabajo es el análisis del *consumidor expuesto* a raíz de la eliminación de la última línea del artículo 1º en donde se hallaba regulado.

Por lo tanto, que esta figura tuvo vida desde el año 2008 hasta el 2015, momento en que se sanciona el CCyC y se vuelve a modificar la Ley 24.240, en el 1º artículo.

2) Regulación actual

El actual artículo 1º de la Ley -numerosamente reformada- 24.240, *carece* del último renglón donde estaba contenida la tutela de los derechos al consumidor expuesto a una relación de consumo. En lo demás, es prácticamente un espejo del anterior artículo 1º.

La actual redacción del artículo reza:

“ARTICULO 1º—Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

A su vez, se ha incorporado a los articulados que conforman el *nuevo* Código, el Título III especialmente dedicado a los “Contratos de Consumo”, dentro del cual el primer capítulo comienza con el título de “Relación de consumo”.

Estamos frente a una novedad legislativa del instituto incorporado en el '94 a la C.N. Dentro de dicho capítulo, y de los subsiguientes que conforman el Título, se hallan inmersas diversas disposiciones que hacen, a los que algunos llaman, el *núcleo duro* en miras a una mayor protección al consumidor.

Ahora bien, habiéndose eliminado gramaticalmente la última parte del artículo 1° de la LDC, son numerosas las opiniones que se han originado acerca de su preexistencia o por el contrario, de su correcta eliminación.

Analizaré primeramente las causas de su eliminación incluidas en los fundamentos del CCyC y posteriormente, las críticas que algunos autores han efectuado durante este corto tiempo.

3) Causas de eliminación del instituto *consumidor expuesto*. Fundamentos del CCyC.

El CCyC incorpora definiciones que se condicen con las prescriptas en la LDC. Éstas fueron incorporadas a los fines de que constituyan los *mínimos que actúen como un núcleo duro de tutela* y además, a los fines de solucionar *problemas* que se han venido dando en la Doctrina.

Sin embargo, se efectuó una depuración en la redacción y terminología -y así dice el Código- *conforme a observaciones efectuadas por la Doctrina*. Una de las afectadas a esta depuración fue la figura del “consumidor expuesto”.

Los integrantes de la Comisión Redactora⁴⁴ han manifestado que la incorporación de esta figura, en el 2008, fue una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil.

El consumidor expuesto se encuentra regulado en el país vecino en el Código mencionado bajo la Ley N° 8.078, pero bajo los Títulos: “De las prácticas comerciales” y “De la protección contractual”. Es decir, que solo en referencia a las prácticas comerciales y a la protección contractual es que los sujetos comprendidos como consumidor expuesto, encontrarán tutelados sus derechos.

Los integrantes de la Comisión Redactora argumentan que cuando se incorporó la figura en nuestro país, se lo hizo no circunscribiéndolo a las características del país vecino, sino como noción general, esto es, incluyéndolo dentro de los presupuestos subjetivos de la denominación Consumidor.

⁴⁴ Integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci

Agrega la Comisión que en oportunidades no se encontró límite a su amplitud y que la protección que otorgaba era *carente de sustentabilidad*.

Sigue diciendo: *“Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado al consumidor al peatón víctima de una accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de defensa de consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las prácticas abusivas ya que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.”*

Ricardo Lorenzetti se expidió de la siguiente manera: *“el texto de la ley 24.240 equiparaba a la noción de consumidor a “quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, lo que provocaba enormes incertidumbres acerca del verdadero alcance del estatuto consumerista, desvirtuando muchas veces el objeto que éste tiene en miras. A ello debe agregarse la necesidad de atender situaciones que no justifican la aplicación de una normativa que tiene como fundamento la asimetría de las partes que integran las relaciones de consumo⁴⁵.”*

4) Opiniones doctrinarias.

Para el especialista en derecho de Consumo, Fernando Shina, el argumento de la incorrecta traslación del Código Brasileiro es original, insólito y de una notable debilidad de contenido. La figura era verdaderamente revolucionaria y progresista que traía aire bueno a la sistemática. Su finalidad era proteger a victimas ajenas a una contratación pero causalmente vinculadas con un hecho que les ocasionó un daño. Allí se encuentra la clave, la relación causal entre el daño padecido por la víctima y el hecho dañoso. Señala, que el *bystander* por más amplia que resultase la figura para algunos juristas era un sujeto que había padecido un daño antijurídico y que se hallaba vinculado causalmente con la persona a quien le dirigía el reclamo. Es decir, que la existencia de un *bystander* presuponia también la de un proveedor, la de una infracción típica, la de un daño y la de una vinculación causal adecuada. Agrega que el anterior artículo 1º por más que no lo dijese, era claro que se refería a un sujeto que había padecido una práctica abusiva o antijurídica causalmente vinculada con el daño sufrido en su persona. Nadie puede reclamar un daño que no esté causalmente emparentado con un hecho, y además,

⁴⁵ Ricardo Lorenzetti. “Código Civil y Comercial Comentado”. Edit. Rubinzal – Cuzoni, Tomo VI, pág 233.

“el daño padecido por causa justa o jurídica no es reparable ni en español, ni en inglés ni en portugués”: sin antijuridicidad, no hay responsabilidad. Por último, el jurista señala que las verdaderas causas de la eliminación tienen origen en un sector integrado por la superpoderosas compañías de seguro.

Sergio Sebastián Barocelli, por su parte, centra su análisis en el concepto de “prácticas comerciales” y entiende que estos sujetos no han sido eliminados del concepto de Consumidor, sino reubicados en el artículo 1.096.

Dicho artículo prescribe que las normas contenidas en la sección 1º (referido a Prácticas abusivas) y la 2ª (Información y Publicidad dirigida a los consumidores) son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparables conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.

Considera elemental realizar un análisis de lo que se entiende por práctica comercial y citando a Ruben Stiglitz⁴⁶ y a la Directiva Comunitaria N° 29/2005 de la Unión Europea llega a la conclusión de que constituyen prácticas comerciales ilícitas: emitir ilicitudes publicitarias, desarrollar prácticas abusivas, desleales y agresivas, incumplir con los deberes de información, seguridad y trato digno e, incluso, introducir en el mercado productos defectuosos. Por tanto, entiende que el concepto de consumidor no ha sufrido morigeración alguna sino que continua comprendiendo tanto a los consumidores potenciales como a las víctimas de daños que no tiene un vínculo contractual con el proveedor, sea el daño originado por el incumplimiento del deber de seguridad, defecto en el producto o servicios, especialmente fundamentado en el defecto de información sobre riesgos y daños.

Otra opinión que me resulto interesante incluir en el presente es la de Santiago Jose Peral, que se expide al respecto y lo señala como un retroceso en la protección que el estatuto de consumo brinda a consumidores y usuarios en nuestro derecho, sumado a la contradicción que se genera con la interpretación realizada por la Corte en fallos como entre otros, “Mosca” comentado anteriormente. Objeta que se señale que las depuraciones realizadas por la comisión redactora hayan sido consecuencia de las observaciones efectuadas por la Doctrina, sin aclarar cuál es la doctrina en la que se apoya, siendo que la doctrina mayoritaria a partir de la XXII Jornada Nacional de Derecho Civil de 2011, no solo admitía esta figura sino que le daba dos interpretaciones

⁴⁶ Stiglitz, Ruben. Reconocido jurista argentino. “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el CCyC de la Nación.” Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 103.

posibles. Estas eran: a) la que ciñe al damnificado real y efectivo como consecuencia de una relación de consumo de la que no es parte, b) la que lo sitúa en un ámbito más amplio, que concierne a la tutela preventiva en el mercado y a los intereses colectivos. Agrega que respecto de la *carencia de sustentabilidad y límites de la amplitud* del bystander también es inadecuado ya que desde su incorporación por la Ley 26.361 solo contaba con menos de cinco años desde su creación, por lo que no le dio a la jurisprudencia tiempo suficiente para que pueda delimitar o delinear adecuadamente el contorno de dicho instituto.

Por su parte, Dante Rusconi, que comparte la opinión de los anteriores autores señalados, agrega que esta categoría de consumidor era molesta para algunos grupos poderosos como ser el del ámbito del seguro. Señala que para su supresión se implementó un argumento de autoridad que no se ajusta a la verdad. Con ello refiere al argumento de que las depuraciones realizadas por la comisión redactora hayan sido consecuencia de las observaciones efectuadas por la Doctrina. Indica que dicha figura en las conclusiones de la Comisión 8 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán de 2011 y la edición XXIX realizada en la Ciudad de Buenos Aires en el 2013, fueron respaldadas unánimamente y además, en la última de las mencionadas, se aprobó un despacho de la mayoría donde se propició la declaración de inconstitucionalidad de cualquier intento legislativo que persiguiera su supresión.

Alejandro Horacio Barletta, entiende que no es una solución aceptable eliminar la figura cuando ésta presenta el problema de la difícil limitación de su concepto. Esto es lógico dice *“porque si es al consumidor a quien se pretende resguardar, no se entiende como se evidencia tal tutela si él será sujeto de una acción de daños y perjuicios derivada del vicio de una cosa o cuya responsabilidad en la relación acotada de consumo recae sobre el fabricante o productor”*. Solo le cabe al tercero ajeno la acción contra el dueño, que no es otro que el consumidor. Si no se le da legitimación activa al bystander, el sistema de responsabilidad se torna complejo y puede ser utilizado para eludir deberes impuestos a quien pone en circulación un producto defectuoso. Por tanto, no corresponde borrar de un plumazo lo que se ha logrado con tanto esfuerzo, sino darle justos límites, inclusive, propone realizar distinciones terminológicas de la idea de defecto de los productos y servicios, describiendo los productos y servicios, sus defectos

y la extensión de responsabilidad por aquellos perjuicios causados por la puesta en circulación de productos defectuosos, como sí ha hecho Estados Unidos y Europa.

5) Conclusión.

Expuestas algunas de las numerosas opiniones esgrimidas por los principales juristas es evidente la negativa existente en cuanto a la eliminación de este instituto como sujeto equiparable al consumidor llevada a cabo por la reciente reforma. Todos los mencionados encuentran insuficiente los fundamentos dados por la Comisión Redactora para argumentar su eliminación otorgándoles a sus opiniones fundamentos sólidos.

Si bien hay quienes consideran que la figura continúa vigente, como lo hace Santarelli a partir del análisis del término “Prácticas Comerciales”, lo cierto es que frente a una interpretación literal de dicho artículo, al haberse eliminado la última parte donde se lo mencionaba expresamente, esas esperanzas se desvanecen. Y esto es lo que ocurre para la mayoría de los juristas.

De lo que no caben dudas es que, a partir de una interpretación literal de los artículos y de los fundamentos, esta figura hoy designada por el artículo 1096 como *persona expuesta a las prácticas comerciales* continúa estando amparada por el estatuto consumeril, siempre y cuando este sujeto se encuentre frente a prácticas abusivas, defectos en la información o en los casos de publicidad engañosa.

CAPITULO VI:
IMPLICANCIAS DE SU ELIMINACION EN EL DERECHO.
SU PROTECCIÓN LEGAL A PARTIR DE LA REFORMA 26.994

Sumario: 1) Introducción. 2) Sección 1ª y Sección 2ª: trato digno, publicidad engañosa y falta de información. 3) Productos defectuosos. 4) Deber de seguridad. 5) Seguros. a) Naturaleza. b) Definición. c) Su relación con el bystander. 6) Conclusión

1) Introducción.

La figura del bystander continúa siendo reconocida por el CCyC vigente. Es decir que los derechos de él continúan estando bajo la tutela de los derechos de los consumidores pero con las modificaciones detalladas en el capítulo anterior.

Este capítulo se desarrollará a los fines de dar a conocer los supuestos en donde un ciudadano argentino contará con la protección consumeril cuando se encuentre frente a una relación de consumo de la cual no es parte.

2) Sección 1ª y Sección 2ª trato digno y Publicidad engañosa y falta de información

Como adelanté, según la reforma 26.994, las personas expuestas a prácticas comerciales continuarán estando legitimadas pero con las limitaciones a cuestiones contenidas en estas dos Secciones, relativas al trato digno, información y publicidad.

Respecto a las disposiciones al trato digno contenidas en la sección 1ª de Prácticas abusivas se aplican a:

- la garantía en las condiciones de atención: se refiere a la falta o deficiente atención al cliente -consumidor-. “Atender” implica recibirlo adecuadamente, escucharlo, informarlo, asesorarlo, advertirle sobre los riesgos, habilitar centros de atención al cliente de acceso real y efectivo, capacitar a quienes ejercen la representación del proveedor o son su cara visible frente al consumidor.

- trato digno, protección de la dignidad de la persona: Al hacer referencia al “trato digno”, la norma se refiere principalmente a un aspecto externo o social, es decir, al honor, respeto o consideración que se debe a la persona. La “dignidad humana” es un principio elemental de derecho natural, y es de carácter supra-estatal. El honor y la dignidad corresponden a toda persona como derechos inalienables, innatos e inseparables de ella. La dignidad, reza el artículo 1097 *“debe ser respetada conforme los criterios generales que surgen de los Tratados de Derechos Humanos”*⁴⁷

La LDC en su artículo 8 bis, al igual que el nuevo artículo 1097 del CCyC, hace referencia al trato digno diciendo que los proveedores *“(…) deberán abstenerse de*

⁴⁷Existe un fallo cuyos autos son “Bauer de Hernández Rosa c/ Carrefour Rosario s/ indemnización daño moral” dictado por el Juzgado en lo Civil y Comercial de la 9ª Nominación, donde el respeto a este derecho se torna imperioso. En la misma se resolvió que: *“es procedente la indemnización del daño moral reclamado por un consumidor que con motivo de la activación de las alarmas instaladas a la salida del hipermercado del demandado, fue objeto de un control abusivo por parte de los dependientes de éste a través de un innecesario despliegue que afectó su honor, a lo cual debe sumarse la circunstancia de que ante el resultado negativo del control, las disculpas del caso no fueron explicitadas con igual resonancia para su conocimiento por todos los concurrentes”*.

desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias (...)

- trato equitativo y no discriminatorio: Respecto al trato equitativo y no discriminatorio, el artículo 1098 del CCyC dice: “(...) *No se pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.*”

A su vez, el artículo 8 bis de la LDC respecto a este concepto dice: “*No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice.*”

- tutela en la libertad de contratar: esto tiende a que el consumidor pueda prestar su consentimiento de manera plena y sin ningún tipo de condicionamientos, presiones por parte del proveedor. Contiene una prohibición amplia cuyo objeto es alcanzar a toda clase de técnica o método empleado en la comercialización de bienes de consumo que atenten contra la libertad cercenándola o suprimiéndola. En definitiva se pretende impedir conductas tales como las famosas “venta atadas”, tal es el caso en donde para la apertura de una cuenta bancaria sea condición la contratación de un seguro de vida.

Respecto a la Sección 2ª, se regulan los supuestos en donde exista falta de información o publicidad engañosa.

Es decir, esta Sección por un lado consagra una obligación general de información, que hace a la transparencia informativa en los contratos de consumo (deber que ya existía en la LDC en el artículo 4º) donde en ambos se regulan que los proveedores deben poner en conocimiento al consumidor las características esenciales del bien o del servicio que provee así como también las condiciones de comercialización y toda otra circunstancia relevante para la celebración del contrato. Esta información debe ser siempre: cierta, detallada, gratuita y clara para facilitar su comprensión.

También consagra el deber relacionado a la publicidad y amplia y sistematiza su regulación. Esta Sección, en el artículo 1101, se define la publicidad prohibida, incluyendo las categorías de publicidad engañosa, comparativa, abusiva, inductiva y discriminatoria. Se especifican las acciones que disponen los legitimados frente al juez.

Además, y no menos importante, dispone expresamente que las precisiones formuladas en las publicidades se tienen por incluidas en el contrato obligando de esta forma al oferente. Es decir, la publicidad integra el contrato.

Esto también estaba regulado en la LDC, en su artículo 8 bis, donde se lo dota al consumidor de facultades en caso de incumplimiento de la oferta por parte del proveedor.⁴⁸

A riesgo de ser reiterativa pero con la finalidad de ser clara: una persona estará legitimada para iniciar acciones invistiéndose como consumidor expuesto cuando:

➤ Él como consumidor:

- Reciba por parte del proveedor un trato que *no* sea digno, equitativo y/o discriminatorio.

También cuando:

➤ el proveedor:

- no garantice condiciones de atención
- restrinja la libertad de contratar subordinando la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros.
- restrinja de cualquier otra manera su libertad de contratar
- no brinde toda la información respecto de las características del producto o servicio y de las condiciones de comercialización, y toda otra relevante para el contrato.
- no brinde información cierta, detallada, clara y gratuita
- realice publicidad: a) falsa que tenga por fin inducir al consumidor en error respecto de los elementos esenciales del producto o servicio, b) comparando su producto con otros ocasionándole error al consumidor, c) abusiva, d) discriminatoria e) induciendo al consumidor a comportarse de manera perjudicial para su salud o seguridad.
- no cumpla con las precisiones ofrecidas en la publicidad o anuncios.

En conclusión, frente a estos casos, y sólo frente a éstos, el CCyC sí dota expresamente de legitimación activa a la figura tema de este trabajo.

⁴⁸ Ver artículo 8 bis de la Ley 24.240.

3) Productos defectuosos

Habiéndose expresado cuándo el CCyC reconoce legitimación al bystander, y habiéndose vislumbrado la ausencia de responsabilidad en los casos de productos defectuosos, analizaré en este punto qué ocurre, entonces, en este supuesto que comprenden uno de los grupos donde el consumidor más requiere de protección.

Siguiendo a Lorenzetti, en el comentario a los artículos 1051/3 del CCyC, se define como defecto oculto a aquellos que se caracterizan por ser desconocidos y por su existencia al momento de la adquisición; se trata de dos elementos constitutivos referidos a la falta de una cualidad normal que se verifica a nivel de la materialidad de la cosa objeto mediato del contrato. La magnitud del defecto carece de relevancia.

Por su parte, dentro del universo de defectos ocultos, el artículo 1051, inciso segundo, califica de vicios redhibitorios a aquellos defectos caracterizados particularmente por presentar cierta gravedad. Expresa la citada disposición que "...hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor".

Los cambios introducidos por el conjunto de disposiciones comentadas otorgan a la responsabilidad por defectos ocultos perfiles más amplios que los que se atribuía a la tradicional garantía por vicios redhibitorios en el código derogado, en tanto posibilita el reclamo del adquirente ante defectos de menor entidad, siempre que fueren ocultos y preexistentes o concomitantes a la adquisición de la cosa.

Por lo tanto, solo el adquirente -ya sea consumidor directo o el consumidor equiparado según la LDC- cuenta con el derecho de reclamar.

De lo que surge de las disposiciones de dicha ley y del CCyC, parecería ser que en estos casos en donde el producto o servicio presente un defecto el consumidor expuesto, por no estar éste regulado, no estará legitimado para reclamar la garantía al proveedor.

Sin embargo, esto podría revertirse -tomando en parte la idea del Dr. Sebastián Barocelli- si se haría alusión a la directiva Comunitaria N° 29/2005 de la Unión Europea. Ella define a las **prácticas comerciales** como *todo acto (...) procedente de un comerciante (...) y directamente relacionado con (...) el suministro de un producto a los consumidores.*

¿De qué manera sería útil esta idea?

Como se mencionó, el Consumidor expuesto está legitimado para entablar acción por daños devenidos de prácticas -comerciales- abusivas, pero en nuestro país el concepto de *práctica comercial* no está regulado por la Ley de manera expresa, por lo cual se podría tomar lo que la Unión Europea entiende por estas prácticas y de esa manera hacer aplicable ese concepto en nuestro país, en el caso concreto. Éste podría resultar un argumento válido al momento de interponer una acción por parte del bystander.

4) Deber de seguridad.

Como he desarrollado en el capítulo 4: “Consumidor Expuesto y Deber de Seguridad: Jurisprudencia”, este deber a cargo de los proveedores no ha sufrido modificación alguna a partir de la sanción del CCyC. El mismo sigue vigente. Esto es así, reitero, ya que el deber de seguridad está regulado de manera expresa en la LDC⁴⁹.

Existen disposiciones referidas al consumo que han sido incorporadas al CCyC con el objeto de brindar un núcleo duro de tutela a los mismos, es decir, para garantizar que no sean modificados fácilmente, ya que si bien el CCyC es una ley no es la misma de fácil y común modificación como sí lo es la LDC. Por lo tanto, estas incorporaciones –dice la Comisión Redactora- buscan resguardar los derechos que se consideran fundamentales para los consumidores.

Sin embargo, no se sumó a esas incorporaciones el deber de seguridad que solo sigue regulado de manera expresa en la LDC. Por tanto, podría ocurrir en un futuro que se modifique la LDC eximiendo de dicha responsabilidad.

Lo que voy a decir es que este deber, pese a no estar expresamente regulado en el CCyC, también conforma el *núcleo duro de tutela* contenido en el CCyC ya que se halla inmerso implícitamente. Esto es así ya que existe una estrecha vinculación entre el deber de seguridad y el trato digno.

⁴⁹ Pizzarro. Op. Cit.2.: “(...) *gran parte de la utilidad de la obligación tácita de seguridad en el plano resarcitorio se ha desvanecido significativamente. (...) ya no es necesario acudir a ella para fundar la responsabilidad por el hecho de las cosas, o por actividades riesgosas, o por el hecho ajeno en materia contractual u obligacional. Tenemos ahora un marco específico (arts.732, 1753,1757, 1758 y concs.) que puede ser aplicado sin inconvenientes en toda tipología de responsabilidad. (...) Existen supuestos en los cuales expresamente la ley ha determinado la existencia de una obligación de seguridad que subsisten y consolidan al CCyC y su legislación complementaria, tal lo que sucede, por ejemplo, en el Contrato de Transporte (art. 1289 inc. c) 3), con las previsiones de la Ley 23.184 que regula las responsabilidades de las entidades o asociaciones participantes en un espectáculo público deportivo.*” LA LEY 21/09/2015. Cita Online: AR/DOC/2538/2015.

Mis dichos se fundan en un decisorio de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que analizaré donde la misma se ha expedido acerca del deber de seguridad y su relación con el trato digno.

En el fallo⁵⁰ de referencia la acción es interpuesta por una de las partes del contrato, ya que ésta había realizado un contrato de transporte. Los hechos versan sobre un pasajero que sufre en un tren un asalto y luego es arrojado a las vías en movimiento. El máximo Tribunal se expide en referencia a que los responsables deben adoptar las diligencias mínimas para que el tren una vez en marcha circule con las puertas cerradas y evitar que pasajeros viajen ubicados en lugares peligrosos para la seguridad -es decir cumplir con el derecho de seguridad a los consumidores y usuarios- también esa persona que sufre daños debe recibir un trato digno, y con ello se refiere a que se deben adoptar medidas para que éste sea atendido como una persona humana con dignidad. Es por ello que se consideró que la existencia de accesos y puertas de salida adecuadas a la circulación masiva de personas hace fundamentalmente al derecho de seguridad pero también a la dignidad del trato.

Por lo tanto, por la estrecha vinculación existente entre esos dos derechos, es que no puede dejarse por fuera de ese *núcleo duro* al deber de seguridad, y es por ello que se encuentra implícitamente contenido no pudiendo ser objeto de una supuesta y futura modificación.

5) Seguros.

a) Naturaleza.

El contrato de seguro no ha sido objeto de modificación por el nuevo Código.

*“El contrato de seguros es un contrato de consumo que regula la relación entre asegurado y aseguradora por el cual el asegurado pasa a ser usuario o consumidor de seguros”*⁵¹. En la generalidad de las situaciones queda sujeto a la categoría de contratos por adhesión, en cuanto “la libertad contractual del adherente se limita a la autodecisión (facultad de contratar o no contratar) y si se trata de bienes imprescindibles, ni siquiera aquella existe. La autorregulación, como facultad de concertar las cláusulas del contrato, desaparece en lo absoluto. La igualdad y libertad económicas se encuentran desequilibradas. Ello determina la necesidad de examinar desde afuera el contenido

⁵⁰: CSJN: Ledesma, Maria Leonor c/ Metrovías S.A. del 22/04/2008 y UMH c/ Transportes Metropolitanos Gral Roca del 09/03/2010.

⁵¹ Berta P. Furrer : “Contratos de Consumo y Seguro”, pág. 7

contractual para asegurarse de la inexistencia de vicios invalidantes en el consentimiento residualmente prestado, o la existencia de cláusulas abusivas”⁵²

b) Definición.

Respecto a este tema en particular primeramente debemos definir qué se entiende por este tipo de contrato.

Según la Ley especial, N° 17.418 Ley de seguros, en su artículo 1 lo define de la siguiente manera: *“Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto.”*

c) Su relación con el bystander

En el ámbito de “Seguros” se hallan grandes implicancias devenidas de la eliminación de la figura bystander.

Como ya se mencionó anteriormente, en oportunidad de plasmar los fundamentos efectuados por la Comisión Redactora del CCyC, se puede evidenciar la imperiosa necesidad de eliminar a esta figura. Tal es así que expresamente la Comisión no considera correcto que el peatón víctima de un accidente de tránsito sea considerado consumidor con relación al contrato de consumo celebrado entre el responsable civil y su aseguradora. Es decir, que no comparte lo ya impreso en diversos fallos jurisprudenciales respecto de que una persona, víctima de un accidente de tránsito, tenga acción directa contra las compañías de seguro.

Lo cierto es que estas víctimas sí tienen derecho a ser resarcida por los daños que sufre. Este es un derecho contenido en el artículo 1716 del CCyC⁵³ y debe ser respetado independientemente de la calidad de consumidor que embiste la víctima.

Es por ello que autores como Fernando Shina han incorporado la posibilidad de llevar a cabo una acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las compañías de seguro, y ésta idea emerge del artículo 1027 del CCyC. Cabe mencionar la obligatoriedad de la contratación de un seguro en cuanto refiere a automóviles contenida

⁵² Stiglitz, Rubén S., Contratos Civiles y Comerciales. Parte General, Bs. As., AbeledoPerrot, Bs. As., 1998, n° 219, p. 253.

⁵³ CCyC. Artículo 1716: *“Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.”*

en el artículo 68 de la Ley de Tránsito N°24.449 hoy vigente tendiente a la responsabilidad civil en favor de terceros.⁵⁴

El artículo premencionado prescribe:

“Artículo 1027: Estipulación a favor de tercero. Si el contrato contiene una estipulación a favor de un tercero beneficiario, determinado o determinable, el promitente le confiere los derechos o facultades resultantes de lo que ha convenido con el estipulante. El estipulante puede revocar la estipulación mientras no reciba la aceptación del tercero beneficiario; pero no puede hacerlo sin la conformidad del promitente si éste tiene interés en que sea mantenida. El tercero aceptante obtiene directamente los derechos y las facultades resultantes de la estipulación a su favor. Las facultades del tercero beneficiario de aceptar la estipulación, y de prevalerse de ella luego de haberla aceptado, no se transmiten a sus herederos, excepto que haya cláusula expresa que lo autorice. La estipulación es de interpretación restrictiva.”

Se trata de una estructura contractual particular, ligada por relación de conexidad causal con otra, que opera como relación jurídica base.

Además, es uno de los supuestos básicos de excepción al principio de relatividad de los efectos de los contratos.

En verdad, los contratos pueden contener estipulaciones a favor de terceros. En estos casos hay una relación base entre el estipulante y el promitente. El tercero generalmente llamado beneficiario no es parte del contrato base, sólo presta una adhesión perfeccionante. Sin embargo, puede aceptar o no la ventaja, ya que se trata de una facultad de libre ejercicio. Si la acepta debe hacerlo saber al promitente y puede accionar directamente contra el promitente y contra el estipulante.

La estructura subjetiva de la estipulación a favor de tercero está integrada por:

a) el estipulante, que es quien enuncia el sentido y los alcances de la estipulación. Es el sujeto con quien el promitente ha celebrado el contrato. En este caso sería la compañía de seguros.

⁵⁴ Ley 24.449. Artículo 68. — SEGURO OBLIGATORIO. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no. Igualmente resultará obligatorio el seguro para las motocicletas en las mismas condiciones que rige para los automotores. (...)

b) el promitente, que es quien se obliga frente al estipulante a ejecutar las prestaciones a favor del tercero, o sea es el que cede al beneficiario los derechos que había acordado con el estipulante. Que en este caso sería el titular de la póliza de seguros, y

c) el beneficiario, quien será acreedor de las prestaciones convenidas entre el estipulante y el promitente. No debe ser el representante del estipulante, sino un sujeto con un interés distinto. Y como bien dice el artículo puede ser una persona determinada por el promitente o indeterminada pero luego de la celebración del contrato se hará esa determinación. Este sujeto se hace asimila a una víctima de accidente de tránsito y dicha determinación se entiende que operará en el momento del hecho dañoso (accidente)

El autor plantea como válida la posibilidad de que este artículo habilite a que el beneficiario (víctima) tenga acción directa contra el estipulante (compañía de seguros). Su argumento es válido al plantear que la norma regula la introducción de terceros dentro de un contrato celebrado entre personas sin ninguna vinculación jurídica con esos terceros, constituyendo una ruptura al efecto relativo de los contratos y admitiendo una asociación jurídica entre el deudor, acreedor y beneficiario indeterminado que no tuvo ninguna participación en la formación del acuerdo.

Este tercero, como adelanté, se convierte en beneficiario y resulta determinable a partir del accidente y es a partir de ese momento que puede hacer uso de su derecho de aceptar o repudiar ese beneficio.

En miras al derecho que tiene el estipulante de efectuar la revocación, éste solo podrá llevarla a cabo si:

- 1ro. se produce un el suceso dañoso (recordemos que es ese momento en el cual el tercero ajeno queda investido en beneficiario),
- 2do. cuando la víctima no acepte el beneficio y, además,
- 3ro. cuando el promitente autorice esa revocación.

Lo cierto es que son pocas las probabilidades de que una víctima rechace la posibilidad de demandar a una aseguradora ya que existen muchas posibilidades de que haciéndolo logre el resarcimiento económico que merece.

Sumado a eso, tampoco parecería viable la posibilidad de que el promitente autorice la revocación, ya que de esa manera resultaría él mismo como único responsable de los daños ocasionados a la víctima.

En definitiva y para concluir, una víctima de accidente de tránsito puede aún encontrar respuestas en el CCyC, esto es, invocando el artículo 1027, para resguardar su derecho de reclamar hacia un sujeto solvente como lo son las aseguradoras, pese a la *derogación* expresa que sufrió bystander. Quedará en los jueces la responsabilidad de negarles o admitirles a estas víctimas su posibilidad de obtener un resarcimiento por el daño que se le ha ocasionado.

6) Conclusión.

Si bien con la última reforma del año 2015 se han modificado varios de los artículos de la LDC, en este capítulo se busco demostrar que el bystander no ha dejado de estar amparado, ya sea tanto en las prácticas abusivas -noción que se desprende del análisis gramatical de la norma-, como así tampoco en lo que atañe al deber de seguridad. A su vez, tampoco se ha disminuido la responsabilidad del proveedor por los productos defectuosos que éste incorpore al Mercado y que ocasionen un daño a un sujeto que no es parte de la relación de consumo, es decir, subsiste el derecho de reclamar por parte de bystander por productos defectuosos. Y por último, tampoco carecerá de protección legal en los supuestos de accidentes de tránsito donde a partir del artículo estudiado N° 1027 del CCyC, queda abierta la posibilidad y con ella, la vía al bystander de reclamar directamente a las compañías de seguro. Esto pese al intento de eliminación de esta categoría de consumidor por la Comisión Redactora.

CAPITULO VII:
CONCLUSIÓN FINAL Y PROPUESTA

CONCLUSIÓN FINAL Y PROPUESTA

A lo largo de este trabajo he desarrollado diversas cuestiones referidas al consumidor expuesto. Primeramente se han abordado las nociones generales para poder entender de qué se habla cuando se dice que un sujeto es un consumidor. Se han analizado las distintas regulaciones existentes en los países limítrofes como así también en Naciones Unidas y en uno de los países más importantes del mundo como lo es Estados Unidos. Todo ello en miras a resaltar la importancia que representa *el consumidor*.

En todos ellos se evidencia la magnitud y creciente protección de los derechos de este sujeto vulnerable a las prácticas que se desarrollan en el mercado.

Justamente de esta vulnerabilidad y de la imparable evolución con la que se mueve el mercado mundial es que los consumidores precisan ser protegidos. Es tarea de los Estados dicha protección a través del dictado de normativa suficiente para el resguardo de los mismos.

De la protección general de los derechos que merece el consumidor surge la noción consumidor expuesto. Es vulnerable este consumidor frente a todas las prácticas comerciales que se lleven a cabo. Merece, un sujeto que se embista como bystander, protección tanto a su salud y seguridad como a los bienes de su propiedad.

En esto se funda este concepto, en la seguridad que *merecemos* todos los sujetos que en todas y cualquier ocasión podemos estar investidos como consumidores expuestos a relaciones de consumo que nos son ajenas.

Correctamente lo receptaron los legisladores en la reforma a la LDC en el año 2008 incorporando este instituto. Pero ahora, actualmente, se decide prescindir de él, dejar a las personas sin protección cuando estén expuestas a relaciones de consumo. Porque si bien sí se los protege en los casos que hemos visto (esto es: trato digno, equitativo, no discriminatorio, adecuada información y publicidad) no abarca a todos los ámbitos en donde pueden presentarse situaciones riesgosas para los consumidores.

El derecho del consumidor expuesto, que durante 5 años ha sido equiparado y tutelado de igual manera que al consumidor propiamente dicho y al indirecto, ahora sea inexistente, es un error. Más aún, con los desiertos fundamentos que motivaron a su eliminación; argumentos que no tienen razón de ser ya que no se encuentra en la Doctrina -o al menos en la mayoritaria- esos indicios o recomendaciones a los que la Comisión Redactora hace mención. No tiene argumento válido el hecho de que muchísimos ciudadanos que sufran daños en su persona o en sus bienes no se

encuentren tutelados bajo el Estatuto de Consumidor. Conforman una decisión para algunos -en verdad para la mayoría de ellos- económica, el hecho de dejar de lado a un sinnúmero de personas que van a tener conflictos sin posibilidad de resolverlos con los beneficios que revisten a los consumidores, teniéndose que armar en la lucha judicial para hacer valer sus derechos.

Resulta lógico que los conflictos que se den en el ámbito comercial no se circunscriban a la publicidad, trato digno, equitativo y no discriminatorio e información sino que se amplíe a lo que son la mayoría de los casos, en donde el daño seguramente sea mayor, y con esto me refiero a los casos en los que los productos o servicios sean defectuosos y con él, el deber de responder que tiene quien insertó ese bien o servicio en el Mercado. Es por ello que a modo de propuesta del presente trabajo elaboré un artículo para una supuesta reincorporación de la figura de análisis a nuestro CCyC.

Si bien uno de los argumentos de dicha eliminación fue la problemática que acarrea la no limitación del concepto, es decir, su gran amplitud, lo que se pretende con esta propuesta es aportar a una correcta delimitación y evitar lo que está sucediendo actualmente: que ante este problema de limitación no se halle regulada.

La incorporación va dirigida al ordenamiento normativo señalado porque éste, en base a sus *Fundamentos*, contiene los principios generales de protección mínima del consumidor, los cuales no podrán ser derogados sin afectar esto al sistema.

El artículo de creación propia reza:

Artículo 1092 bis: Consumidor expuesto. Equiparación. Supuestos. Remisión.

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en las Secciones 1ª y 2ª del Capítulo 2, queda equiparado al consumidor, toda persona humana que se encuentre expuesta a una relación de consumo, siempre que se halle frente a los siguientes supuestos:

- a) productos y servicios introducidos al mercado por proveedores, los cuales resulten defectuosos y le ocasionen un daño, ya sea en su persona o en los bienes de su propiedad.*
- b) la seguridad que deben prestar las cosas y los servicios a través de las cuales la relación de consumo se establece.*
- c) cuando los daños deriven de un accidente de tránsito, siendo o no la víctima parte del contrato de seguros celebrado, por aplicación del artículo 1027.*

Hasta tanto esta reincorporación suceda, por nuestra parte, los estudiantes y abogados que consideramos de gran valor esta figura por la protección que brinda, haremos lo posible al momento de solicitar al juez una interpretación amplia de la norma y que acudan al *diálogo de fuentes*, a nuestra historia jurisprudencial y no se circunscriban a la interpretación literal de la norma hoy vigente.

ANEXOS

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

TITULO I

NORMAS DE PROTECCION Y DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 1° — Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal 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. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

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.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

ARTICULO 2° — PROVEEDOR.

Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y 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.

(Artículo sustituido por art. 2° de la [Ley N° 26.361](#) B.O. 7/4/2008)

ARTICULO 3° — Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia.

Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.

Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

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

(Artículo sustituido por art. 3° de la [Ley N° 26.361](#) B.O. 7/4/2008)

CAPITULO II

INFORMACION AL CONSUMIDOR Y PROTECCION DE SU SALUD

ARTICULO 4° — 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 su comercialización.

La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

(Artículo sustituido por art. 4° de la [Ley N° 26.361](#) B.O. 7/4/2008)

ARTICULO 5° — Protección al Consumidor. 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.

ARTICULO 6° — Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y 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 y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el artículo 4 responsables del contenido de la traducción.

CAPITULO III

CONDICIONES DE LA OFERTA Y VENTA

ARTICULO 7° — Oferta. La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones.

La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer.

La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley. (Ultimo párrafo incorporado por art. 5° de la [Ley N° 26.361](#) B.O. 7/4/2008)

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

En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente. (Párrafo incorporado por el art. 1° de la [Ley N° 24.787](#) B.O. 2/4/1997)

ARTICULO 8° bis: Trato digno. Prácticas abusivas. Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas.

En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial.

Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor.

(Artículo incorporado por art. 6° de la [Ley N° 26.361](#) B.O. 7/4/2008)

ARTICULO 9° — Cosas Deficientes Usadas o Reconstituidas. Cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna

deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indicarse las circunstancias en forma precisa y notoria.

ARTICULO 10. — Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar:

- a) La descripción y especificación del bien.
- b) Nombre y domicilio del vendedor.
- c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere.
- d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley.
- e) Plazos y condiciones de entrega.
- f) El precio y condiciones de pago.
- g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente.

La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes.

Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto.

Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor.

La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley.

(Artículo sustituido por art. 7° de la [Ley N° 26.361](#) B.O. 7/4/2008)

ARTICULO 10 bis. — Incumplimiento de la obligación. 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)

ARTICULO 28. — Seguridad de las Instalaciones. Información. Los usuarios de servicios públicos que se prestan a domicilio y requieren instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos.

CAPITULO X

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

ARTICULO 40. — 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 correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

(Artículo incorporado por el art. 4° de la [Ley N° 24.999](#) B.O. 30/7/1998)

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

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

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

- a) La norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta;
- b) Estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas;
- c) Sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.

(Artículo sustituido por art. 59 de la [Ley N° 26.993](#) B.O. 19/09/2014)

JURISPRUDENCIA

1) "*Torres, Erica Fabiana c/ COTO C.I.C.S.A. y otro s/daños y perjuicios - sumario*" - CNCIV - SALA F - 17/09/2003. Sumario

La medida la tomó la sala F de la Cámara Nacional en lo Civil en el marco de los autos "Torres, Erica Fabiana C/Coto C.I.C.S.A. Y Otro S/Daños Y Perjuicios" los cuales llegaron a la alzada en razón del recurso de apelación que impuso la parte actora cuando en primera instancia se rechazó la acción.

Los hechos que se debatieron en la sala se dieron el 25 de julio de 1999 en el supermercado de la demandada ubicado en la Avenida. Seguro 1071 cuando la actora intentó bajar por una escalera mecánica, al momento del cierre del patio de comidas, y fue arrastrada a través de la abertura existente en una baranda del primer piso.

Según relató la mujer, había en el lugar cerca de 200 personas que intentaron descender, ante el anuncio de cierre del lugar, y que el "evitable" tumulto que se generó la empujó y que luego al ser apresada su vestimenta pasó por encima del pasamanos y quedó literalmente colgada de un brazo de la baranda del primer piso, de donde fue rescatada por ocasionales clientes del local.

Cuando el caso se debatió en el tribunal, los jueces recordaron que la obligación de seguridad es de "resultado" y que su incumplimiento "lleva aparejada responsabilidad contractual objetiva".

En ese sentido, sostuvieron que "velar por el desenvolvimiento regular de la circulación en los corredores del supermercado no es una obligación accesoria, extraña a la empresa, sino muy propia de la índole del servicio" y que el deber de custodia es "lo suficientemente amplio como para abarcar en su contenido prestaciones tales como la vigilancia permanente, la remoción inmediata de obstáculos o elementos extraños y el control ininterrumpido de los mecanismos".

Además, aseveraron que con el dictado de la ley 24.240 de Defensa de los Consumidores y Usuarios se concreta en nuestro sistema un nuevo criterio general de derecho, que es "el principio de protección al consumidor" receptado constitucionalmente en la reforma de 1994, con la cual ese principio obtuvo "primera jerarquía al quedar categóricamente incorporado al art. 42 de la ley suprema".

Asimismo, los camaristas marcaron que el particular que transita dentro de un supermercado y utiliza la escalera rodante para trasladarse de un piso a otro, es "en

definitiva un usuario que se ajusta a lo determinado por los arts. 1 y 2 de la ley 24.240; y la empresa es un típico proveedor de servicios”.

También, opinaron que la presencia de otros clientes -especialmente a la hora de cierre, máxime si se anuncia súbitamente-, en el intento o cometido de bajar simultáneamente por medio de una escalera mecánica de salida, “no puede considerarse como imprevisible” y tampoco lo es que en tal intento “un cliente haga presión o empuje a otros”.

Los vocales expresaron que un centro comercial o supermercado en el que se mueven miles de personas, debe “ofrecer salidas adecuadas, eficientes y debe contar con personal idóneo y capacitado para cubrir esos menesteres; una escalera mecánica debe permitir a los visitantes subir o bajar con un mínimo de comodidad y seguridad”.

Por lo tanto, manifestaron que “si el cliente está sometido a peligros, exponiéndose a riesgos meramente por intentar bajar de un piso a otro cuando lo hacen los restantes” visitantes, la responsabilidad es de la propietaria y explotadora que no cuenta con los medios necesarios para prestar un servicio útil a los fines”.

2) “*Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios*” Sumario

Hechos

Una persona lesionada mientras se hallaba en la vía pública, en las inmediaciones del estadio donde se disputaba un partido de fútbol profesional, promovió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en instancia originaria, acción de daños y perjuicios contra el club donde se había realizado el evento y la Asociación de Fútbol Argentino, en su carácter de organizadores y beneficiarios de aquél, y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, al que imputó la defectuosa prestación del servicio de seguridad a cargo de la Policía local. La Corte admitió la demanda con relación al club y la asociación codemandadas, rechazándola, en cambio, respecto de la Provincia de Buenos Aires.

Sumario

1 – La asociación de clubes participante en un espectáculo deportivo —en el caso, partido de fútbol— debe responder solidariamente con el club donde tuvo lugar el evento, en los términos del art. 33 de la ley 23.184 —texto según art. 51, ley 24.192— (Adla, XLV-B, 1096; LIII-B, 1339), 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 aquélla reviste calidad de organizadora y beneficiaria de dicho espectáculo, con un importantísimo grado de intervención en los clubes asociados — comprensivo, entre otros aspectos, de fechas, horarios y contratos de transmisión televisiva— y la obtención de ganancia directa derivada del evento

2 – 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 (Adla, XLV-B, 1096) 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

3 – Cabe eximir de responsabilidad al Estado provincial en cuya jurisdicción se realizó un evento deportivo —en el caso, partido de fútbol— por los daños causados a quien, hallándose en la vía pública y en las inmediaciones del estadio, fue alcanzado por objetos arrojados desde el club donde aquél tenía lugar, si se considera que el servicio de seguridad, al no estar legalmente definido de modo expreso y determinado, no puede identificarse con una garantía absoluta de indemnidad, así como también que se dispusieron de medios razonables para cumplirlo —número y distribución de efectivos, recorridas por las adyacencias del estadio—, que el Estado no había sido contratado para brindarlo en forma específica y que la Policía actuó conforme a un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece.

4 – La mera existencia de un poder de policía correspondiente al Estado es insuficiente para atribuirle responsabilidad por un evento en el cual ninguno de sus órganos o dependencias tuvo participación —en el caso, partido de fútbol en el que se produjeron diversos hechos de violencia—, toda vez que no parece razonable pretender que su responsabilidad general en orden a la prevención de los delitos pueda llegar a involucrarlo hasta tal extremo en las consecuencias dañosas que ellos produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa.

5 – La responsabilidad directa del Estado basada en la falta de servicio —esto es, una violación o anomalía frente a las obligaciones del servicio regular— entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad en cuestión — en el caso, servicio de seguridad brindado durante la realización de un encuentro

deportivo—, los medios de que se dispone para su cumplimiento, el lazo que une a la víctima con el mismo y el grado de previsibilidad del daño.

6 – Ante el resarcimiento otorgado a favor de la víctima de un hecho dañoso mediante el régimen laboral especial, en virtud del cual el empleador, por intermedio de la aseguradora de riesgos del trabajo, procedió a resarcir el perjuicio causado, dentro de los límites de este régimen, la acción de daños y perjuicios por responsabilidad civil presenta un carácter complementario, limitado a determinar si existen otros responsables a los que puedan imputárseles daños diferentes, o una mayor cuantía, si es que hubo una indemnización insuficiente.

7 – El derecho a la seguridad previsto en el art. 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 —en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol—, por lo 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.

8 – Corresponde la extensión de la responsabilidad por el riesgo de la cosa prevista en el art. 1113, párrafo segundo, segundo supuesto del Código Civil, al riesgo de la actividad desarrollada —intervenga o no una cosa— en estadios deportivos (de la ampliación de fundamentos de la doctora Highton de Nolasco)

9 – Es improcedente la responsabilidad que se pretende atribuir al club codemandado por las lesiones que sufrió una persona al ser alcanzada, cuando se encontraba en la vía pública, por un objeto contundente proveniente de incidentes ocurridos a raíz de un partido de fútbol, pues el damnificado no cumplió con la carga de la prueba tendiente a acreditar la responsabilidad extracontractual del club organizador del evento, por el hecho ilícito acaecido fuera de sus instalaciones, según las previsiones de los arts. 1109 y siguientes del Cód. Civil (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi)

10 – El club donde se celebró un encuentro deportivo —en el caso, partido de fútbol— no puede ser responsabilizado por los daños padecidos por quien fue alcanzado, mientras se encontraba en la vía pública, por un elemento contundente proveniente de incidentes ocurridos a raíz de dicho evento, pues la prueba de que hubo incidentes dentro de la cancha carece, por sí sola, de entidad para atribuir al organizador la culpa por el daño producido a la víctima que estaba fuera de las instalaciones del club (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi)

11 – La Asociación de Fútbol Argentino no puede ser responsabilizada por los daños que sufrió la persona alcanzada, mientras se encontraba en la vía pública, por un elemento contundente proveniente de ciertos incidentes ocurridos a raíz de un partido de fútbol, dado que dicha Asociación no organiza ni participa del espectáculo, así como tampoco ejerce control directo sobre los espectadores, menos aun con relación a personas que estaban fuera del estadio (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi)

12 – Cabe rechazar la demanda de daños y perjuicios interpuesta contra la Policía local, por las lesiones que sufrió quien resultó alcanzado por un elemento contundente proveniente de incidentes ocurridos a raíz de un partido de fútbol, pues la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo y de lugar, sin que, en el caso, se haya configurado falta alguna de tal servicio (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Petracchi).

13 – Es improcedente responsabilizar al club de fútbol donde tuvo lugar un partido y a la Asociación de Fútbol Argentino, por los daños y perjuicios que sufrió quien resultó alcanzado por un elemento contundente mientras se encontraba en las inmediaciones del estadio, toda vez que no ha probado quién fue el autor del daño ni de dónde provino la agresión recibida, por lo que no se ha acreditado la existencia de una relación de causalidad jurídicamente relevante entre la conducta atribuida a los entes demandados y la reparación que se pretende (del voto en disidencia de la doctora Argibay)

14 – Resulta improcedente responsabilizar a la Provincia de Buenos Aires por los daños y perjuicios que sufrió una persona, cuando fue alcanzada por un elemento contundente mientras se encontraba en las inmediaciones de un club de fútbol, pues no se ha configurado la falta de servicio por parte de la Policía local capaz de comprometer su responsabilidad, habida cuenta de que la obligación del servicio de policía de seguridad se satisface con haber aplicado la diligencia y la previsión adecuadas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar (del voto en disidencia de la doctora Argibay).

3) *Bloise de Tucchi Cristina en J° 140.351 Bloise de Tucchi c/ Supermercados MAKRO S.A. P/ D. Y P. S/ INC FALLO COMPLETO*

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1° Bloise de Tucchi Cristina en J° 140.351
Bloise de Tucchi c/ Supermercados MAKRO S.A. P/ D. Y P. S/ INC

En Mendoza, a veintiséis días del mes de julio del año dos mil dos reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 72.871, caratulada: "BLOISE DE TUCCHI CRISTINA EN J° 140.351 BLOISE DE TUCCHI C/ SUPERMERCADOS MAKRO S.A. P/ D. Y P. S/ INC.".

Conforme lo decretado a fs. 88 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primera: Dra. Aída K. de Carlucci; segundo: Dr. Fernando Romano, tercero: Dr. Carlos Moyano.
ANTECEDENTES:

A fs. 60/66 el abogado Roberto Spanpinatto, por Cristina Yolanda Bloise de Tuchi, deduce recurso extraordinario de inconstitucionalidad en contra de la sentencia dictada por la Cuarta Cámara Civil de Apelaciones a fs. 317/320 de los autos n° 26.182 caratulados "Bloise de Tuchi, Cristina Yolanda c/ Supermercados Mayoristas Makro p/ D. y P.".

A fs. 75 se admite formalmente el recurso de inconstitucionalidad y se ordena correr traslado a la parte contraria quien, a fs. 77/81 vta. contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 84/85 vta. obra el dictamen del Sr. Procurador General quien, por las razones que expone, aconseja el rechazo del recurso deducido.

A fs. 87 vta. se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 88 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal. De conformidad con lo establecido en el Art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

SEGUNDA CUESTIÓN: En su caso, ¿qué solución corresponde?

TERCERA CUESTIÓN: Costas.

A LA PRIMERA CUESTIÓN LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dijo:
I. PLATAFORMA FÁCTICA.

Los hechos relevantes para la resolución de este recurso son, sintéticamente, los siguientes:

1. El 15/12/1998 la Sra. Cristina Yolanda Bloise de Tuchi inició acción de daños y perjuicios contra el Supermercado Mayorista Makro S.A. por la suma de \$ 15.292,09 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse. Relató que el 12/3/1997, en compañía de José Fernando Tuchi, concurrió al supermercado Makro para efectuar

unas compras. En oportunidad en que el Sr. Tuchi se dirigía a buscar un carrito para transportar la mercadería, ella se dispuso a ingresar a dicho hipermercado. En razón de encontrarse ambas puertas corredizas abiertas, inició el ingreso por el costado oeste. En ese momento, la puerta automática se cerró aprisionándola y despidiéndola hacia el piso interior del salón de ventas. Ocurrido el accidente fue asistida en la enfermería del supermercado para ser luego trasladada al Hospital El Carmen donde se le diagnosticó fractura de hemi-cadera izquierda, quedando internada en dicho nosocomio. Sostuvo que las lesiones le ocasionaron una incapacidad parcial y permanente estimada en más del 50% y que la evolución de las lesiones ha sido poco satisfactoria, pese a la rehabilitación intentada. Invocó la responsabilidad objetiva derivada del riesgo de la cosa. Estimó el daño emergente en la suma de \$ 4.000, el daño moral en \$ 10.000 y los gastos en \$ 1.292,09.

2. A fs. 25/32 la demandada compareció y se opuso al progreso de la demanda. Sostuvo que el daño se había producido por la culpa exclusiva de la víctima desde que las puertas de ingreso y egreso se encuentran perfectamente individualizadas con carteles que indican la entrada y salida y que la actora se había equivocado ingresando por la correspondiente a la salida. Negó el carácter riesgoso y dijo que el sistema de puertas automáticas está universalmente aceptado; la única posibilidad de identificar a las mismas es colocando un cartel a la altura de la vista de las personas, indicando el ingreso y el egreso. La seguridad no ha sido deficiente y en tres años de implementado ha sido usado sin problemas. Subsidiariamente negó los daños invocados.

3. A fs. 291/293 vta., el 24/7/2001, el juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó al pago de la suma de \$ 15.292,09 con más el interés del 5% anual desde la fecha del accidente y hasta la de la sentencia, de conformidad a lo previsto en el Art. 1 de la ley 4087; luego de esa fecha, a la tasa activa promedio aplicada por el Bco. de la Nación Argentina para sus operaciones de crédito, hasta el día de su efectivo pago. Fundó su decisión en las siguientes razones:

a) No hay controversia sobre la existencia del accidente sufrido, el tiempo y lugar consignados; tampoco en las lesiones sufridas. Lo que debe ser materia de esclarecimiento es si la organización comercial se valía de elementos electromecánicos peligrosos o inseguros; si los mismos se encontraban instalados como lo aconsejan las reglas técnicas elementales, sin perder de vista el sentido común; si su funcionamiento y/o mantenimiento respondía a las condiciones adecuadas. Por último, debe analizarse si

el accidente fue consecuencia de una conducta negligente o imprudente imputable a la actora; de no ser así, la procedencia de los rubros.

b) Para saber si las puertas de entrada al supermercado accionadas eléctricamente fueron la causa generadora del accidente, debe tenerse en cuenta la exhaustiva pericia judicial realizada por el Ing. Gatica a fs. 232/240. De ella resulta: para los clientes del supermercado hay dos entradas; una, en el frente norte, y otra en el oeste. Están conformadas por grandes paneles de vidrio. Las del primero, se dividen en dos; una de salida, y otra de entrada, señalizadas convenientemente. La del segundo es una sola, tanto de ingreso como de egreso del establecimiento.

c) Los dispositivos electromecánicos que operan automáticamente las puertas deben ser adecuadamente instalados, de manera de evitar accidentes; su accionar debe ser previsible y anunciado, teniendo en cuenta que en semejante superficie vidriada es fácil que las personas puedan confundir la entrada con la salida, por más que existan franjas indicativas en los cristales y flechas direccionales en el piso. Es obligación de la empresa prever la conducta normal de la gente, así como las que eventualmente impliquen una equivocación, más teniendo en cuenta que las aberturas se encuentran una inmediatamente pegada a la otra en una sola superficie de vidrio, apenas separada por un delgado sostén de chapa o columna. Por el frente norte (que es por donde ingresó la actora) los sensores que detectan la presencia de los consumidores operan el movimiento hacia los laterales de cada una de las puertas deslizando sus dos hojas en ese sentido, según las personas entren o salgan. Hasta aquí el mecanismo es razonable, salvo en el detalle técnico referido al diseño arquitectónico, que no contempló una separación no vidriada importante entre ambas puertas; como así tampoco, que en la correspondiente a la de salida no existiera un sistema de vallado, que sin obstaculizar a quienes egresan del supermercado, sirva de contención obligada para quienes equivocadamente pretendan ingresar. Es usual que haya niños, ancianos, no videntes, distraídos que circulan sin advertir con claridad los peligros de la automaticidad mecánica. Es obligación de la empresa prever y salvaguardar esta circunstancia; quien goza del comodum, debe hacerse cargo del periculum.

d) La Sra. Bloise de Tuchi, confundida al encontrar la puerta abierta, accedió por la incorrecta. Y el mecanismo, al carecer de sensores en ese lado que lo frenen, operó cerrando la puerta y aprisionando momentáneamente el cuerpo de la mujer, siendo ésta la causa de su posterior caída al piso y de las lesiones sufridas.

e) Frente a la claridad de la pericia y a las declaraciones testimoniales de autos, cabe dar

valor confirmatorio a todo cuanto surge del dictamen del experto. En consecuencia, se concluye que el accidente se produjo por deficiencias en el diseño arquitectónico y de los mecanismos de la puerta, sin que importe si la actora tenía o no la obligación de entrar por una puerta y salir por la otra.

4. Apeló la demandada. A fs. 317/320 la Cuarta Cámara de Apelaciones revocó la decisión, con estos fundamentos:

a) El caso puede encuadrarse en la segunda parte del art. 1113 del Código Civil pues si hubiese duda acerca de la calidad de cosa riesgosa que revisten las puertas del hipermercado demandado, esa duda quedaría develada apreciándolas en el lugar en que se encontraban colocadas; esto es, como acceso y egreso de un hipermercado por donde circula gran cantidad de gente y de todas las edades y de situación social cultural; por el sistema automático de apertura de las mismas, con sensores que detectan a las personas pero instalados de un solo lado (la puerta de entrada los tiene afuera, mientras que la de salida, que es donde ocurre el accidente, los tiene del lado de adentro). En otros términos, la conjunción de todos estos elementos torna a la puerta corrediza en una cosa generadora de potencial peligrosidad originando la contingencia o probabilidad de ocasionar daños a las personas o a la clientela que concurre al supermercado mayorista.

b) No se trata en cambio, de una cosa viciosa, pues de acuerdo a la pericia mecánica de fs. 232/240 no se registraron desperfectos o fallas en las mismas. Por el contrario, es parte del normal funcionamiento de este tipo de puertas corredizas, que al detectar un obstáculo, se detengan y tarden unos segundos en hacer la marcha inversa.

c) Rige el Art. 1113 que permite al demandado liberarse acreditando la conducta culpable de la víctima. La prueba producida en autos autoriza a tener por acreditada la eximente. Ha quedado demostrado, por las mismas manifestaciones de la actora, que ingresó al local comercial por la puerta corrediza de salida y no por la de entrada, como hubiese correspondido; o sea, ella misma admite haber entrado al supermercado por el lugar incorrecto, razón por la cual no es justo que la demandada asuma las consecuencias derivadas de la propia actuación negligente e imprudente de la infortunada (Art. 1111 del C.C.).

d) El accidente no se produce ni por falta de señalización en la entrada y salida ni por el mal funcionamiento o falta de mantenimiento de las puertas automáticas, sino por la distracción en la que incurre la actora, quien omite los más elementales o mínimos cuidados para evitar sufrir el daño; encuentra la puerta de salida abierta y accede incorrectamente; ésta se cierra, pues no tiene sensores de ese lado ni se demuestra que

necesariamente debía tenerlos, y al aprisionarla por unos instantes cae al suelo. Los testigos no hacen más que corroborar esta versión.

e) En los supuestos de daños producidos por riesgo o vicio de la cosa la responsabilidad del dueño queda comprometida a menos que se demuestre la culpa de la víctima, que es lo que acontece en autos, sin que sea necesario para liberarlo de dicha responsabilidad la prueba de la diligencia normal -ausencia de culpa- que excusa en la hipótesis de daños causados con las cosas.

f) En conclusión, según el curso natural y ordinario de las cosas, era totalmente previsible que el accionar negligente e imprudente de la actora produjese el resultado dañoso.

g) Aún en la hipótesis que se subsumiera el caso en la primera parte del Art. 1113 (daños causados con la cosa), la solución sería exactamente la misma pues ha quedado acreditado que no ha existido negligencia alguna de la empresa quien ha dado cumplimiento a razonables medidas de seguridad, tal como señalar la puerta corrediza con letreros de entrada y salida de unos 20 cm aproximadamente colocados a una altura visible para las personas que ingresan o egresan del hipermercado (ver fs. 2 del expediente penal n° 149.450 originario de la 3° Fiscalía Correccional y pericial de fs. 234/236). Incluso, el ingreso o egreso por las puertas principales son bien amplios, con una rampa de poca pendiente, no habiendo ningún obstáculo que dificulte el tránsito, todo lo cual hace que haya un seguro desplazamiento para personas y niños (pericial de fs. 238).

h) Finalmente, por más que Makro S.A. hubiese adoptado otras medidas de protección, como las indicadas por el juez de primera instancia o, como las flechas rojas indicativas colocadas en el piso cuya existencia no fue constatada por la autoridad policial al inspeccionar el lugar el día del accidente, el evento igualmente podría haber sucedido, pues se debió a la propia distracción o falta de atención de la víctima y no a la insuficiente señalización. Mayores o diversas medidas de seguridad, que no son reglamentariamente exigibles, tampoco hubieren evitado el accidente pensando con toda lógica.

II. LOS MOTIVOS DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DEDUCIDO.

El recurrente afirma que la decisión recurrida es arbitraria por irrazonable valoración de la prueba rendida y ser sólo expresión de la voluntad de los jueces. Argumenta del siguiente modo:

1. La Cámara afirma que el accidente se produjo por el accionar imprudente y negligente de la actora, ya que era totalmente previsible que su conducta podía producir el resultado dañoso.

En realidad, lo que es previsible es que la actora o cualquier otra persona, aún circulando con un máximo de atención y prudencia ingrese al supermercado por un lugar equivocado, sobre todo, cuando el ingreso y egreso es por el mismo frente y al momento del ingreso las puertas se encuentran abiertas. Es arbitrario hacer sopesar la culpa en la actora por haber, según se expresa, ingresado al lugar incorrecto con total distracción. La experiencia diaria demuestra que en establecimientos de superficies de gran magnitud, como es el de la demandada, con masiva afluencia de público, puedan producirse accidentes como el descrito. El público circula distendido, por cuanto lo hace en un lugar donde no existen causas de peligros virtuales o inminentes; los clientes se desplazan con normalidad, sin tensión ni previsión, e ingresan por las puertas que están abiertas al interior del salón, sin prestar mayor atención así lo hicieran por la entrada o por la salida. La previsibilidad no deviene sólo de la actividad de la actora, sino también del supermercado ya que, en tremenda superficie vidriada es común que las personas puedan confundir la entrada con la salida. Adviértase que cuando las puertas se encuentran plegadas la visión de los carteles "entrada" y "salida" producen razonable confusión (ver pericias de fs. 238 pregunta 7° y fotos adjuntas). La Cámara ha omitido esta prueba, limitándose a encuadrar el caso en el Art. 1113, 2° párrafo del C.C.

2. La afirmación de que por más medidas de seguridad que se adoptasen, el lamentable suceso igual hubiese ocurrido, configura un aserto fundado en la sola voluntad del tribunal. Si las cosas fuesen así, no se entiende los motivos por los que el supermercado, después del accidente, pintó sobre el piso en flechas rojas de gran tamaño y con signos universales la entrada y la salida. La actitud posterior del demandado no hace más que reconocer que tenía conciencia que las medidas de seguridad adoptadas eran insuficientes, o al menos no del todo adecuadas para prever lo previsible. Por otro lado, el ingreso y el egreso se encuentran en posición inversa al uso mundial, pues en nuestro país se ingresa por la derecha y se sale por la izquierda.

3. A diferencia de lo que sostiene el fallo, no es cierto que la víctima haya omitido los más elementales y mínimos cuidados para evitar sufrir un daño; se le exige a la actora una conducta fuera del sentido común; no configura obrar imprudente ingresar a un establecimiento como el descrito por la puerta equivocada. En cambio, ese comportamiento es absolutamente previsible para la empresa (ver pericial de fs. 238

punto

7°).

4. La sentencia omite prueba decisiva, entre ellas la pericia mecánica y la testimonial (fs. 232/240 y 247). El perito dice: "No existe ningún elemento fijo, baranda, etc. que separe la entrada con la salida"; "se puede confundir el ingreso con el egreso. He conocido personas que han entrado al supermercado por la salida"; "la posición normal del funcionamiento de las puertas es cerrada con motor detenido"; "las puertas se dejan abiertas en forma permanente en algunos espacios de tiempo importantes"; "si el obstáculo viene circulando y es aprisionado aunque sea momentáneamente por la puerta, el obstáculo puede por esa circunstancia caerse, y al caer, golpearse en forma importante"; "debe tenerse en cuenta el desgaste que sufren algunos elementos constitutivos del mecanismo, por lo que se hace necesario un mantenimiento periódico".

Por su parte el testigo afirma que "cuando la puerta aprisionó a la Sra. Bloise, la misma en vez de abrirse la siguió apretando, debiendo en la emergencia, tanto los testigos como el personal del supermercado ejercer fuerza sobre el mecanismo para destrabar a la Sra. Bloise, quien estaba aprisionada y había caído hacia el interior del supermercado.

5. La aseveración de la Cámara de que la empresa dio cumplimiento a razonables medidas de seguridad tampoco responde a las constancias de la causa. Las flechas rojas estampadas con posterioridad al accidente evidencian que el hipermercado tomó conciencia de la insuficiencia de las medidas de seguridad anteriores.

III. PLATAFORMA FÁCTICA NO DISCUTIDA.

En este interesante caso sometido a decisión del tribunal, no existe discrepancia sobre la siguiente plataforma fáctica: 1. La actora, una persona de 73 años, el 12/3/1997 concurrió a realizar compras en el hipermercado de propiedad de la empresa demandada.

2. El frente del hipermercado es totalmente vidriado.

3. El ingreso y egreso al edificio se realiza a través de puertas que tienen las siguientes características:

a) Son corredizas, y operan a través de un mecanismo eléctrico.

b) Son de vidrio.

c) Son amplias

d) Están señalizadas por dos carteles, ubicados un poco más abajo de la altura de una persona normal, que dicen "entrada" y "salida".

e) La puerta de entrada se ubica a la izquierda de la puerta de salida, considerando la posición de una persona que entra.

f) No tienen sensores de ambos lados. La puerta que dice "entrada" tiene los sensores afuera; detecta las personas que ingresan (o sea, las que están afuera y entran); la puerta de "salida" tiene sensores del lado de adentro (es decir, detecta las personas que están adentro y desean salir).

g) En el caso que la puerta comience a cerrarse cuando una persona la está atravesando, si es detectada por los sensores, manda la orden de interrumpir el cierre y abre nuevamente; si no es detectada por los sensores (porque ingresa del lado que el sensor no está) no tiene ningún mecanismo que permita la interrupción del cierre, hasta que hace contacto con la persona, genere la detección y ordene la apertura por existencia de un obstáculo.

h) Las puertas de entrada y salida no están divididas por ningún elemento fijo que separe ingreso de egreso.

4. La actora se equivocó e intentó ingresar por la puerta señalada con el cartel "salida", en momentos en que ésta se encontraba abierta.

5. Cuando estaba pasando, las puertas se cerraron y la aprisionaron. Por efecto del cierre, la actora se cayó; el resultado fue la fractura de la hemicadera izquierda.

6. Con posterioridad al accidente, la empresa completó el sistema de señalización y agregó a los carteles de entrada y salida flechas de color rojo que indican dirección.

IV. NORMATIVA APLICADA POR LOS JUECES DE LAS INSTANCIAS INFERIORES.

Las partes y las sentencias de grado no se han planteado la posibilidad de aplicar normas relativas a la responsabilidad contractual. Por el contrario, las decisiones coinciden en que es aplicable el Art. 1113 del Código civil.

La única variante entre ambas resoluciones reside en que:

1. Para el juez de primera instancia, se aplica el Art. 1113 porque se trata de un daño producido por el riesgo de una cosa (puertas corredizas) que, además, no presenta todas las condiciones de seguridad en razón de un error de diseño.

2. Para la Cámara, en cambio, no hay vicio alguno; se trata de un daño derivado del riesgo de la cosa.

V. LA DISCREPANCIA.

La discrepancia entre las partes y las sentencias de grado se reduce a un solo punto:

1. Para la actora y para el juez de primera instancia, la causa adecuada del daño es,

exclusivamente, el riesgo y la falta de seguridad de las puertas corredizas.

2. Para la Cámara de Apelaciones y la demandada, en cambio, el hecho de ingresar por la puerta equivocada configura culpa de la víctima, única causa adecuada del daño que exime al dueño de la obligación de responder.

VI. LA CUESTIÓN A RESOLVER.

Esta Sala debe resolver, entonces, si los argumentos esgrimidos por el tribunal de apelaciones para atribuir al error de la actora la causa exclusiva del daño son o no razonables, lógicos, adecuados a las circunstancias del caso y a las constancias del expediente.

Es decir, mediante este recurso extraordinario debe decidirse si tiene suficiente fundamento una sentencia que:

1. Atribuye el daño causado a culpa exclusiva de la víctima porque:
 - a) Ingresó por la puerta equivocada.
 - b) Aunque hubiesen existido mayores indicaciones, el daño se hubiese producido igualmente: es irrelevante que con posterioridad al accidente las puertas comenzaran a señalizarse de otra manera.
2. Excluye todo tipo de culpa causal de la demandada porque:
 - a) No hay reglamento que imponga doble mecanismo de sensores.
 - b) Las entradas son amplias y cuentan con rampas espaciosas.

VII. DAÑOS CAUSADOS EN SUPERMERCADOS.

1. Preliminares.

Prestigiosa doctrina italiana señala acertadamente que las hipótesis de daños provocados en la sociedad moderna por la actividad humana se han multiplicado; de allí, que también la jurisprudencia haya debido mutar. Situaciones que hace algunos años pasaban silenciosamente, o no habrían podido hacer surgir un caso de responsabilidad, hoy, en cambio, consienten la protección de nuevos intereses. Se han multiplicado, entonces, no sólo las ocasiones de daño, sino también los deberes de comportamiento, extendiéndose el ámbito del daño injustamente sufrido. Por eso, no debe asombrar que el criterio de responsabilidad por riesgo de empresa encuentre aplicación en la actividad de gestión de un supermercado; de tal modo, la casuística jurisprudencial propone una serie de nuevas hipótesis, como es la caída en una escalera mecánica o en el piso resbaloso, el daño producido por el uso de los carritos, o por un producto que explota, o por hurtos de vehículos o daños causados a éstos en playas de estacionamiento de estos centros de compra, etc. (Alpa-Bessone-Carbone, *Atipicità dell'illecito*, 3° ed., Milano,

ed. Giuffrè, 1995. Para la noción del riesgo de empresa y la justificación de la responsabilidad objetiva en esos supuestos ver, Alpa-Bessone, *La responsabilidad civil*, 3º ed., Milano, ed. Giuffrè, 2001, pág. 519).

En nuestro país, la noción de riesgo empresario ha sido aplicada al supuesto del daño al honor y a la intimidad causado al consumidor como consecuencia de la activación de la alarma colocada en la caja de salida, que motiva la revisión del cliente, constatándose luego la inexistencia de incorrección alguna de su parte (Cám. Civ. y Com. de Rosario, sala II, 2/12/1999, *La Ley Litoral* 2000-553, con nota de MossetIturraspe, *Las relaciones de consumo: el control vejatorio a la salida del supermercado. Omisión de los deberes que impone la buena fe*). La aplicación de la noción de riesgo empresario se ha mantenido dentro de límites razonables, como surge del rechazo de la demanda por los daños causados por la agresión física de un cliente a otro en la playa de estacionamiento del supermercado, aunque la reacción violenta obedeció a una maniobra realizada por uno de los conductores en ese lugar (Cám. Nac. Civ. sala G, 27/10/1999, *Africano, Antonio c/Carrefour*, *Rev. de Responsabilidad civil y seguros*, año II, Julio Agosto de 2000, n° 4, pág. 67, con nota desaprobatoria de Moeremans, Daniel, *Responsabilidad de los supermercados por daños sufridos por clientes o potenciales clientes en las playas de estacionamiento*).

2. Un caso frecuente: caídas dentro del supermercado.

Los supuestos de caídas por resbalones en supermercados son frecuentes en la jurisprudencia española e italiana.

Normalmente, el problema que abordan es el de la causalidad adecuada, supuesto que se muestra complicado porque el piso es una cosa inerte. La interpretación de esa jurisprudencia no siempre es fácil. Massimo Franzoni, prestigioso especialista del tema de la responsabilidad civil en Italia, califica de "sibilino" el lenguaje de la Casación de su país (Franzoni, Massimo, *Danno da cose in custodia nei supermercati e obiter dicta dellagiurisprudenza*, en *Contratto e impresa*, 1987, n° 1, pág. 31). De cualquier modo, lo cierto es que se ha hecho responsable al supermercado, aplicándose las normas sobre responsabilidad por las cosas que se tienen bajo su custodia, si el daño acaece porque el consumidor se resbaló por efecto de cualquier tipo de suciedad existente en el piso (por ej., hojas de lechuga, o cáscaras de naranja) (Compulsar Cám. Apel. Milano, 15/5/1998, en *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 1998, parte prima, pág. 898, con comentario de Chindemi, Domenico, *Responsabilità del supermercato a seguito di caduta accidentale di un cliente*), o simplemente por estar el piso demasiado encerado

(Ver jurisprudencia citada por Franzoni, ob. cit. pág. 28 y ss, autor que comenta otra serie de supuestos diferentes a las caídas).

En España se ha sostenido que el hecho de tener un negocio abierto al público no puede considerarse en sí mismo una actividad industrial creadora de riesgo que haga responsable al dueño de todos los daños sufridos adentro del supermercado por un cliente, por lo que, en principio, la responsabilidad atribuible es de naturaleza subjetiva, debiéndose probar la culpa. Así por ej., se ha liberado al dueño del supermercado si la cliente resbaló y no se ha podido saber por qué (Audiencia Provincial de Oviedo, 9/6/1999, Rev. General del Derecho 666-3535) o si cayó por efecto de agua existente por el goteo de los paraguas provenientes de la lluvia caída en el exterior (Audiencia Provincial de Oviedo, 16/6/1999, Rev. General del Derecho 666-3533); o si se topó, distraídamente, y sin prestar atención, con una caja que había en un pasillo en lugar normalmente ocupado por este tipo de cajas (Audiencia Provincial de Granada, 11/2/1997, Rev. General del Derecho 646-10.264); o si tropezó con una alfombra de goma colocada en una forma que resulta habitual, como protección frente a las humedades que se producen los días de lluvia y que facilitan resbalar sobre el pavimento (Audiencia Provincial de Oviedo, 5/2/1996, Rev. General de Derecho, n° 632, Mayo de 1997, pág. 6674). En cambio, se ha condenado al supermercado si la caída tuvo su causa en una mancha de aceite existente en el piso (Audiencia provincial de Valencia, 18/1/1994, Rev. General de Derecho, n° 597, Junio de 1994, pág. 7292 y en Reyes López, J., y otros, Jurisprudencia en materia de protección de consumidores y usuarios, Valencia, ed. Práctica de Derecho SL, pág. 721); o en cualquier otro producto deslizante que se vende en el negocio (Audiencia Provincial de Valencia, 1/4/1996, Rev. General de Derecho, n° 621, Junio de 1996, pág. 7382); también se han distribuido las culpas por las lesiones sufridas por el cliente de un supermercado que tropezó con una cesta metálica situada en un pasillo, cayéndose sobre la misma y clavándose un saliente, "puesto que a la culpa del propietario al tener cestas en condiciones de poder causar daños se une la falta de cuidado del propio cliente" (Audiencia Provincial de Murcia, 26/2/1998, Rev. General del Derecho 646-1037).

En nuestro país también se ha liberado al supermercado si la actora no acreditó sus dichos (había invocado que el personal del supermercado estaba limpiando con cera), manteniéndose ignorada la causa de la caída (Cám. Nac. Civ sala A, 2/3/1999, Etchegaray c/Supermercados La Gran Provisión, LL 1999-F-83).

3. Un caso resuelto por la jurisprudencia nacional que guarda similitudes y diferencias con el caso a resolver.

La Cámara Nacional Civil sala D, en decisión del 22/10/2001 (voto preopinante del Dr. Mercante al que adhirieron los Dres. Bueres y Martínez Álvarez) condenó a una empresa titular de una cadena de supermercados por los daños sufridos por una persona que "tropezó con una vidriera que reunía características que pueden calificarse de anormales desde que inducía al comprador a pretender el ingreso a través de ella, al carecer de advertencia alguna sobre su existencia" (Rev. Resp. Civil y Seguros, año IV, n° 1, 2002 pág. 154 y ss). El tribunal reconoció que a la edad de la víctima la aptitud visual disminuye, pero que no es éste un factor relevante, pues la demandada vende a todo tipo de consumidores (niños, ancianos, adultos, con o sin discapacidades visuales, etc).

a) Los casos son similares porque el daño se produce:

- al ingresar un consumidor de más de setenta años a un establecimiento comercial de ventas masivas.
- al atropellarse contra un vidrio

b) Presentan, en cambio, las siguientes diferencias:

- A favor de la actora de estos autos: en el precedente se hizo lugar a la demanda no obstante que la vidriera era cosa inerte, a la que se estimó en relación causal; en el sublite, no se presenta la dificultad de la cosa inerte; por el contrario, el daño se produce mediante puertas corredizas, que presentan un dinamismo intrínseco y ha sido admitida sin vacilaciones el Art. 1113 del CC.
- En contra de la actora de autos: en aquél no había ningún tipo de indicación y la víctima pretendió entrar por un lugar que parece la entrada pero no lo es; en éste, había un cartel que decía "salida".

VIII. APLICACIÓN DE LAS NOCIONES EXPUESTAS AL CASO A RESOLVER.

1. Dificultad inicial.

No ignoro que el tema de la causalidad genera graves discrepancias judiciales. Quizás, el paradigma de este debate sea la sentencia dictada por la CSN el 4/5/1995, in re Young de Aguirre c/ Empresas Líneas Marítimas Argentinas (JA 1995-III-160; TSS 1996-331; y en DT 1995-B-1549, con nota de Pose, Carlos, Sobre la causa de los siniestros laborales). En el caso, un trabajador, mientras se encontraba sobre una escalera, sufrió un accidente cerebro vascular; se cayó y murió. ¿Qué causó la muerte? ¿El episodio cerebro vascular o el riesgo propio de la cosa derivado de la altura de la

escalera? La Corte Nacional, por mayoría de cinco votos contra cuatro, dejó sin efecto la decisión del tribunal laboral que había excluido la responsabilidad patronal fundada en el Art. 1113 por considerar que la muerte podía atribuirse a un caso fortuito y dispuso que el tribunal de grado dictara nueva sentencia considerando la contribución causal o concausal de la escalera en altura.

2. La carencia de fundamentos razonables en el sublite.

Con todo respeto hacia los distinguidos camaristas que suscriben la sentencia sometida a revisión en esta instancia extraordinaria, adelanto que en mi opinión los argumentos esgrimidos para atribuir el daño causado en forma exclusiva a la culpa de la víctima son meramente aparentes, no están fundados en hechos notorios, ni en las circunstancias del caso. Las constancias de la causa me han convencido que, al igual que en el supuesto decidido por la Corte Federal, "ante la falta de prueba concluyente de que el accidente se produjo de forma exclusiva por la actuación negligente de la víctima, el fallo que consideró que no había adoptado todos los cuidados y previsiones que la tarea requería aparece como una afirmación dogmática, inhábil para dar adecuado sustento a la imputación de culpabilidad" (CSN 26/3/1996, Luna c/ECSA, TSS 1996-446). Explicaré por qué:

a) Delimitación del hecho que configura culpa de la víctima.

El único hecho atribuido a la víctima es ingresar por la puerta equivocada. No se trata de un supuesto en que la víctima haya forzado un mecanismo (tal lo que sucede cuando se fuerza la puerta de un ascensor, o de un ómnibus que se ha detenido, a los que se pretende subir). En el caso, la víctima no forzó la puerta para entrar; estaba abierta, entró, y en el momento que lo hacía, el mecanismo operó cerrando la puerta y aprisionando a la persona que ingresaba.

b) La información suficiente.

La sentencia de grado afirma que aunque hubiese habido mayor información, el daño se hubiese producido igualmente.

La aseveración carece de toda fundamentación fáctica y jurídica por las siguientes razones.

- El consumidor tiene derecho a una información detallada, eficaz y suficiente (Art. 4 de la ley 24.240).

Señalar los lugares de ingreso y egreso cuando existen aperturas y cierres mecánicos simplemente con las palabras "entrada" y "salida" no configura una información ni detallada, ni eficaz, ni suficiente porque:

<No advierte, de modo alguno, sobre el riesgo que implica ingresar por la puerta que no corresponde.

Tratándose de mecanismos similares (por ej., escaleras mecánicas), la jurisprudencia ha estimado que a los efectos de estimar la responsabilidad de la empresa, debe valorarse la inexistencia de carteles de prevención (Cám. Nac. Civ. sala C, 10/1/1998, Fernández c/ Subterráneos de Bs. As., JA 1999-III-753).

< Es absolutamente ineficaz para personas que no saben o no pueden leer (niños, personas con discapacidades visuales, etc).

< No toma en cuenta un factor vital del mundo del consumo, cual es la posible distracción derivada de la actitud de distensión del consumidor que va a un centro comercial.

- Por eso, es indudable que las palabras de los carteles deben completarse con otros signos inequívocos, como son, en alguna medida, las flechas y otros símbolos que se agregaron con posterioridad en un color que normalmente advierte el peligro (el rojo). De allí, que también es irrazonable privar de toda importancia a la conducta ulterior de la demandada que con posterioridad al accidente mejoró el sistema de información en forma muy concreta.

c) El diseño insuficiente. La inexistencia de reglamentos que impongan doble sistema de sensores. Puerta de entrada a la izquierda.

- La argumentación del tribunal relativa a la carencia de reglamentos que impongan el doble sensor es igualmente aparente porque:

< Equivocadamente, el tribunal parece exigir para la responsabilidad civil, a la manera del derecho sancionador, una antijuridicidad específica.

< El art. 5 de la ley 24240 dispone: "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". Es verdad que la norma se refiere específicamente a los servicios prestados y a los productos enajenados, pero es también una pauta general, aplicable por analogía, relativa a la seguridad que deben prestar las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece.

- La Cámara afirma que el consumidor debió prever que si entraba por la puerta equivocada, el mecanismo operaría cerrándola. Más allá del acierto o error de la afirmación (desde que, insisto, no había cartel alguno que alertara sobre esa mera circunstancia o posibilidad de peligro), la desigualdad de trato procesal en perjuicio del

consumidor es notoria, pues el tribunal no advierte que también era previsible para la empresa que alguien entre por la puerta equivocada si está abierta. Podría decirse que toda puerta que está abierta es una invitación natural para entrar; de hecho, el perito informa al tribunal que conoce casos de personas que entran por la puerta equivocada.

- Por otro lado, la posible culpa del consumidor no excluye el riesgo asumido por un diseño que supone la posibilidad del peligro. Así por ej., se ha resuelto que "concurren a la formación del nexo causal, el carácter riesgoso de las ranuras de alcantarillado ubicadas en la playa de estacionamiento del supermercado demandado, con la conducta imprudente del actor, que imprimió al carrito de transporte de mercaderías que guiaba una velocidad inadecuada que provocó, al encontrarse ambas ruedas delanteras en las ranuras del desagüe, que se levantara su parte trasera golpeando al reclamante en lugar de desplazarse hasta completar la longitud de la ranura hasta quedar en reposo en su límite" (Cám. Nac. Civ. sala L 27/2/1995, Lypka c/Carrefour SA, JA 1996-I-184).

- Finalmente, tampoco puede dejar de considerarse que las puertas de entrada y salida están colocadas a la inversa de lo que es frecuente; efectivamente, normalmente se sigue la "mano de circulación vehicular" y se toma la derecha; en el caso, en cambio, se obliga al consumidor a ingresar por la puerta de la izquierda.

3. La culpa concurrente.

Creo, entonces, a diferencia de lo resuelto por los jueces de grado, que el lamentable accidente se produjo por la concurrencia de factores atribuibles a la demandada y a la actora.

a) La actora incurrió en culpa, por no seguir las instrucciones -aunque insuficientes- dada por la empresa vendedora.

b) Pero esa culpa, tuvo una incidencia causal sensiblemente inferior al riesgo creado por:

- un mecanismo que no contempla la posibilidad de un error que puede ser cometido por un consumidor inexperto.

- la falta de información adecuada.

Por todas las razones desarrolladas a lo largo de mi voto, estimo que el daño causado debe atribuirse a la demandada, en el 80 %, y a la actora en el 20 % restante.

IX. CONCLUSIONES DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

Por todo lo expuesto y si mi voto cuenta con la adhesión de mis distinguidos colegas de Sala, el recurso debe ser acogido.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. ROMANO y MOYANO, adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION LA DRA. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, dijo:

1. Cuestiones a analizar

Anulada la sentencia, corresponde que esta Sala se ubique en la posición del tribunal de Alzada.

Los agravios de la demandada responden a dos órdenes de argumentos:

a) Carencia de responsabilidad.

b) Monto de la condena.

Los primeros han sido respondidos al abordar la primera cuestión en este recurso de inconstitucionalidad.

Resta, entonces, analizar la cuestión relativa al monto de la condena.

2. Los agravios del apelante.

El apelante demandado sostiene que:

a) El monto otorgado por daño emergente no responde a ninguna prueba incorporada; el juez se ha limitado a decir que es prudente, equitativo y razonable, invocando genéricamente como pautas, la edad de la actora, su condición de jubilada, su estado de salud.

b) La cantidad fijada en concepto de daño moral duplica lo acordado en concepto de daño emergente. La situación anímica que la actora dice padecer no responde a ninguna prueba rendida. Los certificados médicos acompañados no acreditan ese daño.

c) Los gastos que se dicen haber realizado tampoco se han acreditado en debida forma:

- Los recibos por servicios prestados no tienen fecha y, consecuentemente, no se sabe cuándo se prestaron tales servicios.

- Las facturas emitidas por la farmacia Libra, por la escribana Lidia Juárez, por Marcelo Pratt fueron impugnadas por la demandada y no fueron reconocidas en juicio.

- La factura de Lencería Pedrosa hace mención a un camión; se trata de un gasto que ninguna relación tiene con la enfermedad de la actora y no ha sido reconocida en juicio.

3. El llamado "daño emergente" constituido por la lesión a la integridad física.

El juez hizo lugar a la suma de \$ 4000 solicitada por la actora. Tuvo en cuenta que esa cifra era razonable, en función de la edad y condición de jubilada.

En mi opinión, los agravios del recurrente son insuficientes para modificar la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

a) Está probado que la actora sufrió fractura de cadera; a comienzos de abril de 1997, casi un mes después del accidente, aún se movilizaba en silla de ruedas; a fines de ese mes, todavía no podía deambular (historia clínica de fs. 40/41); la pericial de fs. 141 concluye, en diciembre de 1999, que "la actora padece de secuelas de la fractura de cadera izquierda que produce marcha anormal".

b) La lesión y las consecuencias reseñadas permiten deducir, con toda lógica, que la actora ha sufrido realmente una lesión a su integridad física.

c) Esa integridad física debe ser protegida por el derecho, aunque la persona que la sufre no trabaje, o no tenga disminución en sus salarios (Ver sentencia de esta Sala del 8/5/2000, y sus citas, LS 295-115, publicada en J. de Mza 59-21 y Foro de Cuyo 43-264).

d) La cantidad de \$ 4000 no es superior a la utilizada por este tribunal en supuestos similares (ver precedente referido y sus citas).

4. El daño moral.

El juez de primera instancia fijó la cantidad de \$ 10.000.

Los argumentos esgrimidos para su reducción son también insuficientes por las siguientes razones:

a) El daño moral no tiene por qué guardar proporcionalidad con el daño material. Supuestos de escasos daños materiales pueden producir un daño moral importante (Ver sentencia de esta Sala del 16/3/95, registrada en LS 254-187).

b) La cifra no resulta excesiva atendiendo a los padecimientos durante todo el tiempo que señala la historia clínica y la pericial antes referida.

5. Los gastos de atención de la enfermedad.

Esta Sala comparte el criterio jurisprudencial predominante según el cual los gastos médicos, de farmacia y de atención de una enfermedad no requieren prueba documental, razón por la cual pueden ser admitidos siempre que resulten verosímiles en relación con las lesiones provocadas por el evento dañoso (Ver Cám. Nac. civ. sala E, 18/5/1998, LL 1999-E-35; ver decisión de esta sala del 18/4/97 registrada en LS 271-89). De allí que, en principio, los agravios del recurrente son inconsistentes.

Sin embargo, le asiste razón en su impugnación referida al camisón adquirido el 6 de Mayo de 1977, dos meses después del accidente, pues no se trata de un gasto que presente manifiesta relación con el accidente. Aunque se trate de una suma insignificante (\$ 29.90) no hay razón para hacerla cargar al demandado.

6. Conclusiones.

Por todo lo expuesto, y si mi voto es compartido por mis colegas de sala corresponde:

- a) Modificar la sentencia de primera instancia y reducir el monto de condena a la suma de \$ 12.209.76. Esa suma resulta de restar al monto de condena la factura de \$ 29.90 y a la cantidad resultante, disminuir el 20% de culpa que se atribuye a la actora.
- b) Imponer las costas a la demandada en lo que prospera la demanda y a la actora en cuanto se rechaza, en tanto ese rechazo no está fundado en la discrecionalidad en la determinación de los montos sino en la culpa atribuida a la actora y en la improcedencia de un gasto.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. ROMANO y MOYANO, adhieren al voto que antecede.

A LA TERCERA CUESTIÓN LA DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI dijo: Atento lo resuelto en las cuestiones que anteceden corresponde imponer las costas de esta instancia a la parte recurrida en la proporción en que prospera el recurso extraordinario interpuesto y a la parte recurrente en la proporción en que el mismo fue rechazado.

Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. ROMANO y MOYANO , adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA:

Mendoza, 26 de julio de 2002.

Y VISTOS:

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

RESUELVE:

I. Hacer lugar parcialmente al recurso extraordinario de Inconstitucionalidad deducido a fs. 60/66 vta. por la parte actora Sra. CRISTINA YOLANDA BLOISE de TUCCI contra la sentencia de fs. 317/320 del expediente N° 140.351 "BLOISE de TUCCI C/SUPERMERCADOS MAYORISTAS MAKRO p/ D y P" dictada por la Excma. Cuarta Cámara de Apelación Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de la Primera Circunscripción, la que se deja sin efecto. En consecuencia la parte resolutive de la sentencia queda redactada de la siguiente manera:

"1)"Admitir parcialmente el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 297 contra la sentencia de fs. 291/293 la que se revoca quedando redactada su parte resolutive del siguiente modo:"

"I-" Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. CRISTINA YOLANDA BLOISE de TUCCI en contra de la firma SUPERMERCADOS MAYORISTAS MAKRO S.A, y en consecuencia condenar a esta última a abonarle la suma de pesos DOCE MIL DOSCIENTOS NUEVE con SETENTA y SEIS centavos (\$12.209,76), cantidad que reconocerá un interés del 5% anual desde la fecha del accidente y hasta la de este fallo, de conformidad a lo establecido en el Art. 1 de la ley 4087. Luego de {esta última fecha, el interés a devengarse será aquel que tiene como referencia la tasa activa promedio aplicada por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de créditos y todo hasta su efectivo pago".

"II.-"Imponer las costas a cargo de los demandados por lo que prospera la demanda (\$12.209,79) y a cargo de la actora por lo que se rechaza (\$3082,33)."

"III.-"Regular los honorarios por lo que prospera la demanda y a cargo de los demandados del siguiente modo: Dr. Roberto Fares, en la suma de pesos mil cuatrocientos sesenta y cinco con diecisiete centavos (\$ 1.465,17), Dr Roberto Spanpinatto en la suma de pesos setecientos treinta y dos con cincuenta y ocho centavos (\$ 732,58)y Dr. Marcelo Berengüer en la suma de pesos mil veinticinco con sesenta centavos (\$1.025,60) (Arts.2,3,4 inc.a) y 31 ley arancelaria)".

"IV-"Regular los honorarios por lo que no prospera la demanda y a cargo de la actora del siguiente modo: Dr.MarceloBerengüer en la suma de pesos trescientos sesenta y nueve con ochenta y siete centavos (\$ 369,87), Dr. Roberto Fares en la suma de pesos doscientos cincuenta y ocho con noventa y un centavos (\$ 258,91)yDr.RobertoSpanpinatto en la suma de pesos ciento veintinueve con cuarenta y cinco centavos (\$ 129,45) (Arts.2,3,4inc.a) ley arancelaria".

"V_"Regular los honorarios profesionales de los peritos Osvaldo Gatica y Daniel Eliseo Leiva en la suma de pesos trescientos sesenta y seis con veintisiete centavos (\$ 366,27) a cada uno respectivamente.

"2)"Imponer las costas de Alzada a la demandada apelante en lo que no prospera su recurso y a la actora apelada en lo que prospera (Arts. 35 y 36 CPC).

"3)"Regular los honorarios de Alzada por lo que prospera el recurso del siguiente modo: Dr.MarceloBerengüer en la suma de pesos ciento cuarenta y siete con noventa y cinco centavos (\$ 147,95), Dr. Roberto Fares en la suma de pesos ciento tres con cincuenta y

seis centavos (\$ 103,56) y Dr.Roberto Spanpinatto en la suma de pesos cincuenta y uno con setenta y ocho centavos (\$ 51,78) (Arts.15 y 31 ley arancelaria)".

"4)"Regular los honorarios de Alzada por lo que no prospera el recurso del siguiente modo: Dr. Roberto Fares, en la suma de pesos quinientos ochenta y seis con seis centavos(\$ 586,06), Dr Roberto Spanpinatto en la suma de pesos ciento setenta y cinco con ochenta y dos centavos (\$ 175,82) y Dr. Marcelo Berengüer en la suma de pesos cuatrocientos diez con veinticuatro centavos (\$ 410,24)"(Arts.15 y 31de la ley arancelaria)".

II-Imponer las costas del recurso de Inconstitucionalidad a la parte recurrida en lo que prospera y a la parte recurrente en lo que no prospera(Arts 148 y 36 CPC).

III- Regular los honorarios profesionales por lo que prospera el recurso de Inconstitucionalidad, del siguiente modo: Dr. Roberto Fares, en la suma de pesos quinientos ochenta y seis con seis centavos(\$ 586,06), Dr Roberto Spanpinatto en la suma de pesos ciento setenta y cinco con ochenta y dos centavos (\$ 175,82) y Dr. Marcelo Berengüer en la suma de pesos cuatrocientos diez con veinticuatro centavos (\$410,24)(Arts.15 y 31de la ley 3641).

IV- Regular los honorarios profesionales por lo que no prospera el recurso de Inconstitucionalidad del siguiente modo: Dr.Marcelo Berengüer en la suma de pesos ciento cuarenta y siete con noventa y cinco centavos (\$147,95), Dr. Roberto Fares en la suma de pesos cinco tres con cincuenta y seis centavos (\$ 103,56) y Dr.Roberto Spanpinatto en la suma de pesos cincuenta y un con setenta y ocho centavos (\$51,78) (Arts.15 y 31 ley arancelaria).

V- Dar a la suma de pesos SETENTA Y CINCO (\$ 75) de la que da cuenta la boleta de depósito obrante a fs. 1, el destino previsto por el Art. 47 inc. IV del C.P.C.

Notifíquese

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía general

- ✓ “Código Civil y Comercial Comentado”. Director Ricardo Lorenzetti. Coordinadores De Lorenzo Miguel Federico y Lorenzetti Pablo. Editorial Rubinzal – Culzoni, Tomo VI.
- ✓ “Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”. Fundamentos del CCyC, Título III. Edit. Ediciones del País, 2015.
- ✓ Farina, Juan M. “Defensa del consumidor y usuarios”. Ed. Astrea, 2009.
- ✓ Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra. “La Noción de Consumidor y su Proyección sobre la Legitimación para Accionar”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo 2009-1, 2009
- ✓ Lorenzetti, Ricardo Luis. “Tratado de los Contratos”, Tomo III, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., Argentina, 2000.
- ✓ Lorenzetti, Ricardo.” Consumidores”. Editorial Rubinzal-Culzoni, 2009.
- ✓ Lowenrosen, Flavio. “Derecho del consumidor”, Tomo II, Editorial Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2008
- ✓ Mosset Iturraspe, Jorge. “La Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240 (modif. Por leyes 24.568, 24.787, 24.999 y 26.361). Editorial Rubinzal Culzoni, 2008.
- ✓ Stiglitz, Rubén S. “Contratos Civiles y Comerciales. Parte General”, Bs. As., Edit. AbeledoPerrot, Bs. As., 1998, n° 219

Portales WEB de información general.

- ✓ Acuerdo del MERCOSUR sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo. <http://www.un.org/>
- ✓ Asociación protección consumidores del Mercado Común del Sur. www.proconsumer.org.ar
- ✓ Barocelli, Sergio. “El concepto de consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”: www.nuevocodigocivil.com.
- ✓ Cáu, Esteban Javier Arias. “La defensa del consumidor: Pasado, presente y futuro a la luz del proyecto de Código Civil 2012”. www.psi.unc.edu.ar
- ✓ Condomi, Alfredo Mario. “El régimen de defensa del consumidor a partir de la vigencia de la ley aprobatoria del nuevo código civil y comercial de la nación”. www.infojus.gov.ar. Id Infojus: DACF150334.

- ✓ Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo. Directrices para la protección del consumidor. Nueva York y Ginebra, 2016. http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/ditccplpmisc2016d1_es.pdf
- ✓ Directrices de las Naciones Unidas para la protección del Consumidor (ampliadas en 1999). NACIONES UNIDAS. Nueva York y Ginebra, 2001. <http://www.un.org/>
- ✓ Feldstein de Cárdenas, Sara Lidia. “La noción de consumidor en el MERCOSUR”. <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-la-nocion-de-consumidor-en-el-mercosur.pdf>
- ✓ Frustagli, Sandra A. y Hernández, Carlos A. “El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el derecho argentino.”. LA LEY. Cita Online: AR/DOC/3099/2011
- ✓ Hernández, Carlos y Frustagli, Sandra. “El concepto de consumidor. proyecciones actuales en el derecho argentino”, Publicado en La Ley, cita online: AR/DOC/3099/2011.
- ✓ XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 8, realizada en Tucumán, 2011 XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizada en la Ciudad de Buenos Aires, 2013: <http://jndcbahiablanca2015.com/>
- ✓ Junyent Bas, Francisco A y Garzino, María Constanza. “El consumidor en el Código Civil y Comercial”. LA LEY. Cita Online: AR/DOC/2288/2016
- ✓ Naciones Unidas. Resolución Nro. 34/2011. <http://www.un.org/>
- ✓ Rusconi, Dante. “La “privatización” del Derecho del Consumidor (por el Código Civil y Comercial de la Nación)”. Diario Consumidores y Usuarios Nro. 52 – 03.11.2015. <http://danterusconi.blogspot.com/2015/11/la-privatizacion-del-derecho-del.html>

Bibliografía específica.

- ✓ Stiglitz, Rubén. “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el CCyC de la Nación.” Suplemento especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014.

Portales WEB de bibliografía específica.

- ✓ Bagalá, Pablo. “El deber de seguridad y su impacto en el derecho privado a partir de la aparición del derecho de consumo”. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2014/12/Doctrina356.pdf>.
- ✓ Barletta, Alejandro Horacio. “La eliminación del “bystander en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012”. Revista Jurídica UCES. http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/2494/Eliminacion_Barletta.pdf?sequence=1
- ✓ Brum, Emiliano. “Las prácticas abusivas a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. EL DIAL. Cita Online: elDial.com – DC2088.
- ✓ Cao, Christian Alberto y Gamarra, Gonzalo. “La relación de consumo en el Código Civil Comercial de la Nación”. CCyC 2015 (noviembre), Cita Online: AR/DOC/3885/2015.
- ✓ Frustagli, Sandra A. y Hernández, Carlos. “Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de defensa el consumidor, con especial referencia a la materia contractual”. LA LEY. Cita Online: 0003/013844. Cita Online: AR/DOC/3885/2015
- ✓ Furrer, Berta P.: “Contratos de Consumo y Seguro”: <http://www.casi.com.ar/>
- ✓ Padovan, Fernando. “Desaparición de la obligación de seguridad en el nuevo Código Civil y Comercial”. www.infojus.gov.ar. Id SAIJ: DACF150534
- ✓ Peral, Santiago José. “La exclusión de la figura del consumidor expuesto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/09/Doctrina1908.pdf>
- ✓ Perfetti, Daniel Arango. “Aproximación a la responsabilidad civil por productos defectuosos en Estados Unidos y Colombia”. http://londonoyarango.com/pdf/Aproximacion_%20Responsabilidad_%20Productos_en_USA_Colombia.pdf.
- ✓ Pizarro, Ramón. “¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Nuevo Código Civil y Comercial?”. LA LEY. Cita Online: AR/DOC/2538/2015.
- ✓ Schneider, Frederic N. Tort: Recovery by a Bystander in Strict Liability, volumen 8, Nro. 2 Tulsa L. J. 216 (1972) <http://digitalcommons.law.utulsa.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1194&context=tlr>

✓ Shina, Fernando. “La estipulación a favor de tercero: el art. 1027 CCyC. La acción directa de las víctimas de accidentes de tránsito contra las aseguradoras”. EL DIAL. https://www.eldial.com/nuevo/lite-tcd- detalle.asp?id=8539&base=50&id_publicar=&fecha_publicar=03/06/2016&indice=doctrina&suple=Consumidor

✓ Shina, Fernando. “Las relaciones de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial. La resurrección del bystander”. EL DIAL. Cita Online: elDial.com – DC20BA.

✓ Web oficial de la legislación estadounidense. <http://www.legislation.gov.uk/>

Jurisprudencia.

✓ “Bauer de Hernández Rosa c/ Carrefour Rosario s/ indemnización daño moral”. Juzgado en lo Civil y Comercial de la 9ª Nominación.

✓ “Bloise de Tucchi Cristina en J° 140.351 Bloise de Tucchi c/ Supermercados MAKRO S.A. p/dyp. s/ inc.” Corte Suprema de Justicia de Mendoza de fecha 2002

✓ “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A. del 22/04/2008 y UMH c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca”. CSJN. 2010.

✓ “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”. CSJN. 2007.

✓ “Torres, Erika F. c/COTO C.I.C.S.A. y otro”. Cámara Civil, Sala F, 2003.

Leyes

LEY N° 24.240: Defensa de Consumidores

LEY N° 23.184: de Espectáculos deportivos. Régimen Penal y Contravencional para la violencia en los citados eventos. Responsabilidad Civil. 1985

LEY 24.449: Ley de Tránsito

LEY 8.078: Brasil. Protección del consumidor y otras providencias.

ÍNDICE

Resumen.....	1
Estado de cuestión.....	3
Marco teórico.....	6
Introducción.....	12
Hipótesis.....	13

Capítulo I:

“CONSUMIDOR. NOCIONES GENERALES”

1) Introducción.....	16
2) Ámbito interno:	
a) norma.....	16
b) Doctrina.....	17
3)Ámbito externo:	
a) MERCOSUR:	18
i - El concepto en los países del MERCOSUR:.....	20
I) La definición del concepto de consumidor en el derecho brasilero.....	20
II) La definición del concepto de consumidor en el derecho paraguayo.....	21
III) La definición del concepto de consumidor en el derecho uruguayo.....	22
IV) La definición del concepto de consumidor en el derecho venezolano.....	22
ii - Acuerdo del Mercosur sobre derecho aplicable en materia de contratos internacionales de consumo.....	23
b) Estados Unidos.....	24
c) Naciones Unidas.....	24
4) Conclusión.....	24

Capítulo II:
“CONSUMIDOR EXPUESTO”

1) Introducción.	27
2) Aspectos conceptuales contenidos en el derecho positivo nacional. LDC y su reforma mediante la ley 26.361.....	27
3) Aspectos conceptuales de la doctrina argentina.....	28
4) Conclusión.....	30

Capítulo III:
“CONSUMIDOR EXPUESTO: DERECHO COMPARADO”

1) Introducción.....	32
2) Regulación en el derecho brasilero.....	32
3) Regulación en el derecho estadounidense.....	33
4) Conclusión.....	35

Capítulo IV:
“CONSUMIDOR EXPUESTO Y DEBER DE SEGURIDAD:
JURISPRUDENCIA”

1) Introducción.....	37
2) El deber de seguridad:	
a) Antecedentes.	37
b) Su regulación en argentina.....	38
c) Su relación con el consumidor expuesto.....	41
3) Conclusión.	46

Capítulo V:
“CONSUMIDOR EXPUESTO. SU REGULACION A PARTIR DEL CCYC”

1) Introducción.....	48
2) Regulación actual.....	48
3) Causas de eliminación. Fundamentos del CCyC.....	49
4) Opiniones doctrinarias.....	50
5) Conclusión.	53

Capítulo VI:

**“IMPLICANCIAS DE SU ELIMINACION EN EL DERECHO. SU
PROTECCION LEGAL A PARTIR DE LA REFORMA 26.449”**

1) Introducción.....	55
2) Sección 1ª y sección 2ª: trato digno, publicidad engañosa y falta de información.....	55
3) Productos defectuosos.....	58
4) Deber de seguridad.....	59
5) Seguros:	
a) Naturaleza.....	60
b) Definición.....	61
c) Relación con el bystander.....	61
6) Conclusión.	64

Capítulo VII:

CONCLUSIÓN FINAL Y PROPUESTA

Conclusión final y propuesta.....	66
-----------------------------------	----

<u>ANEXOS</u>	69
----------------------------	----

<u>BIBIOGRAFÍA</u>	99
---------------------------------	----