

Industria Automotriz y nuevas herramientas
para la prevención de daños al
consumidor

Maestría de Derecho y Economía

Universidad de Buenos Aires

2018

Tutora: Paula Sardegna

Alumno: Facundo Joaquín Perelli

Agradecimientos

Básicamente, al ser mi primera tesis y el primer trabajo de tal magnitud, mis agradecimientos están dirigidos a la tutora de este trabajo, la Dra. Paula Sardegna, que con su infinita paciencia y gran dedicación me supo guiar, corregir y aconsejar amablemente a lo largo de todo este proceso de aprendizaje.

Su ayuda, no sólo contribuyó significativamente a la calidad de éste trabajo, sino que además me incentivó a encarar en el futuro más proyectos de semejante magnitud.

A ella, mi gratitud y reconocimiento.

Índice

1. Presentación	4
I. Definiciones	6
II. Metodología	11
III. Planteamiento del problema. justificación y necesidad de su investigación	13
IV. Objetivo de la Investigación	16
V. Marco Teórico	18
2. Las contingencias en la aplicación de la responsabilidad solidaria	20
I. Sobre la Necesidad de que Exista una Ley de Defensa al Consumidor	26
II. La Aplicación de La Ley De Defensa Del Consumidor	36
3. Vicios Redhibitorios	42
I. La Naturaleza de la Responsabilidad	42
II. Negligencia	45
III. La Fórmula del Juez Hand	49
IV. Reflexiones sobre la aplicación de la fórmula de Hand	56
4. Responsabilidad Objetiva	64
5. La responsabilidad solidaria	69
I. El rol de la prevención en la responsabilidad solidaria	78
II. La distribución de la pena según el grado de responsabilidad	83
III. La Postura de Calabresi	104
6. Reflexiones Finales	114
Bibliografía	120

1. Presentación

Actualmente tanto en sedes judiciales como en sedes administrativas, especialmente en oficinas dedicadas a atender reclamos basados en la ley de defensa al consumidor, tienden a extender de manera automática, sin un análisis previo, la responsabilidad de una empresa (en este caso la concesionaria de automotores, la empresa administradora de planes de ahorro o la industria automotriz) por inconvenientes en la prestación de un producto determinado, tales como por ejemplo: demora en la entrega de un vehículo, vicio rehibitorios y/o aumento deliberado de las cuotas de un plan de ahorro.

Ahora bien, en mucho de estos casos, hay empresas que se encuentran en las distintas cadenas de producción que jamás intervinieron en la operación reclamada por el consumidor final -como también puede llegar a ser el transportista-. No obstante ello, dada la responsabilidad solidaria que plantea la normativa en cuestión, deben asumir dicho reclamo y atender no sólo ciertos gastos -entre ellas las indemnizaciones y las multas- sino también ciertos costos de transacción de significativa relevancia como el hecho de afrontar un juicio o un procedimiento administrativo y la necesaria contratación de abogados especializados.

Adicionalmente, la acción de repetición que está prevista en la ley jamás se termina ejerciendo. Esto se debe a que estas compañías no solamente tienen contratos de larga duración entre ellas, sino también una expectativa de larga duración respecto a mantener sus negocios.

Por ello es que, iniciar una acción de repetición contra una empresa de la que asimismo se pretende continuar un negocio duradero y rentable parece poco recomendable.

A raíz de ello, la hipótesis del presente trabajo es que un sistema en el que se responsabilice solamente a una de las empresas que directamente causó el daño, será más eficiente que el actual sistema de responsabilidad solidaria basado en responsabilizar a todas aquellas que intervinieron en la operación

Para ello, la presente tesis se centra en analizar: a) qué tipo de conductas adoptarían tanto las empresas como los consumidores finales tanto en un contexto donde directamente no exista una ley que condene a las empresas y; b) un contexto en el que efectivamente haya una ley que específicamente regule sobre la materia.

Posteriormente, se analizan los distintos tipos de responsabilidad que se aplican, tanto en nuestra legislación, como en el sistema del *Common law*. Principalmente se analiza el sistema de responsabilidad objetiva y el sistema de responsabilidad subjetiva o “*due care*” (debido cuidado).

Después se toman en cuenta diversas teorías doctrinales provenientes del *Common law*, principalmente la fórmula de Hand y del “*cheapest cost avoided*” de Guido Calabresi para ofrecer una posible aplicación al sistema de responsabilidad de argentina y ofrecer una alternativa frente al sistema de responsabilidad objetiva que actualmente es aplicado por los jueces.

I. La presente tesis describe cómo se debe aplicar la responsabilidad solidaria para los distintos actores. Para ello, se tendrán en cuenta diversos autores nacionales e internacionales. Más aún, se consideran textos donde se recurra a herramientas provenientes del *Law and Economics*.

A los efectos de este estudio se definen los siguientes conceptos:

Consumidor: 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.

Consumidor expuesto o "bystander": 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 social¹.

Responsabilidad Solidaria: 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 ajena².

Sistema de responsabilidad objetiva: Técnica legal por medio del cual solamente requiere la existencia de un defecto para poder responsabilizar por el defecto de un producto.

Sistema de responsabilidad absoluta: Técnica legal por medio de la cual no se acepta ningún tipo de defensa por parte de las empresas prestadoras de servicios. En el referido sistema, el consumidor alega un daño, y de efectivamente acreditarse entonces la empresa debe responder.

Sistema de responsabilidad por culpa: Técnica legal por medio del cual la empresa debe responder solamente si el nivel de cuidado adoptado es inferior que el estándar

¹ Art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor

² Art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor

establecido, ya sea por una ley o por la misma jurisprudencia. Si el nivel de cuidado adoptado es inferior, entonces la empresa será considerada responsable por el reclamo del consumidor. Es también conocido como "sistema de responsabilidad subjetivo".

Sistema de garantía ("warrants"): Técnica similar al sistema de responsabilidad objetiva. La empresa no necesita estar ante una situación de incumplimiento para responder frente a un reclamo de defensa del consumidor.

"But For": Técnica legal por la cual establece que si la conducta no se hubiera desplegado, entonces no se habría provocado el daño. Si por el contrario, la conducta no se hubiera desplegado y el daño indefectiblemente hubiera ocurrido, entonces la persona que realiza la conducta no resultaría responsable.

"Foreseeability": Técnica legal por la cual se toma en cuenta el grado de "proximidad" que una conducta tuvo respecto a un daño provocado.

"Spreading Loss": Técnica legal adoptada por Guido Calabresi que consiste en la distribución proporcional del costo de una sentencia a todos los codemandados para generar una menor distorsión económica.

"Deep Pocket": Técnica legal también adoptada por Guido Calabresi por medio de la cual sugiere que el codemandado que cuente con mayor capacidad patrimonial deba ser el encargado de afrontar una parte significativa de la condena, en comparación con el codemandado que tiene una capacidad patrimonial menor. El autor afirma que al agente que cuenta con un patrimonio significativo le generará menor distorsión frente al agente que cuenta con un patrimonio más reducido.

"Cheapest Cost Avoided": Técnica legal adoptada también por Guido Calabresi por medio de la cual el agente que tiene menores costos para evitar el daño deberá ser quien deba afrontar la condena, en comparación con el resto de los codemandados para quienes puede significar un mayor costo económico. Este sistema -al igual que en los otros dos- tiene como objetivo disminuir la distorsión económica.

"Costos de Transacción": Concepto ideado por Ronald Coase en su ensayo "*El problema del costo social*" para referirse a ciertos gastos que las partes deben afrontar para llevar a cabo cualquier negociación en la vida diaria. El autor los clasifica en costos de búsqueda -aquella erogación referida a buscar la parte con quien se quiere contratar-;

costos de negociación -costos que apuntan fundamentalmente a la negociación del contrato-; costos de control -son aquellos gastos que apuntan a controlar el cumplimiento del contrato-.

"El problema del Costo Social": Es un método diseñado por Ronald Coase por medio del cual afirma que cuando los costos de transacción son bajos -casi nulos- entonces la asignación inicial de recursos será irrelevante y las partes podrán libremente llegar a una solución óptima. Por el contrario, si la negociación entre partes requiere ciertos costos de transacción, entonces la asignación inicial de recursos deberá tomarse en cuenta para que las partes puedan arribar a un resultado económicamente óptimo.

Mercado de Competencia Perfecta: Sistema por medio del cual ningún agente se encuentra en mejores condiciones que el resto para poder influir en la fijación de precios. En otras palabras, el mercado no es influenciado por ningún agente y la oferta y la demanda se maneja libremente entre todos los participantes. En este caso se toman como principales variables los costos totales de las empresas para fijar los precios.

Mercado Oligopólico: Modelo de mercado por medio del cual un grupo determinado de empresas influye fuertemente en la fijación de la oferta y demanda y ello termina incidiendo directamente en los precios que deben ser asumidos por los consumidores. En este sistema el parámetro que se toma en cuenta para la fijación de los precios es el costo marginal del grupo de empresas.

Mercado Monopólico: Modelo de mercado que consiste en que un solo productor influye en la oferta y demanda. Ello conlleva también la fijación libre de los precios que serán determinados según los costos marginales de la empresa. La doctrina entiende que tanto el mercado monopólico como el oligopólico pueden generar una gran distorsión dentro del mercado que puede repercutir en forma significativa en el patrimonio de los consumidores sino se lo regula y controla -salvo lo que comúnmente se denomina como "monopolio natural" que no será tratado en esta tesis-.

Elasticidad Precio de la Demanda: Es una medida utilizada por los economistas que consiste en establecer cuánto varía la demanda del mismo cuando se aumenta o disminuye su precio.

Elasticidad Cruzada de la Demanda: Es otra medida utilizada por los economistas que consiste en establecer cuánto varía la demanda del producto si su principal competidor aumenta o disminuye el precio de su producto.

"Optimal Care": Es un cuidado óptimo que requiere la jurisprudencia para utilizar el producto y determinar que no hubo responsabilidad por parte del consumidor final.

"Due Care": Es un cuidado mínimo e indispensable que requiere la jurisprudencia para no considerar que no hubo responsabilidad por parte del consumidor.

Aversión al Riesgo: Es un concepto ampliamente utilizado en economía para referirse a un comportamiento por parte de los consumidores para elegir un producto con cierto riesgo a diferencia de otro producto con mayor riesgo.

La fórmula de Hand: Es una técnica legal por la cual se toman en cuenta tres variables para determinar si hubo o no responsabilidad de un agente: la probabilidad de que el incidente efectivamente ocurra; la gravedad del incidente y; el costo o la carga de la adecuada precaución para evitarlo. La responsabilidad variará dependiendo si el producto de los primeros dos puntos es mayor que el tercero, es decir si el hecho que originó el daño tiene altas probabilidades de que ocurra y, no obstante, el demandado incurrió en una carga necesaria para que el daño sea prevenido, entonces no se lo puede tener por responsable, dado a que el hecho, con o sin la carga de prevención, hubiera ocurrido de todas formas.

"Limited Information Standard": Derivación de la fórmula de Hand por medio de la cual la doctrina asume que el juez al no tener toda la información resultante del accidente, puede llegar a investigar las probabilidades de que efectivamente el accidente ocurra entre dos particulares.

"Incremental Standards of Negligence": Aspecto que tiene en cuenta el juez sobre la posibilidad que el consumidor haya podido elegir una alternativa que pueda reducir la probabilidad del daño.

"Incremental Standar": Método jurisprudencial por medio del cual se parte de la base que el sistema judicial no tiene todos los conocimientos necesarios para poder prevenir los accidentes de vehículo, entonces, la negligencia de una de las partes es determinada

asumiendo que la otra parte realizó un cuidado óptimo para que el accidente no ocurriera.

"General Deterrence": Método legal ideado por Guido Calabresi que consiste en que el monto de la condena debiera ser lo suficientemente mayor que cualquier herramienta que directamente pueda disminuir considerablemente la probabilidad del daño. De no hacerlo, la empresa afrontaría una sanción más costosa.

"Specific Deterrence": Técnica legal que consiste en que el Estado también puede incentivar a las empresas a invertir en los medios de protección necesarios para poder dar una seguridad mayor al conducir el vehículo al aplicar severas sanciones económicas.

Óptimo de Pareto: Concepto que es utilizado frecuentemente por los economistas que determina la eficiencia de una situación. En ese sentido, el concepto parte de una situación de asignación inicial de recursos a un grupo de individuos. Si se asigna unos recursos de un grupo de personas a otro, sin afectar negativamente las condiciones del primero y al mismo tiempo favoreciendo las condiciones del segundo, entonces en principio se podría afirmar que esta distribución de recursos pasó a un nivel más eficiente o "*Pareto superior*". Si se llega a una situación en la cual, la distribución de recursos afecta negativamente a un grupo de personas a costa del beneficio de otro, entonces se está ante una situación denominada "*Óptimo de Pareto*".

Inicialmente, la tesis toma los métodos descriptivo y deductivo para partir de una base introductoria sobre cómo las partes pueden llegar a comportarse si no existiera una ley que efectivamente sancionara los incumplimientos de las empresas. Consecuentemente, se llega a una primera conclusión sobre la necesidad de que exista una ley que regule las relaciones de consumo y que asimismo equilibre la relación entre las partes.

Una vez concluida la efectiva necesidad, para brindar una mejor contextualización sobre el sistema de responsabilidad solidaria, se utiliza –en menor medida que los anteriores métodos- el método histórico para entender si el legislador siempre tuvo en miras imponer un sistema de responsabilidad o no y cuáles fueron las opiniones doctrinarias acerca de ello.

II. Asimismo, la tesis toma el método inductivo, ya que al describir el contexto actual de cómo la responsabilidad solidaria se aplica actualmente en nuestro país, aborda un análisis general sobre ciertas situaciones -vicios redhibitorios, mala prestación en el plan de ahorro e inconvenientes en la venta de vehículos-. A partir de la descripción de este contexto, se obtiene un análisis general que pueda explicar cómo el sistema que impera actualmente en Argentina, conlleva ciertas desventajas que pueden ser solucionadas si se aplicaran otras técnicas que se utilizan particularmente en el *Common Law*.

Para auxiliar este análisis, también se adopta el método dogmático, ya que justamente la aplicación de la responsabilidad solidaria configura, en cierta forma para un sector de la doctrina, dogmas indiscutibles. En otras palabras, no existen muchas interpretaciones doctrinarias que actualmente pongan en tela de juicio la aplicación de una responsabilidad solidaria sin una identificación clara del verdadero responsable que originó el daño al consumidor final.

Consecuentemente, la tesis utiliza nuevamente el método comparativo para poder explicar claramente cómo se aplican los diversos sistemas de responsabilidades – sistema de responsabilidad subjetiva y objetiva-. Asimismo se analizan tanto las ventajas como las desventajas de cada uno de ellos. Este método también es utilizado frecuentemente para explicar en modo teórico y genérico cómo se aplica la responsabilidad por defectos en la producción de productos tanto en Argentina como en el *Common Law*.

En relación a ello, el método mencionado en el párrafo anterior será complementado con el método descriptivo para poder dar una explicación cierta y clara sobre cada uno de los sistemas de responsabilidades concebidos tanto en la doctrina nacional como en el *Common Law*.

En adición a ello, este método también se aplica cuando se analiza la aplicación de cada uno de estos sistemas a los distintos tipos de mercados -monopólico y/o oligopolio-.

A partir de una descripción sobre cómo la oferta y la demanda es influida de acuerdo al tipo de mercado, se analiza cómo es la distribución de cargas en el sistema de

responsabilidad solidaria. También, logra que el productor internalice correctamente una eventual condena a fin de corregir una conducta en pos del consumidor.

Por último, se acude al método deductivo para evaluar si las diversas teorías analizadas en esta tesis –la teoría de Guido Calabresi y la fórmula de Hand- pueden o no ser aplicadas a nuestra legislación.

Para ello, una vez analizadas las ventajas y desventajas de cada sistema de responsabilidad, se considerará si estas teorías pueden ser aplicadas por nuestros jueces y qué ventajas y desventajas traen dentro del contexto nacional.

En base a esta recolección de datos es que finalmente se elabora una reflexión final sobre si resulta conveniente la distribución de cargas en la responsabilidad solidaria o si por el contrario, este sistema no puede configurar una alternativa a nuestro actual sistema.

Finalmente, cada uno de estos métodos claramente se encuentra respaldado tanto por bibliografía nacional como del *Common Law*, y a partir de ello se concluye finalmente si la distribución de cargas concebida en ésta tesis, puede ser o no aplicada en nuestro país.

III. El sistema de responsabilidad objetivo adoptado por nuestra ley podría proporcionar el mismo resultado que el sistema de responsabilidad subjetiva, dado que tanto en un sistema como en otro, las empresas se encuentran exigidas a invertir en un servicio que brinde una calidad mínima que no cause daños al consumidor.

Para ello, generalmente se observa que varias empresas conforman un grupo económico destinado a brindar un servicio o producto final al consumidor. En el caso donde mejor se observa esto es en la industria automotriz: existe una fábrica automotriz que se dedica exclusivamente a la importación/fabricación de vehículos de diversas marcas; existe una empresa destinada solamente a brindar planes de ahorro a gente con recursos limitados para que puedan adquirir los vehículos exclusivos de la marca; y por último, están las concesionarias, las únicas empresas dedicadas a tener un trato directo y exclusivo con todo el elenco de consumidores.

En este contexto, nuestra ley de defensa del consumidor establece una responsabilidad objetiva respecto a las obligaciones de estas empresas como el cumplimiento de la garantía, el trato digno o el deber de información. Adicionalmente, establece una responsabilidad solidaria en dos artículos: arts. 12 y 40 bis.

En efecto, actualmente tanto en sedes judiciales como en sedes administrativas, especialmente en oficinas dedicadas a atender reclamos basados en la ley de defensa al consumidor, tienden a extender de manera automática, sin un análisis previo, la responsabilidad solidaria de las empresas mencionadas por inconvenientes en la prestación de un producto determinado tales como por ejemplo:

- la demora en la entrega de un vehículo;
- vicio redhibitorios y/o;
- aumento deliberado de las cuotas de un plan de ahorro.

En atención a ello, cabe preguntarse si la implementación de la responsabilidad solidaria que establece nuestra ley resulta ser el método más eficaz para defender los intereses del consumidor.

Cabe mencionar que existen empresas que cumplen un rol que las posiciona en una situación tal, que jamás intervinieron en la operación reclamada por el consumidor final. Sin embargo, dada la responsabilidad solidaria que plantea la normativa, deben indefectiblemente asumir dicho reclamo y atender no sólo ciertos

gastos -indemnizaciones y multas-, sino que además deben afrontar ciertos costos de transacción de significativa relevancia como por ejemplo el hecho de afrontar un juicio o un procedimiento administrativo con la consecuente contratación de abogados especializados sobre la materia.

Más aún, la empresa que efectivamente realizó el daño pero que no fue la encargada de pagar la deuda - o no fue la encargada de pagarla en su totalidad - no tendrá incentivos para modificar su conducta.

Adicionalmente -como ya se mencionó-, la acción de repetición que está prevista en la ley jamás se implementará entre las empresas que conforman el grupo económico.

Por ello, la aplicación actual del sistema de responsabilidad solidaria, en principio, puede generar evidentes distorsiones y una incertidumbre con respecto al responsable que deberá afrontar los gastos. De esta forma, resulta necesario considerar otros sistemas que incentiven a las empresas a corregir ciertas conductas que violan la buena fe de los consumidores.

Este panorama, genera la redistribución de los costos -judiciales y administrativos frente al reclamo del consumidor final-. El beneficio indebido que logra obtener una empresa por una práctica abusiva, posteriormente genera que las restantes empresas deban asumir una responsabilidad común distribuyendo entre todas los costos.

Otra posible consecuencia respecto a la incertidumbre señalada es que ningún agente de la cadena estará incentivado a brindar una solución definitiva. Todo lo contrario, la estrategia que se utilizara entre las empresas se basa en dirigir la responsabilidad hacia el otro agente de la cadena de producción.

En atención a ello, el presente estudio apunta a advertir sobre éstas desventajas que surgen de la aplicación casi automática del sistema de responsabilidad solidaria, y asimismo, proponer un sistema que identifique distintos grados de responsabilidad solidaria en el marco de la industria automotriz. De esa forma se puede identificar en qué caso cada eslabón de la cadena de producción específico debe responder frente a cada inconveniente en la prestación del servicio.

Para ello, se apunta a identificar y describir tres situaciones comunes en las que se basan prácticamente todos los reclamos del consumidor en la industria automotriz:

- vicios redhibitorios;
- falta de entrega del vehículo y;
- aumento abrupto de cuotas provenientes de la contratación de un plan de ahorro.

Para el caso de los vicios redhibitorios amparados en el art. 40 bis se propone sustituir la responsabilidad solidaria y aplicar la teoría de Guido Calabresi del "*spreading loss*": generaría menos distorsión en el mercado que cada codemandado se encargue de pagar sólo un porcentaje de la sentencia y no que la condena deba ser afrontada en su totalidad por un sólo agente.

Respecto a demandas o reclamos sobre falta de entrega de un vehículo, se propone aplicar la teoría de "*cheapest cost avoider*"³ y en ese caso exigir directamente al concesionario que afronte el reclamo por tener una relación directa y cercana con el consumidor final. Del mismo modo resulta ser el más apto - en términos de eficiencia- para poder resolver ese tipo de cuestiones respecto a la información y/o la entrega de un vehículo y/o al trato que se le brinda al consumidor final.

Finalmente, respecto a reclamos consistentes específicamente en planes de ahorro, el presente trabajo propone aplicar nuevamente la teoría de "*cheapest cost avoider*" tomando en miras a la empresa encargada de administrarlos.

Sumado a ello, en los casos donde los codemandados jamás intervinieron frente al reclamo de un consumidor final, éstos podrían oponerle un derecho de exclusión. De esta forma, el consumidor deberá obligatoriamente reclamar el pago de la multa/condena contra quien se vio defraudada en su buena fe y sólo en caso de insolvencia patrimonial o rebeldía, podrá de esa forma ir contra las restantes empresas que conforman la cadena de producción.

³Calabresi, Guido op. cit.

IV. La tesis cuestiona el sistema de responsabilidad solidaria de la ley de defensa del consumidor para todo tipo de reclamos concerniente a la industria automotriz. En ese sentido, se señalan ciertas contingencias socio económicas que conllevan la aplicación del actual sistema de responsabilidad, como por ejemplo la falta de internalización de las penas económicas frente a un incumplimiento por parte exclusiva de una de las empresas que ocupa la cadena de producción.

Para ello, se propone como alternativa la aplicación de la teoría del "*cheapest cost avoided*" de Guido Calabresi para poder corregir estas fallas del actual sistema.

El trabajo inicialmente apunta a describir las tres situaciones mencionadas en el punto anterior por las cuales se originan todos los reclamos amparados en la ley de defensa del consumidor⁴.

También describe el contexto económico del tipo de mercado -monopólico, oligopolio o de competencia perfecta- en el que se desenvuelve este tipo de relaciones de consumo.

Consecuentemente, se analiza cómo la aplicación del actual sistema de responsabilidad solidaria respecto a las situaciones mencionadas en el párrafo anterior, genera como consecuencia ciertos costos y contingencias -mencionados en los párrafos anteriores-.

Asimismo se examina de qué forma los jueces aplican este sistema, y si existen excepciones para algunos casos. Estas posturas luego se comparan con las resoluciones emitidas por las oficinas de administración de defensa al consumidor para advertir cómo la misma ley es aplicada en forma contradictoria en distintos ámbitos.

Posteriormente se analiza si los referidos costos pueden o no ser evitados si se aplica otro tipo de sistemas consagrados en el sistema del *Common Law* norteamericano.

Cabe aclarar que el sistema de responsabilidad de daños se analiza no propiamente como aspecto resarcitorio, sino como aspecto preventivo. Para ello se toma

⁴Vicio redhibitorios; falta de entrega de un vehículo y aumento abrupto de cuotas provenientes de la contratación de un plan de ahorro.

en cuenta los ensayos de Guido Calabresi respecto a la *Specific Deterrence* y *General Deterrence*.

Se parte de un contexto generalizado, analizando los diversos sistemas consagrados por la doctrina proveniente del *Common Law*, como son el sistema de negligencia, el "*strict liability*" y el "*but for*".

Luego, se analiza desde un enfoque más particular respecto a cómo la teoría del "*cheapest cost avoided*" es aplicada dentro de los Estados Unidos y si asimismo puede ser empleada para cuestiones concernientes a reclamos de defensa del consumidor.

Seguidamente se analiza si las mismas pueden o no ser aplicadas al caso argentino.

Para ello, se realiza un análisis comparativo respecto al sistema adoptado por nuestra actual ley de defensa del consumidor y las doctrinas norteamericanas (principalmente sus ventajas y desventajas).

A partir de ello, se concluye qué sistema resulta ser más apto en términos de eficiencia para poder proveer un sistema al consumidor final que brinde una solución accesible y que al mismo tiempo incentive a las empresas a no incurrir en prácticas abusivas.

V. La Ley de Defensa del Consumidor fue sancionada el 22 de septiembre de 1993; vetada parcialmente por decreto 2089/1993 derogando los artículos 11 y 40⁵.

Los principales argumentos del referido decreto fueron los siguientes:

- Los artículos 11 y 13 de la Ley de Defensa al Consumidor "cercenarían" la libertad del productor de poner en el mercado productos con o sin garantía: Ello significa que el acceso al mercado solamente estaría disponible para un tipo de servicios, en especial los productos descartables;

- La exigencia de la garantía configura un requisito que en su tiempo no estaba contemplado en países más desarrollados como en Estados Unidos, Japón o Europa;

- El sistema de responsabilidad solidaria contemplado en el artículo 40 resultaba ser más amplio que el de otros sistemas legales como el de Brasil;

- El mencionado artículo originaría un aumento generalizado de precios en todos los productos y menor competencia en el mercado;

- En consecuencia, la caracterización del fabricante, distribuidor o importador, prevista en el artículo 10, inciso c) la Ley de Defensa al Consumidor, entorpecería "*el comercio de modo incompatible con la normal actividad económica, y con los requisitos de la documentación previstos a los fines fiscales, en particular en las operaciones cotidianas del comercio minorista, más aún en los casos de ventas que incluyan varios artículos*"⁶;

- Del mismo modo se produciría un aumento en los costos judiciales;

- Por último que las normas establecidas en la Ley de Defensa al Consumidor igualmente están protegidas por otras leyes como la Ley de Lealtad Comercial o por el art. 1113 del viejo Código Civil⁷ que establecía una responsabilidad solidaria por vicio de la cosa cuando medie dolo o culpa.

⁵Justamente los artículos que preveían la responsabilidad solidaria de todas las empresas que participan en la cadena de producción.

⁶Decreto 2089/1993. B.O. 13/10/93.

⁷Este concepto quedó establecido en el actual Código Civil y Comercial en los arts. 1243, 1286, 1685, 1757, 1758, 1769, 1768, 1973.

Lo cierto es que este decreto despertó innumerables críticas, muchas de las cuales fueron ciertas y aún en el día de hoy sirven de fundamento para mantener vigente el sistema actual.

Entre ellas, se encuentra justamente que la vigencia del art. 40 de la Ley de Defensa al Consumidor resulta ser un avance dado que terminó con la antigua discusión doctrinaria que dividía a la naturaleza de la responsabilidad en contractual o extra contractual. El artículo mencionado consolida ambas vías, ya que sus efectos impactan de igual forma a todos los sujetos que intervinieron en la cadena de producción sin diferenciar el rol que cumplen en cada caso⁸.

Adicionalmente, los actuales artículos 1243, 1286, 1685, 1757, 1758, 1769, 1768, 1973 del Código Civil y Comercial no brindan la misma seguridad al consumidor respecto a los reclamos formulados. Solamente se aplicaría a los vicios o riesgos de una cosa, mientras que el artículo 40 podría aplicarse para todas aquellas situaciones donde además de presenciarse un vicio en la cosa, se presenta un vicio en la prestación del servicio. Ello, genera que el mencionado art. 40, pueda ser aplicado en muchas más situaciones⁹.

Por ello, es que posteriormente, con la sanción de la ley 24.999, los artículos 13 y 40 -entre otros- volvieron a estar vigentes y a brindar un sistema de responsabilidad amplia hacia los consumidores contra un número significativo de empresas.

⁸Shina, Fernando E. "*Daños al consumidor. Soluciones jurisprudenciales a casos célebres*", Astrea, Buenos Aires, 2014.

⁹Esta resulta ser una de las múltiples posturas adoptadas por la doctrina entre las cuales justamente se encuentra Shina o Fariña, entre otros.

2. Las Contingencias en la aplicación de la Responsabilidad Solidaria

Principalmente, la Ley de Defensa al Consumidor establece la responsabilidad solidaria de toda la cadena de producción por dos situaciones: falta de cumplimiento de la garantía -art. 12- y vicios o riesgo que eventualmente presente el producto adquirido -art. 40-.

Como ya se ha explicado, la responsabilidad que dicha ley le atribuye a las empresas es de naturaleza objetiva. De esa forma, la ley se encarga de corregir la enorme desigualdad existente entre la parte más débil con respecto a la parte más fuerte; al consumidor solamente le basta con demostrar la existencia de un vicio en la prestación del servicio/producto adquirido o un incumplimiento en la garantía.

Por su parte, por medio del sistema adoptado por la misma ley respecto a la carga dinámica de las pruebas, genera que sean las empresas quienes deban probar que el producto adquirido efectivamente funciona correctamente, o en su defecto deban demostrar que el vicio alegado no le resulta atribuible.

De no poderse demostrar dicho extremo, la ley condena de manera terminante a toda aquella empresa que mínimamente haya tomado parte del proceso de producción pudiendo de esa forma ser pasible de una ejecución de sentencia o multa administrativa por el total del monto que el consumidor pudiere hacerle valer.

No importa en este caso, que la empresa haya o no mantenido una relación directa o no con el consumidor, o que el rol que cumplió en dicha cadena de producción fuera realizado correctamente. La empresa podrá igualmente ser incluida en el reclamo del consumidor si éste decide agregarla.

Para los casos en los cuales existan empresas dentro del reclamo del consumidor que verdaderamente no hayan mantenido en absoluto una relación directa, la Ley de Defensa al Consumidor prevé una acción de repetición hacia la empresa que originó la demanda inicial.

El panorama descrito es considerado un enorme acierto por gran parte de la literatura especializada en materia de defensa del consumidor. Entre los principales argumentos que se reiteran a lo largo de la multiplicidad de textos publicados se pueden destacar los siguientes:

- Resulta justo que la parte más débil tenga más ventaja respecto a los demandados que cuentan con mayores recursos y están en mejores condiciones frente al consumidor, al suministrar cualquier tipo de información del producto comercializado;

- La responsabilidad solidaria de todas las empresas que intervinieron en la cadena de producción garantiza al consumidor que ante la insolvencia de la empresa que se le está reclamando, otra pueda tomar su lugar y poder pagarle en caso de contar con una sentencia judicial firme;

- La responsabilidad solidaria de carácter objetivo permite obligar a las empresas a que inviertan mayores cantidades de activos al control y monitoreo de los productos, antes de que éstos sean vendidos en el mercado reduciendo significativamente las posibilidades de que el vicio efectivamente se produzca¹⁰.

Ahora bien, sin perjuicio de que existen hechos que no pueden ignorarse - como por ejemplo la evidente desigualdad existente entre las partes-, cabe preguntarse si la vía elegida por la Ley de Defensa al Consumidor resulta ser la más eficiente en términos sociales y económicos.

Para ello, en primer lugar se debe tener en cuenta el Teorema de Coase. Este autor explica en términos de eficiencia, cómo deben ser asumidas las compensaciones de diversos agentes frente a un hecho que ha generado un daño.

Un agente, llamémoslo "A" daña a otro agente, llamémoslo "B". La doctrina clásica establece que A debe compensar a B por el daño causado. Sin embargo, Coase señala que el verdadero análisis no es en qué medida A debe compensar a B, sino en analizar que el hecho de que B no dañe a A, le podría generar a B un daño.

Por tal motivo, resulta necesario evaluar cuál es mejor escenario en términos de eficiencia¹¹: si B debe dañar a A o viceversa.

Si se aplica el teorema de Coase a la actual contexto, entonces cabe preguntarse no tanto en qué magnitud una empresa debe responder ante una sentencia firme que la condene a pagarle al consumidor. Resulta necesario preguntarse si, es más eficiente que las empresas deban aumentar los precios de sus productos para de esa

¹⁰Este tema será ampliado con mayor profundidad en los puntos siguientes.

¹¹Cuál es el escenario que generará menores costos.

forma poder afrontar las condenas basadas en la normativa legal vigente de la Ley de Defensa al Consumidor.

Muy probablemente, el costo de tener que pagar todas las condenas establecidas en las sentencias firmes a los respectivos consumidores, serán trasladadas al resto de los consumidores que pagan un producto o servicio a un precio más alto. De esta forma, en última instancia, son los propios consumidores quienes terminan pagando las sentencias.

Por el lado de la empresa, al haberle traslado el costo al resto de los consumidores, realmente no termina internalizando los costos y menos si justamente la encargada de pagar la hipotética sentencia es asumida por otra empresa que estuvo integrada en el litigio por conformar la cadena de producción.

El sistema de responsabilidad subjetiva se caracteriza por imponer la carga de prevención en ambas partes pero hasta un límite. En este caso, los tribunales por medio de diversos estudios desarrollan un nivel de cuidado mínimo que las partes deben alcanzar para no ser tenidas por responsables en los hechos dañinos. Fijemos dicho límite como y^* para los consumidores y x^* para los productores¹².

Si el nivel de cuidado adoptado tanto por el propio consumidor (y) como por el propio productor (x) no alcanza el punto requerido entonces cada uno deberá responder por los daños ocasionados en partes iguales. Asimismo si $x < x^*$, e $y > y^*$, entonces el consumidor será responsable y la empresa será eximida de responsabilidad. Por el contrario si el nivel de cuidado de la empresa es $y < y^*$, entonces la empresa deberá responder sólo por los daños ocasionados fruto de la negligencia que pudo haber prevenido¹³.

¹² Esta regla ha tenido un gran predominio en el derecho norteamericano desde el precedente "*Brown vs. Kendall*" en la que oportunamente se dictaminó que: "*si ambos, demandante y acusado, al tiempo del hecho estaban teniendo un cuidado ordinario o por el contrario si al tiempo del hecho el acusado estaba teniendo el cuidado necesario para prevenir el daño mientras que el demandante no lo tuvo o como tercera opción ninguno de las partes tuvo el cuidado necesario entonces, el demandante no tiene legitimación para poder exigir una compensación.*"

¹³ Al respecto, Prather, Brown, John indica que el dañador es responsable sólo si los costos por el incremento a la prevención del accidente es mayor a los costos de prevención solventados por la víctima, es decir si el costo asumido por el propio dañador verdaderamente pudo haber prevenido el daño ("*The injurer is liable if the increment to accident avoidance per dollar of avoidance by him is greater than that per dollar of avoidance by the victim, i.e., if a dollar spent by the injurer could have bought more avoidance than a dollar spent by the victim.*"). Prather Brown, John "*Toward an Economic Theory of*

De esta forma, la regla de responsabilidad incentiva hasta un cierto punto a ambas partes para que cada uno adopte el nivel de cuidado que estiman conveniente respecto a su propia situación.

En ese caso, la empresa invertirá solamente hasta llegar a y^* , no más porque resultaría ineficiente -si invirtiera más, el daño podría ser menor pero no estaría en una mejor situación en términos de responsabilidad civil respecto al punto y^* porque igualmente no respondería-. En el mismo sentido, la empresa no invertiría por debajo de y^* sencillamente porque en este caso se sometería al riesgo de ser considerada responsable por su propia negligencia y a pagar una suma mayor que la que debió haber invertido en cuidado.

Del mismo modo, cabe aclarar que si ambas partes resultan ser consideradas responsables, entonces deberán responder por partes iguales solamente por los daños que pudieron haber ocasionado.

En atención a ello, se puede deducir que el sistema de negligencia no induce exactamente a incentivar a las partes a actuar hacia un cuidado óptimo u *optional care*, sino más bien a que su tarea preventiva solamente este destinada a llegar a un requisito mínimo establecido por el legislador en el x^* o y^* donde se la denomina cuidado debido o *due care*.

En ese sentido, como ya se explicó en párrafos anteriores, si bien existen posibilidades reales y efectivas para que las partes sigan invirtiendo en prevenciones que reduzcan las posibilidades que el daño se materialice, no van a estar incentivadas a hacerlo, simplemente porque no mejorarán su situación respecto a la atribución de responsabilidad. Con el sólo hecho de llegar al *due care*, es suficiente para evadir cualquier acción de responsabilidad.

Un posible derivado del sistema de negligencia descrito precedentemente, podría ser la fórmula que aplicó el juez Hand en el juicio "*United States vs. Carrol Towing Co.*".

Liability" -El infractor es responsable si el aumento de la evasión de un accidente por cada dólar evitado por él es mayor que el dólar por evitación de la víctima, es decir, si un dólar gastado por el damnificado podría haber evitado más que un dólar gastado por la víctima-. The Journal of Legal Studies, Vol. 2, No 2. (Jun, 1973), pag. 323-349, <http://links.jstor.org/sici?sici=0047-28197306%292%3A2%3C323%3ATAETOL%3E2.0.CO%3B2-K>.

El precedente se basó en la pérdida de un barco y su carga en el puerto de Nueva York. En el fallo en cuestión, un grupo de buques estaban amarrados con una única línea de cuerdas a los respectivos muelles cuando una empresa dueña de una de los barcos, contrató a una empresa de remolque marítimo con el objeto de poder mover el barco fuera de la zona de los muelles. Como no había ningún tripulante dentro del buque, la empresa de remolque contratada procedió a liberarlo y a reajustar toda la línea de la cuerda que lo amarraba. Como la operación no se realizó adecuadamente, el barco colisionó con otro y se hundió perdiendo la totalidad de la carga.

La empresa dueña del buque demandó a la empresa de remolque por negligencia en su obrar, no sólo por la maniobra realizada sino que dicha operación fue realizada sin la presencia de un tripulante. De haberse realizado con alguna persona que trabajaba en el barco, quien estaba plenamente capacitado para realizar la operación, la misma se habría realizado correctamente y se podría haber evitado el hecho.

Por su parte, el juez consideró en primer lugar que no existía una norma específica que estableciera la obligación o no de que hubiera al menos un empleado de la empresa dentro del buque y ante ese panorama solamente restaba saber si esa cuestión pudo o no haber efectivamente prevenido el accidente.

En esta cuestión, el juez Hand consideró que la negligencia en la producción del hecho no estaba en la maniobra de la empresa remolcadora, sino en el actuar del propio actor que ante la alta probabilidad de que el hecho en sí ocurriera, no dispuso la presencia de ningún personal especializado para guiar el actuar del demandado. Por ello, procedió a rechazar la demanda.

Lo trascendental de dicho fallo fue la fórmula que utilizó el juez para poder determinar si el acusado, de acuerdo a las circunstancias del caso, obró o no con debido cuidado para intentar de prevenir el hecho que originó el daño.

En dicha función se consideraron tres variables:

- a- la probabilidad de que el accidente efectivamente ocurra;
- b- la gravedad del accidente y;
- c- el costo o la carga de la adecuada precaución.

Entonces, la responsabilidad depende si el producto de los primeros dos puntos es mayor que el tercero. Si el hecho que originó el daño tiene altas probabilidades de que ocurriera y no obstante, el demandado incurrió en una carga necesaria para que el daño sea prevenido, entonces no se lo puede tener por responsable¹⁴.

El sistema de responsabilidad objetiva, constituye la otra cara de una misma moneda en relación al sistema de responsabilidad subjetiva.

Aquí, sucede justamente todo lo contrario a lo mencionado respecto al sistema de responsabilidad subjetiva: el agente que originó el daño responde por todos los perjuicios ocasionados al damnificado, independientemente de que haya mediado negligencia en el actuar de cualquier de las partes.

Ese punto cambia absolutamente la perspectiva en la cual se deben evaluar los incentivos de la partes para prevenir el daño: la persona que ha sido dañada -en este caso el consumidor final- no tendrá incentivo alguno en realizar cualquier acto que se encuentre a su alcance que pueda de alguna forma reducir significativamente la probabilidad de la ocurrencia del riesgo. Ello, sucede justamente porque el sistema, al contemplar y proteger la situación de la parte más débil, no incentiva a que adopte dichos medios preventivos, toda vez que el responsable indefectiblemente será el dañador - en este caso la automotriz, el concesionario y la empresa administradora de planes de ahorro-¹⁵.

¹⁴ Al respecto explica Acciarri, Hugo A. que "*Cuando se intenta comprender qué es y cuando se verifica culpa, la educación jurídica tradicional transcurre por largas explicaciones sobre estándares ("... omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar...") y comparaciones contra ciertos modelos ideales de conducta ("bonus pater familiae", "buen comerciante", etc.) que, sin embargo, suelen parecer inseguros al momento de juzgar situaciones concretas alejadas de los extremos. Esta solución, que se expresa como "hay culpa cuando lo invertido en prevención es menor a los daños esperados", o "hay culpa si $B < PL$ ", parece un modo muy diferente de valorar las conductas implicadas. No obstante, este modo de concluir está lejos aún, de constituir una teoría*" (Acciarri, Hugo A., "*Elementos de Análisis Económico de Derecho de Daños*", La Ley, Buenos Aires, 2015, Capítulos 1, pág. 8).

¹⁵En ese sentido, Posner, Richard A. advierte las dos grandes desventajas que trae aparejado el sistema: (a) dado a que el consumidor no está exigido a demostrar que de su parte no hubo negligencia y de la parte demandada si, en ese caso, habrá un alto incentivo de demandar a la empresa por eventuales vicios que pudieren llegar a ocurrir. El resultado de ello es que las actividades riesgosas que realicen las empresas serán divididas en una multiplicidad de pequeñas demandas que no incentivarán a la empresa en cambiar su conducta; (b) la segunda desventaja descrita por el autor habla del punto explicado *ut supra*: el consumidor no tiene incentivos en realizar actos preventivos que puedan influir en la prevención del

En ese caso, el sistema no contempla cualquier tipo de cuidado que la empresa adopta con tal de reducir el daño, sino que justamente como el deber de responder resulta obligatorio, los actos preventivos apuntan a reducir la probabilidad del riesgo para de esa forma reducir el eventual daño ocasionado y consecuentemente la eventual pena.

En efecto, con el sistema de responsabilidad objetiva, no es ya el tema central de análisis ver qué parte debe responder ante la ocurrencia de un hecho dañoso; ese debate ya está resuelto. En este caso, el debate se centra en qué proporción se debe responder y en consecuencia que tan solventes son los dañadores a fin de que efectivamente puedan compensar a la víctima¹⁶.

En dicho contexto, la mayoría de la doctrina especializada -junto con la casi unanimidad de la jurisprudencia del fuero comercial en nuestro país- ha adoptado el sistema de responsabilidad objetiva al determinar que es el más apto para prevenir los daños que pudieren llegar a ocurrir.

I. Sobre la necesidad de que exista una Ley de Defensa al Consumidor

En la actualidad, la ley de defensa al consumidor es quizá -en conjunto con la ley de contrato de trabajo- una de las leyes en nuestra legislación que está más comprometida a corregir el evidente desequilibrio que existe entre la parte más débil -el consumidor final- frente a la parte más fuerte -la corporación- en los contratos -de consumo-.

Estos contratos, inicialmente parecieran no tener mayores complejidades. Ello, debido a que se presentan en situaciones tan comunes en nuestra vida diaria que van desde la compra de una gaseosa en un kiosco, hasta la adquisición de productos cada vez más complejos como heladeras, computadoras o vehículos.

daño. (Posner, Richar A. "*The Positive Economic Theory of Tort Law*", 1980. University of Chicago LawSchool, Chicago Unbond, pág. 911).

¹⁶Tal como lo menciona Kaplow, Louis y Shavell, Steven, este tipo de sistema está reservado para actividades donde el riesgo se presente frecuentemente y produce un daño significativo. (Kaplow, Louis & Shavell, Steven, "*Economic Analysis of Law*", Febrero 1999, Forthcoming in A.J. Auerbach and M Feldstein, *Handbook of Public Economics*, pág. 2).

Ahora bien, en un mundo ideal, la compra de un producto no tendría que tener mayores inconvenientes: el consumidor adquiere el producto, lo consume y si está satisfecho con lo que adquirió, la relación comercial terminaría allí, sin mayores inconvenientes.

El problema se genera cuando en la vida real, no todos los productos funcionan adecuadamente y si lo hacen, no producen el mismo nivel de satisfacción a todas las personas, sencillamente porque no todos somos iguales.

En ese caso, supongamos que estamos ante un panorama en el cual no habría ninguna ley que le brinde herramientas al consumidor para efectuar su reclamo, ¿podríamos prescindir de una ley así?

Supongamos que Ud. un día concurre al supermercado a comprar diversos productos para satisfacer cada ámbito de necesidad que tiene su familia. Adquiere gaseosas, galletas, frutas y lavandina. Luego, al llegar a su casa y desempacar las cosas, advierte que hay una cucaracha muerta dentro de una de las botellas de gaseosa, y si no se habría dado cuenta, podría fácilmente haberse consumido por ud. o por cualquiera de su grupo familiar. Adicionalmente, advierte que las fechas de vencimiento de las galletas fueron deliberadamente borradas dado a que ya se habían vencido mucho tiempo atrás. Además, la lavandina también se encontraba vencida, solamente que uno no se dio cuenta y al lavar la ropa, le dañó severamente perdiendo toda posibilidad de poder arreglarla.

En ese contexto, seguramente uno no sólo querrá una explicación por parte del supermercado sobre esta situación, sino que además querrá un resarcimiento económico por las prendas que Ud. perdió en hacer el lavado y que además sancione severamente la actitud de la empresa en haberle vendido comida en mal estado.

En este contexto, antes de seguir con nuestra descripción se deben distinguir dos situaciones: a- un contexto donde no se deba tomar en cuenta la existencia de los costos de transacción de modo tal que las partes libremente puedan resolver sus controversias sin necesidad de tener que acudir a un juicio; b- la otra opción da cuenta de la efectiva existencia de estos costos de transacción entre las partes, de manera tal que influyen significativamente su posición para resolver el conflicto.

En un mundo ideal -en el que no existen costos de transacción-, uno libremente podría comunicarse con un centro de atención al cliente, quien al recibir el reclamo debería reemplazar toda la mercadería adquirida y compensarle las remeras de manera tal de no perder su confianza para poder seguir contándolo como cliente¹⁷.

En este panorama no se necesita realmente la existencia de una ley que regule la relación de consumo dado que al no haber costos de transacción - o en definitiva, que dichos costos para acercar a las partes sean igualmente ínfimos- las partes llegarán por sí mismas a un resultado socialmente eficiente, de manera tal que ellas mismas se encargarán de llegar a un acuerdo por sí mismas¹⁸.

Sin embargo, hay que reconocer que no estamos en un mundo ideal y que, existen costos de transacción: existen empresas que no se encuentran incentivadas a brindar una solución a sus clientes, es más, se presentan situaciones donde ni siquiera las empresas están dispuestas a aceptar dichos reclamos.

Ejemplo de ello puede corroborarse en el caso de un supermercado: Al comunicarse sin éxito con el supermercado por el estado de la mercadería adquirida, uno decide concurrir personalmente para realizar su reclamo. Una vez allí advierte que su caso no fue aislado, sino que existen muchas otras personas que reclaman exactamente lo mismo. Además, observa que el resto de las marcas de los productos que adquirió, también tiene los mismos defectos, pudiendo afectar a un número aún mayor de consumidores.

Finalmente, el supermercado no tiene incentivos de brindar una respuesta efectiva a cualquiera de los reclamos efectuados. Sencillamente, porque al no haber una ley que específicamente regule la relación de consumo y sancione severamente las conductas mencionadas, no se encuentra incentivado a corregirlas.

Del mismo modo, seguramente el supermercado internamente habrá realizado una estimación de cuántos serían los consumidores que eventualmente vayan a un juicio y cuántos no decidan hacerlo.

En este contexto, claramente se puede observar cómo los costos de transacción entre las partes generan que sea imposible arribar a un acuerdo,

¹⁷ De hecho existen muchas empresas que tienen este manejo con sus clientes para que estos consumidores quieran seguir consumido el servicio (ej. Walt Disney World).

¹⁸ Aplicación del Teorema de Coase.

prescindiendo de la ayuda de una norma -simplemente porque el resultado de ese acuerdo daría mayores costos que beneficios para las partes-.

En este contexto se justifica una norma que debiera distribuir las responsabilidades de cada parte y en consecuencia debiera en cierta forma, reducir los costos de transacción de cada una de ellas, para de esa forma allanarles el camino con el objeto de proveer un ámbito de negociación más apto a fin de que se pueda llegar a un acuerdo socialmente más eficiente para todos¹⁹.

En ese sentido, Acciarri explica que: *"Esta perspectiva de análisis considera que las reglas de responsabilidad operan como incentivos que afectan las conductas de las personas. Las normas, en este sentido, imponen (o no) consecuencias indeseables, constituidas por los costos de verse sometido a la carga económica de un daño, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de reclamarla (la víctima). Un sistema correcto de responsabilidad civil, por lo tanto, servirá para poner "en línea" los incentivos para que el accionar privado, guiado exclusivamente por el propio interés del agente, conduzca a su vez a la mejor situación posible."*²⁰

En ese caso, el consumidor para poder iniciar un juicio contra el supermercado podría ampararse en el Código Civil y Comercial, más específicamente en el Libro Tercero, Título Tercero.

Ahora bien, el hecho que la relación contractual fácilmente puede estar amparada por la responsabilidad contractual del Código Civil y Comercial no quiere decir que resulte la más idónea.

En efecto, si bien las normas generales pueden proveer una solución alternativa frente a estos eventuales reclamos por parte de los consumidores a las

¹⁹ Ronald, H. Coase por medio de su trabajo *"El Problema del Costo Social"*, explica al respecto que cuando se producen situaciones en la cual el agente "A" daña continuamente al agente "B", no siempre evitar el daño de B puede traer la solución más *socialmente eficiente*. En ese contexto, una norma que evite que A dañe a B, también puede generar como consecuencia que A también tenga un daño. Dado que de no producirse dicha actividad - independiente de si la misma daña o no a B - puede darle severas pérdidas. En ese contexto se debe analizar si A debe dañar a B o viceversa, y asimismo evitar el daño más severo y como consecuencia intentar de disminuir el daño de forma conjunta entre las dos partes. (The Journal of Law and Economics, octubre 1960, pág. 1-44).

²⁰ Acciarri, Hugo A., Castellano, Andrea y Barbero, Andrea *"Análisis económico de la responsabilidad civil: la obligación tácita de seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1998"*.

empresas, éstas no proporcionan un medio que permita considerar ciertas cuestiones que una ley específica podría hacerlo. Ejemplo de ello es proveer un sistema de gratuidad respecto a ciertos tributos judiciales como el de la tasa judicial para que al consumidor, le sea más accesible el acceso a la justicia - y más aún para aquellos consumidores con poca solvencia económica-.

Sumado a ello, esta ley específica puede traer otros beneficios procesales como ser el principio general citado en reiteradas ocasiones *in dubio pro consumidor*, y en consecuencia establecer la carga de la prueba dinámica respecto al daño producido. En este caso, el consumidor solamente tendría la carga de probar que el producto adquirido tiene un defecto o un *vicio* que lo hace impropio para el destino que fue adquirido, y una vez probado no necesitaría, en principio, obtener pruebas acabadas sobre los daños sufridos como si podría pasar en un juicio amparado solamente en normas generales que regulan relaciones contractuales.

En otras palabras, ya desde el ámbito procesal, la ley de defensa del consumidor, al corregir el desequilibrio que existe entre ambas partes, trae significativas ventajas procesales a la parte más débil que disminuyen notablemente los costos de transacción de los consumidores, de manera tal que ante una conducta dolosa por parte de la empresa, el consumidor podría estar más incentivado a reclamar que si se ampara solamente en las normas del Código Civil y Comercial.

Adicionalmente, la existencia de una ley de defensa del consumidor podría también prever la aplicación de severas sanciones -como por ejemplo la aplicación de un daño punitivo- hacia empresas que hayan realizado una conducta deliberadamente maliciosa hacia un número indeterminado de consumidores, y que por ende, haya obtenido un beneficio económico significativo -como es el ejemplo del supermercado-.

De esta forma, el motivo de estas sanciones establecidas en la ley apuntaría directamente a modificar la conducta abusiva de las empresas y las desincentivaría a realizar estas conductas. De lo contrario, el costo de producirlas sería mayor al beneficio que pudiese llegar a obtenerse.

Este punto es importante resaltarlo dado que, de lo contrario, una ley que no pudiese establecer una sanción que verdaderamente incentive a las empresas a abstenerse de realizar ciertas conductas abusivas, es una ley que por ende no puede

corregir el desequilibrio existente entre el consumidor y la empresa, y por ende –en última instancia- no debería ser concebida como una ley²¹.

Por último, la idea de sancionar una ley de defensa del consumidor serviría también para prever ciertos aspectos específicos que las normas generales como el Código Civil y Comercial no previeron. Tal es así que, por ejemplo, la ley de defensa del consumidor, podría regular sobre aspectos como, la garantía y el servicio técnico para algunos productos.

Asimismo, al prever aspectos tan específicos dentro de la relación de consumo, impone como consecuencia que las empresas no solamente deben brindar un producto de calidad ante los consumidores, sino que además impone la necesidad que la información suministrada para adquirir dicho producto sea exacta²², el trato que se le brinde al consumidor sea *digno*²³ y que la garantía del mismo se cumpla²⁴.

²¹En el antiguo Código Civil, este aspecto se encontraba más acentuado, ya que no estaba contemplado las “prácticas abusivas”.

²² Artículo 4º: “*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.*”

²³ Artículo 8º 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 extrajeros 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.”

²⁴ Artículo 11: “*Garantías. Cuando se comercialicen cosas muebles no consumibles conforme lo establece el artículo 2325 del Código Civil, el consumidor y los sucesivos adquirentes gozarán de garantía legal por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado, o su correcto funcionamiento.*

La garantía legal tendrá vigencia por tres (3) meses cuando se trate de bienes muebles usados y por seis (6) meses en los demás casos a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor. En caso de que la cosa deba trasladarse a fábrica o taller habilitado el transporte será realizado por el responsable de la garantía, y serán a su cargo los gastos de flete y seguros y cualquier otro que deba realizarse para la ejecución del mismo.”

De esta forma, se observa como la ley -en principio- ayuda en términos de eficiencia a mejorar la relación de consumo, toda vez que al definir exactamente cada aspecto del derecho de cada parte, genera como consecuencia que las partes puedan llegar a un resultado óptimo independientemente de la distribución inicial de recursos²⁵.

En ese sentido, ante la vigencia de una ley que directamente esté destinada a otorgarle ciertas facilidades al consumidor para poder hacer valer su reclamo y al mismo tiempo, sancionar severamente las conductas dolosas que las empresas provocan como consecuencia que, no necesariamente deben resolverse en un juicio posterior, sino que dichos reclamos pueden resolverse en un ámbito previo.

Es común observar en varias empresas que, ante la insatisfacción provocada por un producto vendido, a los consumidores, inmediatamente después -dependiendo del producto adquirido- ofrezcan su restitución y en el mejor de los casos otorguen un descuento o alguna otra cortesía por las molestias ocasionadas.

De esta forma se justifica la existencia de una ley específica que regule dicha relación contractual al poder establecer un equilibrio -anhelado- entre el consumidor y la empresa, puesto que solamente podría hacerse valer con el peso de una ley específica, distribuyendo los costos del juicio de la parte más débil a la parte más fuerte.

Es que justamente, ese es el verdadero sentido de la sanción de una ley que específicamente regule la relación de consumo: la asignación distributiva de los riesgos a cada parte.

En ese sentido los Dres. Hugo Acciarri y Pamela Tolosa entienden que: "*Las políticas orientadas a la defensa del consumidor, frecuentemente, de modo explícito o implícito, ponen la mira en este problema distributivo. Muchas veces se pretende, por ejemplo, poner un freno al alza de precios o reducir los precios vigentes de algún producto, por considerar que no hacerlo importaría beneficiar injustamente a sujetos más ricos, en contra de otros más pobres. Excede estas líneas analizar la corrección política o moral de los objetivos de tales políticas y la adecuación (probabilidad de éxito) de cualquier tipo de instrumentos con relación a esas metas. No obstante, cuando se intenta el análisis de leyes de defensa del consumidor del tipo de la ley argentina*

²⁵ Coase, Ronald, H. "El Problema del Costo Social", The Journal of Law and Economics, octubre 1960, págs. 1-44.

24.240, no suele asumirse que cada una de sus instituciones tienda a modificar sustancialmente el problema de la distribución de recursos en la sociedad. Al menos, se ensayan argumentos de otra índole, que toman en cuenta otros efectos que suelen darse en el mercado, que se diferencian de esa disparidad de riqueza tan general. Esta perspectiva es más cercana al modo en que la economía estudia las leyes de defensa de los consumidores. Suele hacerlo -para decirlo de un modo muy general y por oposición a las cuestiones meramente distributivas- teniendo en mira las consecuencias asignativas que se derivan de algunos problemas generales para el estudio económico, pero que se presentan, con una intensidad particularmente relevante, en este tipo de relaciones."²⁶

Al respecto, Hugo A. Acciarri describe tres situaciones hipotéticas ideales al sólo efecto de analizarlas teóricamente: una situación por la cual no hay ninguna norma que sancione al potencial dañador; una situación por la cual efectivamente exista una norma -independientemente de que exista una responsabilidad subjetiva u objetiva- que sancione al potencial dañador; y por último, una situación por la cual el potencial dañador, a fin de evitar cualquier litigio por daños y perjuicios decide invertir excesivamente en medidas de prevención.

En este contexto, Acciarri explica que en un contexto donde no exista una ley que sancione directamente al potencial dañador, los dañadores no tomarán precaución y, en consecuencia, las víctimas estarán obligadas a incurrir en excesivos costos de prevención. En cambio, cuando exista una ley que efectivamente sancione a los potenciales dañadores, éstos invertirán en prevención hasta llegar a un nivel mínimo requerido por la ley para evitar los daños. Una vez que lleguen a ese nivel de prevención -"due care"- dependiendo del sistema de responsabilidad -objetivo o subjetivo- la empresa no tendrá mayores incentivos en seguir invirtiendo, sencillamente porque si bien pudiere llegar a beneficiar a los consumidores, no disminuirán proporcionalmente las posibilidades que los daños ocurran y que por ende deban responder.²⁷

²⁶ Acciarri, Hugo A. y Tolosa, Pamela (2009), "El Análisis Económico del Derecho del Consumidor", en La Ley De Defensa al Consumidor. Anotada y Comentada, Directores: Vázquez Ferreyra, Roberto y Picaso, Sebastián, La Ley, tomo II, págs. 1 a 65.

²⁷ Asimismo, para una mayor comprensión sobre como el autor justifica estas tres situaciones, se recomienda la lectura del libro "Elementos de Análisis Económico de Derecho de Daños" capítulo I, Punto I.6.

En definitiva a modo de conclusión, en el régimen que no adopta responsabilidad para el dañador, como su nombre lo indica, las víctimas no están legitimadas para reclamar por daños que les provoquen.

Sencillamente se presenta un panorama por el cual la empresa no está incentivada para realizar inversiones tendientes a evitar el riesgo que pueda llegar a producir a los consumidores. Como no será pasible de multas o de condenas judiciales, su interés está más próximo a vender la mayor cantidad de bienes que a invertir en estudios que puedan evaluar si el producto al ser sacado a la venta en el mercado resulte ser seguro o no.

Por su parte, el sistema le atribuye la totalidad de la carga al consumidor para evitar los daños. Como el consumidor será la parte perjudicada que no tiene la posibilidad de hacer valer su reclamo, en ese caso, realizará en forma excesiva todos los actos preventivos para no salir lastimado.

El resultado de este escenario termina siendo económicamente ineficiente: por un lado tenemos una automotriz que no invierte en ninguna medida de seguridad en sus autos y como consecuencia de ello, el consumidor no sólo debe ocuparse de velar por su cuidado, sino que además debe realizar todos los actos preventivos que la automotriz no realizó. Ella es la razón fundamental del por qué el consumidor termina incurriendo en una excesiva "inversión" para prevenir el daño.

En algunos casos este sistema ha sido defendido por parte de la doctrina. Por ejemplo, Richard Posner explica que, esta regla, puede ser concebida como una genuina ley de responsabilidad, porque termina incentivando a las partes a adoptar ciertas conductas que pueden llegar a evitar el daño.

Según este autor, si bien el consumidor es la parte más débil, sería la parte que está en mejor condición de poder valorar por sí mismo sobre qué a tipo de riesgo está dispuesto someterse y hasta qué límite y qué tipo de daños desea prevenir, dado que sencillamente nadie está en mejor posición para determinar su situación socio económica que el propio consumidor²⁸.

²⁸ Al respecto, el autor manifiesta: "A no liability rule is a genuine liability rule because it affects the incentives of the parties. It is sometimes the optimal rule. Although B has no incentive to take care because he is not liable for A's accident costs, A has an incentive to invest in care up to the point where $Ax = -pxD$ given $y = 0$. This point will be optimal if $y^* = 0$, i.e., in the alternative care case where A, the

La crítica respecto a esta postura se encuentra en el hecho que debería ser el propio consumidor quien debe cargar exclusivamente con los propios costos económicos para poder prevenir el daño, cuando efectivamente existen agentes económicos mucho más solventes.

En este caso, la víctima efectivamente tendrá un conocimiento más limitado que las empresas a fin de poder determinar de qué forma el vehículo puede ser más seguro para manejar o para reducir las posibilidades que el vehículo sea parte de un accidente automovilístico.

Por el otro lado, justamente la automotriz resulta ser en este caso el "*cheapest cost avoider*" para poder determinar el daño y prevenirlo, dado que puede contratar un equipo especializado para cumplir esa tarea, que asimismo permita realizar las pruebas pertinente en los vehículos a fin de prevenir el daño.

A raíz de ello es que, a un consumidor que no posee conocimientos especializados en la materia no puede exigírsele mayores actos preventivos, más que manejar prudentemente, no realizar actos que puedan averiar ciertos elementos que hacen al funcionamiento del vehículo -como por ejemplo la caja de cambio o el

potential victim, is the more efficient accident avoider. If the case is one of joint care, so that x^ and y^* both are positive, a no liability rule is inefficient. Moreover, if the care inputs of injurers and victims are partly substitutable, the victim's care level under a rule of no liability will be greater than x^* . For example, if some care by drivers is optimal, a pedestrian probably will take more care than x^* if drivers are not liable for running down pedestrians, but he might take less. Measures of victim accident avoidance that were feasible when drivers took some care against pedestrian accidents might become infeasible (unproductive) when drivers took no care against such accidents and no other pedestrian care measures might be feasible either." -Una regla de no responsabilidad es una verdadera regla de responsabilidad porque afecta los incentivos de las partes. A veces es la regla óptima. Aunque B no tiene incentivos para cuidar porque no es responsable de los costos de accidentes de A, A tiene un incentivo para invertir en cuidados hasta el punto en que $Ax = -p_x D$ dado $y = 0$. Este punto será óptimo si $y^* = 0$, es decir, en el caso de cuidado alternativo donde A, la víctima potencial, es el que evita accidentes más eficiente. Si el caso es de cuidado conjunto, de modo que x^* e y^* ambos sean positivos, una regla de no responsabilidad es ineficiente. Además, si los insumos de cuidado de los damnificados y las víctimas son parcialmente sustituibles, el nivel de cuidado de la víctima bajo una regla de no responsabilidad será mayor que x^* . Por ejemplo, si un poco de cuidado por parte de los conductores es óptimo, un peatón probablemente tendrá más cuidado que x^* si los conductores no son responsables de atropellar a los peatones, pero podría tomar menos. Las medidas de evitación de accidentes de la víctima que eran factibles cuando los conductores tomaban alguna precaución contra los accidentes peatonales podían volverse inviables (improductivas) cuando los conductores no tomaban cuidado contra tales accidentes y tampoco podían ser posibles otras medidas de cuidado de peatones.- (Posner, Richard A. "The Positive Economic Theory of Tort Law", University of Chicago Law School, 1980).*

embrague- y/o a realizar todos los mantenimientos necesarios que requiera el mantenimiento del vehículo -cambio de aceite, service obligatorios entre otros-.

Por ello, resulta aconsejable que la automotriz sea la encargada de atender cualquier contingencia técnica y compleja sobre el buen funcionamiento del vehículo, que el propio consumidor particular, cuya exigencia solamente puede limitarse al buen cuidado que pueda darle al vehículo.

II. La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor

Una vez demostrada la necesidad de que efectivamente exista una ley específica en esta materia, se analizará si efectivamente el sistema actual de la ley asigna en forma eficiente los costos a las empresas frente a una conducta dolosa.

A lo largo de los años, en la literatura doctrinal de esta materia, se han distinguido diversas formas que la ley puede atribuirle responsabilidad a las empresas por los daños que pueda ocasionar la venta de un producto defectuoso:

- sistema de responsabilidad objetiva: el único requisito necesario para atribuir la responsabilidad hacia una empresa es la simple acreditación de un defecto en el producto. En algunas legislaciones se le permite a la empresa acreditar que hubo negligencia en el actuar del demandante para poder exonerarse de responsabilidad;

- sistema de responsabilidad –objetiva- absoluta: similar al sistema anterior solamente que en este caso, no se acepta ningún tipo de defensa por parte de la empresa. En este caso, la empresa irremediamente debe indemnizar el daño si el defecto en el servicio/producto se encuentra acreditado;

- sistema de responsabilidad por culpa: En este caso, el demandante solamente responderá si el nivel de cuidado adoptado es inferior que un estándar establecido ya sea por una ley o por la misma jurisprudencia. Por el contrario si el responsable del daño cumplió con ese estándar no responde, independientemente si hubo o no daño;

- sistema de "garantía" ("warrants"): En este sistema, se da una relevancia significativa a la garantía que le otorga la empresa fruto de la venta de un producto. En este caso, el sistema es muy similar al sistema de responsabilidad objetiva, en el sentido

que la empresa no necesita estar en una situación de incumplimiento para poder responder por los daños, independientemente de si hubo o no negligencia por parte del consumidor en la utilización del producto²⁹.

En nuestro país, el sistema de responsabilidad que adopta la ley de defensa del consumidor, es el de sistema de responsabilidad objetiva. Claro ejemplo de ello es el art. 40 de la ley que establece que *"Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponda. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena."*

En ese sentido, la jurisprudencia ha explicado en reiterados fallos cómo funciona este sistema de responsabilidad: *"Sostiene la doctrina que para que proceda la responsabilidad no se exige que el servicio sea riesgoso, debiendo entenderse que un servicio es defectuoso o vicioso "cuando no ofrece la seguridad que el consumidor podía esperar tomando en cuenta el modo de ofrecimiento, el resultado o los riesgos que razonablemente se esperan" (conforme Rouillon, Adolfo, A.N., op. cit.). La mentada norma establece que sólo se liberará -total o parcialmente- "quien demuestre que la causa del daño le haya sido totalmente ajena", lo cual sucede cuando acontecen circunstancias o hechos que escapan a su control o previsión, tales como el hecho de la víctima, el hecho de un tercero por quien no se debe responder o el caso fortuito (cfr. Rubén S. Stiglitz, "Derechos y Defensa del Consumidor", Ediciones La Roca, págs. 94/95)."*³⁰

En igual sentido también se ha dicho que: *"Cabe señalar que distintas son las posturas que fundamentan la responsabilidad del fabricante frente a un consumidor*

²⁹ Viscusi, W. Kip, *"The Determinatios of the Disposicion of Product Liability Claims and Compensation for Bodily Injury"*, The Journal of Legal Studies, Vol. 15, No. 2. (Jun., 1986), págs. 321-346. http://links.jstor.org/sici?sici_0047-2530%28198606%2915%3A2%3C321%3ATDOTDO%3E2.0.CO%3B2-Z.

Del mismo modo los diversos sistema de responsabilidad también están distinguidos en el artículo de Acciarri, Hugo A., Castellano, Andrea y Barbero, Andrea, *"Análisis económico de la responsabilidad civil: la obligación tácita de seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1998"*.

³⁰CNCom., Sala C, Serra, Marcelo C/ Banco Rio De La Plata S.A. S/ Ordinario, (LL 11.11.09, F. 114070), 21/08/09-

que, como los actores, resultan ser los destinatarios de su producto, que recibieron en una cadena de comercialización. Ello así, un sector de la doctrina considera que la víctima tiene una acción contractual contra aquél con fundamento básicamente en que las modalidades de fabricación y comercialización de los productos conforman una estructura contractual plurilateral integrada por una sucesión de contratos de adhesión cuyo objetivo es que éstos lleguen al consumidor. El ensanchamiento de la responsabilidad contractual posibilita que el consumidor pueda demandar al fabricante con quien no se contrató, con base en lo que pueden denominarse los deberes del tráfico que vinculan al fabricante con el consumidor (Ghersí, Carlos Alberto, "Derechos y Responsabilidades de las Empresas y Consumidores", págs. 118/119). De su lado, otra corriente emplaza la cuestión dentro del ámbito extracontractual. A su vez, dentro de esta tesis hay quienes lo fundan en la noción de culpa del artículo 1109 del Código Civil, pero, dada la dificultad de la víctima en probar esa culpa, se recurre a las presunciones invirtiendo la carga de la prueba. También enrolado en la tesis extracontractual, otro sector ubica el problema dentro del ámbito del artículo 1113, segundo párrafo, del Código Civil que establece la responsabilidad objetiva. El fabricante es responsable de los daños que causan los productos defectuosos y que pone en circulación en el mercado, generando de ese modo un riesgo y mediante el cual, a su vez, obtiene beneficios económicos. El escollo que presenta esta postura es que esta norma solamente podría ser aplicada en relación a las personas que menciona dicha disposición, es decir, el dueño o guardián de la cosa, y al momento de producirse el daño el fabricante ha dejado de serlo por haberse desprendido de ella. En esa misma línea, aunque salvando la deficiencia recién apuntada, se inscribe actualmente la solución legal consagrada por el artículo 40 de la Ley 24240 -de Defensa del Consumidor-, incorporado por el artículo 4 de la Ley 24999."³¹

Ahora bien, ¿es éste el sistema que puede brindar una solución eficiente ante los reclamos de los consumidores en nuestro país? Claramente, la respuesta para este tipo de pregunta variará de acuerdo a cada vertiente doctrinaria.

Para el propio Viscusi, el sistema resulta conveniente por el simple hecho de que la responsabilidad objetiva ayuda a que los fabricantes puedan calcular mejor el riesgo y posteriormente distribuir los costos en los consumidores por medio de un

³¹ CNCom. Sala A, "Monti Eduardo Jorge y otro c/ Maynar AG SA y otro s/ sumarisimo." (Expte. N 10971/07), 9/02/12.

aumento generalizado de precios. Asimismo, al incrementar la responsabilidad por defectos en el producto, genera como consecuencia que el fabricante debe invertir fuertemente en un sistema de control que asegura un elevado estándar de calidad en los productos, para de esa forma poder evitar los litigios³².

Por otro lado, Rosenkrantz advierte cuáles son los inconvenientes que muestra un sistema de responsabilidad objetiva: uno de índole conceptual y otro de índole normativa. Respecto a la índole conceptual, el jurista indica que: "*(...) el problema de la objetivización de la culpa es que ella borra las diferencias existentes entre las categorías de lo incorrecto y lo culpable lo que, a su vez, convierte a la culpa en una categoría superflua. En efecto, si objetivizamos la culpa, las conductas culpables no podrán distinguirse de las conductas incorrectas pues una conducta sería culpable por la mera violación del estándar que define lo que en general debe hacerse, con prescindencia de lo que el agente en las particulares circunstancias del caso y en virtud de sus condiciones personales debe hacer. Ahora bien, dado que lo incorrecto consiste en la violación del estándar que define lo que en general debe hacerse, culpa e incorrección se convertirían en la misma cosa.*"³³

En cuanto al aspecto normativo, el autor explica que: "*(...) la razón de ser de la culpa es (...) permitir al agente liberarse de la obligación de compensar cuando dadas sus particulares condiciones y circunstancias personales ninguna persona razonable que se encontrara en su lugar hubiera actuado de manera distinta. La culpa, en este sentido, es una especie de prerrogativa centrada en el agente que nos protege de las obligaciones que se derivarían de estándares de conducta que no podemos*

³² Del mismo modo Acciarri también enfatiza este punto al explicar que: Si se considera que los dañadores son empresas y las víctimas son extraños, se mantienen en general los argumentos anteriores y se incorpora como elemento diferente que el tipo de responsabilidad aplicada afecta al precio del bien o servicio, debido a que el precio incluye el costo esperado del accidente. Así el precio será mayor bajo responsabilidad objetiva que bajo responsabilidad por culpa" (Acciarri, Hugo A., Castellano, Andrea y Barbero, Andrea, "Análisis económico de la responsabilidad civil: la obligación tácita de seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1998")

³³ Rosenkrantz, Carlos F., "El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación." (http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica02.pdf)

*satisfacer (...). La culpa es una concesión a la máxima que deber implica poder, a la que parecemos férreamente adheridos".*³⁴

Por último, según Hugo A. Acciarri la lección de uno u otro sistema resulta indiferente ya que ambos sistemas de responsabilidad – tanto objetiva como subjetiva- llevan a una "*solución socialmente eficiente*".

En ese contexto, la única diferencia que existe entre el sistema de responsabilidad subjetivo con respecto al sistema objetivo, es que en el sistema objetivo, la empresa se debe hacer cargo por todos los costos que produzcan los daños, mientras que en un sistema de responsabilidad subjetiva, los costos de los daños producidos, en parte son distribuidos por la empresa -costos de prevención del daño- y en parte son distribuidos por el damnificado -en caso de no poder demostrar el factor de la culpa-.³⁵

Adicionalmente, el autor advierte sobre las limitaciones que puede llegar a tener un sistema de responsabilidad subjetiva. En primer lugar, el consumidor generalmente tiende a adoptar un nivel de prevención y actividad *óptima* -donde el costo marginal de precaución se iguala con el beneficio marginal obtenido del mismo, y como consecuencia hay un nivel insignificante de pérdidas obtenidas fruto del daño sufrido-. Por el lado de la empresa, a fin de alcanzar el "*due care*" para no ser considerada responsable del daño, realiza inversiones excesivamente -para prevenir en controles que prevengan el daño- altas.

En ese sentido, el sistema de responsabilidad subjetiva no puede controlar el nivel de inversión que debe realizar la empresa para poder alcanzar el estándar requerido. De hecho, Acciarri indica respecto a este punto que "*En el plano teórico, esta dificultad podría superarse incluyendo dentro del "due care" el nivel de actividad -nivel de inversión requerido-; de esta manera la firma tendría incentivos para alcanzar un nivel de producción óptimo, debido a que, si no lo hiciera, resultaría responsable*

³⁴ op. cit.

³⁵ Acciarri, Hugo A., "*Elementos de Análisis Económico de Derecho de Daños*", La Ley, Buenos Aires, 2015, Capítulos 1 y 2.

independientemente de que adoptase, en otras dimensiones, el nivel de precaución eficiente."³⁶

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que, en la práctica, no hay un sólo caso que pueda darse como ejemplo donde pueda incluirse al factor "inversión" dentro del sistema de responsabilidad subjetiva que pueda llevar a un resultado eficiente para poder determinar si el "*due care*" es cumplido o no. Esto sucede dado que muy pocas veces los jueces pueden determinar si realmente se cumplió con la inversión estándar deseada, de hecho hay veces donde esta apreciación resulta casi imposible y hasta en ciertos casos dicha variable ni siquiera es tomada en cuenta.

Otra limitación que sugiere el sistema de responsabilidad subjetiva es el propio concepto de "*due care*". El concepto en sí mismo resulta ser ambiguo dado a que algunos jueces toman en cuenta ciertos conceptos que para otros resultan inadvertidos o inclusive irrelevantes. De esta forma según Acciarri "*no se estaría alcanzando el nivel óptimo de precaución, en cuanto habría conductas que podrían reducir aún más el riesgo, de modo eficiente, y que no serían adoptadas por la firma, debido a que eludiría toda responsabilidad cumpliendo sólo con la o las dimensiones incluidas en el "due care"*"³⁷

Por último, para poder establecer exactamente cuál es el nivel de "*due care*" necesario que deben adoptar las empresas, se requiere un nivel elevado de información que los jueces no tienen a su disposición. Asimismo, para poder establecer correctamente el estándar mínimo necesario para que una empresa no deba ser responsabilizada se debe conocer el nivel de precaución realizado por la misma y ello relacionarlo con el nivel de probabilidad de que el daño ocurra y la magnitud del daño. De esta forma, al comparar estos tres factores se podría llegar de alguna forma a determinar si realmente hubo o no una responsabilidad atribuible.

³⁶ Acciarri, Hugo A., Castellano, Andrea y Barbero, Andrea, "*Análisis económico de la responsabilidad civil: la obligación tácita de seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1998*".

³⁷ Op. cit.

3. Vicios Redhibitorios

I. La naturaleza de la Responsabilidad

Más allá de los argumentos que existan a favor de la vigencia de la ley de responsabilidad solidaria, cabe hacer un distingo respecto a si el sistema de responsabilidad objetiva adoptada por la ley, tanto en su artículo 13 como en su artículo 40, resultan ser eficientes socialmente.

Es que en ese sentido, casi toda la doctrina que se ha pronunciado al respecto, realiza un análisis puramente microeconómico por el cual se estudia la situación individual de un consumidor para hacer valer su reclamo ante varias empresas sin adentrarse a analizar extremos que van más allá de dicha relación.

Como mencioné con anterioridad, el consumidor fácilmente puede asegurarse el cobro de una eventual condena que el juez realice sobre el patrimonio de: las automotrices, el concesionario, el plan de ahorro y -¿por qué no?- el transportista, el fabricante de neumáticos y todas aquellas empresas que fabricaron cada pieza específica del auto, desde los caños de escape hasta el estéreo.

Lo cierto, en primer lugar, es que no existe en la jurisprudencia nacional un sólo juicio que hayan involucrado esa enorme cantidad de empresas por vicios presentados en un vehículo o por la mala atención otorgada en el servicio de garantía. Comúnmente, solamente se tiende a reclamar a la automotriz, al concesionario (a veces más de uno, porque se encuentra aquella empresa que vendió el vehículo y aquella que brindó el servicio de garantía) y eventualmente la empresa encargada de administrar el plan de ahorro.

El análisis que no realiza la mayoría de la doctrina consiste en el costo social que el consumidor genera al hacerles valer su reclamo y de esa forma lograr percibir, ya sea una suma dineraria otorgada por una condena judicial o por medio de la entrega de un vehículo 0 km.

Al respecto -reitero nuevamente-, qué sentido tiene brindar un sistema de responsabilidad objetiva, si para poder afrontar dichos reclamos amparados -en especial- por el artículo 40 y el artículo 13, los concesionarios aumentan los precios para de esa forma trasladar el pago de multas y sentencias al resto de los consumidores finales.

Por ello es que no resulta errado cuestionarse si realmente el sistema de responsabilidad objetiva adoptado en el actual mercado argentino de vehículos, resulta ser realmente idóneo para poder lograr que estas empresas interioricen los costos de las penas dispuestas por una sentencia judicial y de esa forma corregir la conducta. Dicho de otra forma, cabe preguntarse ¿sería mejor adoptar un sistema de culpa o negligencia –*due care*- o seguir con el sistema de responsabilidad objetiva?

En primer lugar, cabe mencionar que el mercado automotriz, tanto en el mercado argentino como en el resto del mundo, tiene dos características que deben ser tenidas en cuenta para determinar la concentración económica: las barreras de entrada y el número de empresas presentes en el mercado.

La primera de ellas consiste en que las barreras de entrada en el mercado automotriz, configuran una traba importante para cualquier nuevo productor. Ello sucede a raíz de los elevados costos que representa a cualquier nuevo emprendedor poder ingresar en la industria automotriz -a diferencia de otros productos como el alimenticio o la producción de elementos básicos como una birome o un vaso de plástico- resultan ser muy elevadas para ser afrontadas por una PYME.

En ese sentido, la comercialización de vehículos requiere una inversión significativa de capitales, teniendo en mira una visión de largo plazo para representar una competencia real y efectiva frente a las otras marcas ya asentadas en nuestro país.

Sumado a ello, no existe posibilidad en la actualidad que una marca de vehículo exclusivamente argentina, pueda ser creada prescindiendo de las grandes corporaciones y de esa forma hacerles competencia. De hecho, los únicos modelos de vehículos que realmente se producen en el país llevan la marca de industrias extranjeras.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar también que, las principales marcas de vehículos que existen hoy en día son 14 -General Motors, Fiat, Ford, Peugeot-Citroën, Renault, BMW, Mercedes Benz, Hyundai, Renault, Honda, Chrysler, Toyota, Suzuki y Kia Motors-. Ello representa una competencia que se asimila en gran medida al mercado oligopólico porque, si bien cada marca intenta innovar con ciertos elementos que distinguen cada modelo, en esencia el mecanismo de funcionamiento del vehículo es similar. Solamente existe un porcentaje menor de consumidores que están capacitados para poder distinguir cada modelo del resto. A la mayoría, le resulta

indiferente adquirir un producto u otro -seguirán optando por la misma marca en la medida que no experimenten un vicio en el producto o servicio o que el precio no aumente drásticamente-.

De ello, resultar necesario tener en cuenta que la elasticidad del precio en el mercado automotriz es un rasgo característico. Las empresas, si bien tienen un control absoluto en el mercado, la elasticidad del precio suele ser lo suficientemente sensible para que las empresas no puedan elevar demasiado el precio de los productos. De hacerlo, el riesgo que conlleva dicha política económica es demasiado alto, dado a que al ser un producto más complejo en comparación con otros -como los celulares, la ropa o las computadoras-, los consumidores optarán por adquirir un vehículo de otra marca.

Sumado a ello, cabe mencionar que también debe ser considerada la elasticidad cruzada de la demanda ya que también es elástica. Esto se debe, tal como se mencionó en párrafos anteriores, a que los consumidores en general, al no tener un conocimiento acabado de la diferencia existente entre distintas marcas, pueden elegir cambiar de marca ante aumentos elevados de precios.

En este contexto socio económico cabe ahora pronunciarse respecto a si es más preferible un sistema de responsabilidad objetivo, o por el contrario, un sistema de responsabilidad subjetiva basado en la negligencia.

Sobre este aspecto ha habido muchos autores norteamericanos que se han pronunciado al respecto, aportando perspectivas no puramente sociales sino también económicas a fin de determinar qué resulta ser mejor, no sólo para el consumidor individual que pretende hacer valer el cobro de una sentencia judicial, sino más bien para el resto de la sociedad, como así también para las empresas condenadas.

Sobre este contexto socio económico, la mayoría de los autores norteamericanos han dividido el escenario de la responsabilidad civil de daños en los tres aspectos que fueron explicados en los puntos anteriores -un régimen sin responsabilidad, un régimen de responsabilidad subjetiva o negligencia y un régimen de responsabilidad objetiva-.

II. Negligencia

Una vez determinada la necesidad que se establezca un cierto grado de responsabilidad hacia la empresa, es necesario fijar el grado de responsabilidad de cada agente en particular por el tipo de reclamo que realiza cada cliente, puesto que no todos se basan en un mal funcionamiento del vehículo, sino también en la no entrega del mismo o la mala atención en el servicio mecánico desarrollado en el concesionario -por ejemplo-.

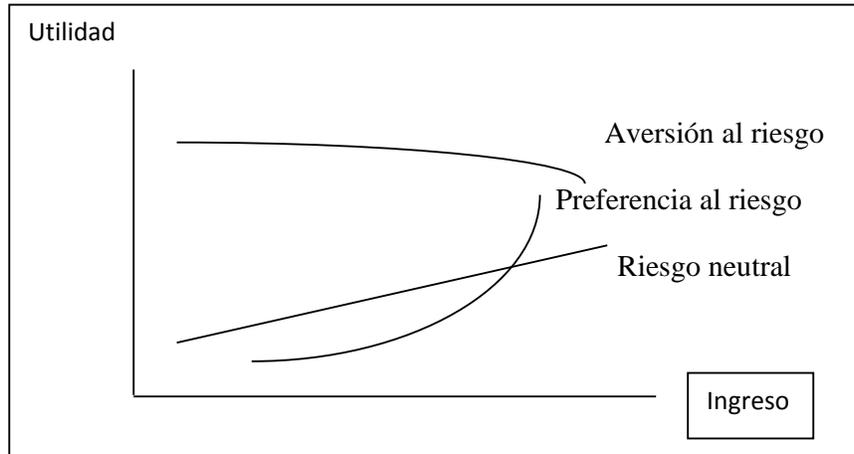
Para este caso, resta considerar los otros dos sistemas de responsabilidad fijados por la doctrina norteamericana. Una de ellas es el sistema de responsabilidad subjetiva o negligencia.

Como ya se ha explicado en el marco teórico, el sistema de negligencia no induce exactamente a incentivar a las partes a actuar hacia un cuidado óptimo u *optional care*, sino más bien a que su tarea preventiva solamente esté destinada a llegar a un requisito mínimo establecido en el x^* o y^* donde se la denomina el cuidado debido o *due care*.

En ese sentido, como ya se explicó en párrafos anteriores, si bien existen posibilidades reales y efectivas para que las partes sigan invirtiendo en prevenciones que reducen las posibilidades que el daño se materialice, no van a estar incentivadas a hacerlo, simplemente porque no mejorarán su situación respecto a la atribución de responsabilidad. Con el sólo hecho de llegar al “*due care*”, es suficiente para evadir cualquier acción de responsabilidad.

Es que existe una explicación técnica para ello. En primer lugar cabe mencionar que existen tres tipos de actitudes que las partes tiene respecto a la prevención del riesgo: *risk averse*, *risk preferring* y *risk neutral*³⁸. La mayor parte de la gente resulta ser *risk averse* (“*aversión al riesgo*”).

³⁸La traducción técnica al español es "aversión al riesgo", "prefiriendo al riesgo" y "riesgo neutral"



Si se adopta una actitud tendiente a la aversión al riesgo, la utilidad que se puede obtener para prevenir el daño, en principio es positiva hasta llegar a un punto de inflexión. Luego de lo cual, la utilidad empezará a ser negativa. Esta explicación se debe simplemente a que si bien las partes siguen invirtiendo en actos preventivos, la prevención que obtendrán, es decir, reducir la posibilidad de que el daño no se materialice, va a ser cada vez más baja hasta llegar casi a 0. Por ello es que las partes, en principio, no están interesadas en destinar gran parte de su inversión a actos preventivos si justamente cada vez le rendirá menos³⁹.

En cambio, para el análisis económico del derecho, generalmente se prefiere una actitud neutral respecto al riesgo. En este caso, las partes, al no tener precisamente un temor a que el daño efectivamente se materialice, irán reduciendo sus ingresos destinados a actos preventivos en proporción a la posibilidad real que el daño efectivamente se materialice. Es decir, a medida que la posibilidad de que el daño se vaya reduciendo, entonces las partes irán invirtiendo cada vez menos.

Por ello es que, la utilidad que las partes obtengan en una actitud neutral al riesgo, siempre va a ser positiva, porque en esta situación las partes nunca invertirán

³⁹Posner, Richard A.; *"The Positive Economic Theory of Tort Law"*; University of Chicago Law School, 1980.

excesivamente en una situación donde las probabilidades sean escasas de que se efectivamente se produzca el daño⁴⁰.

En base a esta explicación cabe ahora explicar si en un sistema de responsabilidad de negligencia, se debiera adoptar una conducta óptima o *due care* respecto a reclamos en la industria automotriz.

Por el lado de la automotriz, seguirá invirtiendo en ciertos elementos que hacen seguro al vehículo (ej. airbags más eficientes, control de velocidad, activación de alarma cuando hay un objeto que esta próximamente cerca del vehículo, entre otros) hasta que el costo marginal de que un accidente se produzca deje de ser positivo, es decir cuando llegue a x^* . Luego de ello, no invertirá en nuevas innovaciones simplemente porque sería un costo innecesario que la empresa no desea realizar, y de hacerlo, lo hará con menos intensidad que antes.

Del mismo modo, la forma también de que existan menos cantidades de vehículos con fallas o *vicios*, es que se produzcan menos hasta un punto en el cual se asegure que puedan ejercer un eficiente control en su producción, es decir x^* . En ese sentido, exigirle una reducción mayor de producción no sólo sería innecesario dado a que el daño ya estaría correctamente prevenido -por más que sigan existiendo escasas posibilidades de ocurrencia en algún daño, pero posibilidades al fin-, sino que además implicaría obligar a la empresa a inducirla a un daño que traducido en el derecho de daños podría asignarse al rubro lucro cesante.

Para dicho caso, cabe hacer nuevamente referencia al teorema de Coase por el cual se sostiene que, si A daña a B, A debe indemnizarlo, pero al mismo tiempo si A no daña a B, esto le genera un perjuicio a B, entonces en ese caso hay que analizar qué resulta más conveniente en términos de eficiencia, que A dañe a B o viceversa.

Estos extremos aplicados al tema de esta tesis se podrían establecer de la siguiente forma: para que las automotrices reduzcan la posibilidad que existan vicios en los vehículos que produce - y de esta forma, no se dañe a los consumidores finales-, puede: o bien reducir la producción de vehículos como método de prevención, o bien seguir invirtiendo en accesorios de seguridad. Ello, resultaría más eficiente, a que la

⁴⁰ En la aversión al riesgo las partes siguen invirtiendo de la misma forma que lo hacían inicialmente cuando la probabilidad era alta. De esa forma el costo de actos preventivos no justifica la prevención del riesgo en sí misma porque al final la probabilidad de ocurrencia es escasa.

automotriz tenga que afrontar el resarcimiento de un daño -una sobre inversión o un lucro cesante- o que igualmente el consumidor deba afrontar conducir sus vehículos con vicios de cualquier tipo.

Por ello es que en este sistema resulta absolutamente determinante que los jueces determinen correctamente el punto exacto del debido cuidado para de esa forma determinar el alcance de la responsabilidad y la magnitud de la misma -elementos igualmente importantes-. Es que justamente, la clave de los incentivos en este sistema estará fuertemente determinada por el nivel de debido cuidado que establezcan los jueces⁴¹.

El punto del debido cuidado será el límite establecido al incentivo de las partes en realizar los actos preventivos de daño. Por ello es que si el riesgo de distorsión en este sistema resulta ser elevado, entonces esto traerá como consecuencia, que las partes o sobre inviertan en cuidado -trayendo costos ineficientes- o que por el contrario,

⁴¹Omri Ben Shahar explica que: "*Once a standard of due care is set, the scope of liability has only limited incentive effects. Whatever the scope of liability is optimally restrict (to include only states of the world in which the injurer is the necessary cause), or whether the scope of liability is too broad or unrestricted, the injurer will take the due level of care (assumed to be ser optimally). Further, unlike the activity-crushing effect of strict liability, under the negligence rule an unrestricted scope of liability does not necessarily deter the injurer from engaging in the activity. The injurer is induced to take due care and thereby avoid liability, and thus becomes indifferent as to the actual scope of liability (Landes and Posner, 1983, 1987, p. 236). As long as the exaggerated scope of liability does not boost the level of due care, it has no adverse incentive effects per se. In contrast, if the scope of liability is too restricted, and does not include all the states in which the injurer's care could have reduced harm, the injurer may (but not necessarily) be led to take too little care. The injurer will compare the cost of due care to the cost of liability in its inefficiently restricted scope. if the cost of liability is smaller, the injurer's incentives to take care due care will be distorted.*" - Una vez que se establece un estándar de diligencia debida, el alcance de la responsabilidad tiene solo efectos de incentivo limitados. Cualquiera que sea el alcance de la responsabilidad que se restrinja de manera óptima (para incluir solo los estados del mundo en los cuales el causante es la causa necesaria), o si el alcance de la responsabilidad es demasiado amplio o no, el infractor tomará el debido nivel de cuidado (asumido Ser ser óptimo). Además, a diferencia del efecto de aplastamiento de la actividad de la responsabilidad estricta, bajo la regla de negligencia, un alcance irrestricto de responsabilidad no necesariamente disuade al infractor de participar en la actividad. Se induce al damnificado a tomar las debidas precauciones y evitar así la responsabilidad, y por lo tanto se vuelve indiferente en cuanto al alcance real de la responsabilidad (Landes y Posner, 1983, 1987, página 236). Siempre que el alcance exagerado de la responsabilidad no aumente el nivel de la debida atención, no tiene efectos de incentivo adversos *per se*. Por el contrario, si el alcance de la responsabilidad es demasiado restringido, y no incluye todos los estados en los que la atención del herido podría haber reducido el daño, el herido puede (pero no necesariamente) ser llevado a tener muy poco cuidado. El infractor comparará el costo de la atención debida con el costo de la responsabilidad en su alcance ineficientemente restringido. si el costo de la responsabilidad es menor, los incentivos del infractor para cuidar la debida atención se distorsionarán. -(Shahar, Omri Ben, "*Causation and Forseeability*", Tel Aviv University, 1999, pág. 651.).

la probabilidad del daño siga siendo alta dado a que las partes no estarán dispuestas a asumir esa inversión en los cuidados necesarios⁴².

III. La Fórmula del Juez Hand

Como ya se mencionó, esta fórmula marcó fuertemente la perspectiva que el Análisis Económico del Derecho tiene sobre la aplicación del sistema de negligencia. En efecto, esta fórmula fue utilizada en innumerables fallos que han determinado el ámbito de responsabilidad en diversas circunstancias⁴³.

De hecho, la fórmula mencionada se aplica en dos oportunidades: la primera, cuando determina el alcance de la responsabilidad y la segunda, cuando el acusado alcanzó o no el grado de cuidado requerido para la situación que le es atribuida.

En ese caso, para el caso de defensa del consumidor aplicable a reclamos provenientes de vicios redhibitorios en vehículos, la fórmula de Hand podría tranquilamente aplicarse para determinar el grado de responsabilidad de las empresas.

Dicha situación se puede analizar tomando los tres aspectos necesarios que conforman la fórmula: la probabilidad, el daño y la prevención. La probabilidad variará según el reclamo que se trate, si se trata de un defecto de fabricación, una mala atención el arreglo del vehículo o la no entrega de un vehículo adquirido mediante un plan de ahorro o mediante una suma dineraria entregada al contado.

⁴² Louis Kaplow & Steven Shavel explican que en un sistema de negligencia los jueces tiene mayor responsabilidad y trabajo que en un sistema de responsabilidad objetiva dado a que primero deben calcular x^* e y^* de la situación específica para luego establecer si las partes lograron llegar a ese punto. En la responsabilidad objetiva, por el contrario, las jueces solamente deben evaluar el daño provocado. (Kaplow, Louis & Shavel, Steven "Economic Analysis of Law", February 1999).

⁴³ Por ejemplo, Posner ha citado un fallo -*Mackintosh vs. Macintosh*- donde el juez dictaminó que: "*in all cases the amount of care which prudent man will take must vary infinitely according to circumstances. No prudent man in carrying a lighted candle through a powder magazine would fail to take more care than if he was going through a damp cellar. The amount of care will be proportionate to the degree of risk run and to the magnitude of the mischief that may be occasioned.*" - en todos los casos, la cantidad de cuidado que el hombre prudente tomará debe variar infinitamente según las circunstancias. Ningún hombre prudente en llevar una vela encendida a través de una revista de polvo no podría tener más cuidado que si estuviera yendo a través de una bodega húmeda. La cantidad de atención será proporcional al grado de riesgo que se corra y a la magnitud del daño que pueda ocasionarse.- (Posner, Richard "The Positive Economic Theory of Tort Law", 1980, University of Chicago Law School, Chicago Unbound, http://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles).

En todos estos casos, se observa claramente que la probabilidad de que ello ocurra en general puede ser significativamente reducida si ambas partes realizan actos que tiendan directamente a prevenir el daño. En la primera situación -defecto de fabricación- si bien la probabilidad puede ser reducida en gran parte por la empresa que asimismo fábrica y realiza controles de calidad, también, los actos preventivos debieran ser ejercidos igualmente por el propio consumidor.

Un claro ejemplo de ello puede ser en un accidente automovilístico, donde los airbags no se activaron, ¿fue por defecto de fabricación o por negligencia al volante del propio conductor? En este caso, la fórmula de Hand debería ser tenida en cuenta por nuestra jurisprudencia tomando la probabilidad de que efectivamente el daño se materialice en un accidente automovilístico, el daño efectivamente ocurrido -destrucción total o parcial del vehículo sumado a las posibles lesiones ocasionadas al consumidor y a terceros-. Una vez analizadas las posibilidades del caso, que pudieron haber influido en la ocurrencia del accidente, resta estudiar cuál fue la carga que las partes tuvieron para prevenir el daño. Por el lado del consumidor, si tenía el control del vehículo en momentos previos al accidente, si circulaba a la velocidad reglamentaria y si estaba en condiciones de manejar.

Por el lado de la empresa automotriz, cabe analizar si el vehículo tenía el airbag correspondiente y si el mismo debió o no ser accionado, en qué condiciones el airbag fue producido para que funcione.

En ese caso si hubo negligencia al manejar del propio conductor, entonces no habría mayor análisis según Hand y por ello se debería rechazar el reclamo. Si hubo cuidado al manejar, entonces en ese caso -dado que la probabilidad de ocurrencia del hecho, resulta ser baja si ambos toman el debido cuidado- debiera ser sancionada sin más a la empresa por los daños ocasionados, dado a que si hubiera puesto un sistema más seguro, entonces el consumidor estaría a salvo.

Para los otros dos casos mencionados -falta de entrega de un vehículo y defectos en la provisión de la garantía-, se está en presencia en una situación donde simplemente el consumidor no debe realizar ningún acto salvo el de pagar el precio del vehículo o llevarlo para su arreglo. Al tratarse de una relación contractual entre partes, no se exige un grado de previsibilidad para las partes, cada una cumple la obligación

asumida inicialmente y ante su incumplimiento, se debe dar lugar a la ejecución del contrato bajo el amparo del principio de buena fe y la Ley de Defensa al Consumidor.

Sin embargo, la fórmula ha sido objeto de varias críticas proveniente de la doctrina más especializada alegando entre otras cosas que la misma resulta ser ambigua.

De hecho, tal como expone John Prather Brown, la fórmula de Hand tiene tres implicancias. La primera de ella es la Fórmula Literal que compara los costos que tiene cada parte en reducir la probabilidad del daño. Esta derivación de la regla -según el propio autor- establece que si bien es mejor incentivar a que las partes garanticen una seguridad completa en comparación a otra situación en la que directamente no ofrezcan seguridad alguna, el punto clave es que en la teoría ello no sucede así.

El punto de cuidado requerido se termina estableciendo por debajo del punto óptimo -cuando el costo marginal del accidente sea igual al beneficio marginal obtenido de él- donde los costos claramente están por debajo de los beneficios. Por ello se debería elegir otro estándar de negligencia donde verdaderamente incentive a las partes a llegar al punto óptimo.

La segunda derivación que se puede realizar de la fórmula es el "Estándar Incremental" -*Incremental Standar*-. Como el sistema judicial no tiene todos los conocimientos necesarios para poder prevenir los accidentes de vehículo, entonces, la negligencia de una de las partes es determinada asumiendo que la otra parte realizó un cuidado óptimo para que el accidente no ocurriera.

En ese sentido el estándar aplicado es obtenido tomando como referencia los costos sociales de la minimización de todos los accidentes y no de los costos privados de cada parte. En ese caso, los jueces terminan identificando un estándar para la situación que se les presenta pero medido en una escala social y no particular para las partes. Ello conlleva que el cuidado óptimo se termina desviando y siendo por debajo de lo que realmente debería ser.

La tercera y última derivación de la fórmula se puede denominar el Estándar de Información Límite" -*Limited Information Standard*-. En este caso, en vez de suponer que el juez no conoce toda la información resultante del accidente, se asume que el juez puede llegar a investigar las probabilidades solamente a los efectos de que efectivamente el accidente ocurra entre dos particulares.

En este caso la última derivación resulta ser una buena aproximación para poder determinar la responsabilidad de las partes. En este caso, lo que sucederá regularmente en este tipo de eventos es que, por un lado el consumidor alegrará que si la empresa hubiera utilizado cualquier otro tipo de mecanismo, a fin de evitar el desperfecto, no sólo hubiera reducido las posibilidades de ocurrencia sino que también los costos de hacerlo serían menores a los beneficios que podría obtener -ello configura la definición de "*Incremental Standards of Negligence*", que el demandante tuvo siempre una posibilidad de reducir la probabilidad del riesgo mediante otro acto de prevención que no utilizó-.

Por el lado del demandado, se alegrará que el acto señalado por el demandante, si bien puede ser realizado, implicaría menos beneficios que costos y por ello se superaría el nivel de estándar de cuidado requerido. De ello, que el juez debe comparar los costos y beneficios reales de cada parte y analizar si cualquier otro acto de prevención hubiera implicado un costo menor y al mismo tiempo un beneficio mayor⁴⁴.

En conclusión, la fórmula ideada por el juez Hand, resulta ser un método interesante para poder identificar la responsabilidad de las partes en un hecho dañoso. Dicha fórmula, tal como ya se expuso en párrafos anteriores, ha tenido algunas críticas. No obstante, resulta interesante para ser aplicada en hechos que se originan por accidentes de tránsito.

Supongamos simplemente que una persona que conduce su vehículo en medio de una ruta provincial hacia una ciudad balnearia para pasar sus vacaciones, supera largamente el límite de velocidad; de pronto, el conductor no advirtió que delante de él había un vehículo detenido dado que se había producido un accidente más adelante.

Si bien el conductor advierte el obstáculo que tiene por delante y activa los frenos, lo hace tarde y la distancia requerida que se necesita para detener el vehículo es demasiado corta para evitar el accidente. En consecuencia, el conductor embiste fuertemente al vehículo que tiene delante de él y produce varios daños a ambos

⁴⁴Brown, John Prather "*Toward an Economic Theory of Liability*". The Journal of Legal Studies, Vol. 2, No. 2. (Jun, 1973), págs. 323-349, <http://links.jstor.org/sici?sici=0047-28197306%292%3A2%3C323%3ATAETOL%3E2.0.CO%3B2-K>.

vehículos y asimismo al no haberse activado el airbag tiene varias lesiones que lo obligan a ser trasladado al hospital.

Supongamos que el actor una vez recuperado, decide iniciarle una demanda de daños y perjuicios a la concesionaria que le vendió el vehículo y a la automotriz que lo fabricó, amparándose en las normas de la Ley de Defensa al Consumidor y en el art. 1757 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Normalmente sucedería que dicha ley, al invertir la carga de la prueba sobre las empresas, eximiría al consumidor de demostrar que no hubo dolo o culpa de su parte y en consecuencia, solamente demostrar el daño y las lesiones producidas en el vehículo.

En estos casos, las empresas por su parte deben probar que el vehículo no contaba con falla alguna y que el daño no le es atribuible sino como consecuencia de un acto negligente del propio consumidor. - tal como lo prevé el propio sistema de responsabilidad objetiva⁴⁵ adoptado por la Ley de Defensa al Consumidor-.

En estos casos, tal como se ha expuesto en innumerables ocasiones, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, no puede exigírsele al propio consumidor que deba probar que los productos adquiridos tenían el defecto alegado dado que justamente no está en mejores condiciones para acreditarlo. Por el contrario son las empresas quienes deben probar que no hubo vicio o defecto en el producto que lo haya hecho impropio para su destino.

Ahora bien, merece una consideración especial este tipo de hechos, en particular los accidentes de tránsito que, son sucesos que se presentan muy frecuentemente en los juzgados civiles y comerciales como así también en las oficinas de defensa del consumidor⁴⁶.

En este contexto, si bien no resultaría erróneo aplicar el sistema de responsabilidad objetiva y no exigirle al consumidor ninguna carga procesal más que la

⁴⁵Este sistema será analizado en el próximo punto.

⁴⁶Es que no estamos hablando ya de juicios donde el consumidor no tuvo un accidente de tránsito y demanda simplemente por las innumerables de veces que tuvo que ir al taller -sin resultado- sin que pudieran encontrarle una solución. En ese caso resulta correcto invertir la carga de la prueba a las empresas.

acreditar su propio daño - que en el caso del ejemplo se podría realizar simplemente-, no resultaría ser la solución más eficiente.

En estos casos, la fórmula de Hand si bien podría ocasionarle mayores costos al sistema judicial podría configurar una herramienta significativa para que los jueces puedan obtener mayores elementos de certeza para dilucidar el caso.

En ese contexto -de aplicarse la fórmula-, resultaría más eficiente que sea el consumidor el encargado de probar que adoptó todos los mecanismos de prevención mínimos para que el accidente no ocurriera al exigirle un mínimo de previsión al conducir -en este caso que el vehículo haya circulado a una velocidad reglamentaria-, debiendo suponer que el Vehículo estaba en una buena condición y no había desperfecto alguno. Por el lado de la empresa, deberá acreditar que el vehículo estaba en buenas condiciones y asimismo deberá brindar las causas del por qué el airbag no se activó, suponiendo que el consumidor manejó correctamente antes de producirse el accidente.

En ese caso, el juez evaluará los costos de cada parte, la probabilidad de que el accidente ocurriera y la carga de prevención que pueda realizar de cada parte. En este tipo de situaciones donde la producción del accidente es muy probable que haya ocurrido por negligencia exclusiva de cualquiera de ambas partes, resultaría por ende necesario aplicar el sistema de responsabilidad por culpa. Lo contrario sucede en el caso donde no se entregó un vehículo ya pagado o un vehículo que tiene varios desperfectos y que entró en varias oportunidades al concesionario oficial - en estos casos la atribución de responsabilidad a las empresas resulta ser más marcada-.

En efecto, para este tipo de casos, el consumidor se encuentra en mejores condiciones que la propia empresa para demostrar que en su situación no hubo acto negligente alguno que haya originado el accidente automovilístico. Por el contrario, exigirle a la empresa que demuestre la forma de conducir del propio actor resulta casi imposible por no decir, una prueba diabólica⁴⁷.

⁴⁷Solamente mediante una pericia mecánica que obligue al ingeniero mecánico a realizar conjeturas de cómo pudo haberse producido el accidente. En ese sentido, el ensayo de Pablo Salvador Coderch, Nuno Garoupa y Carlos Gomez Liguierre al citar a Shavell explican: "*The notion of least cost avoider applies in situations in which the risk of accidents will be eliminated if either injurers or victims take care. In such situations it is clearly wasteful for both injurers and victims to take care; rather, it is optimal for the type of parties who can prevent accident at least cost - the least- cost avoiders- alone to take care.*" - La noción de menor costo que evita el daño se aplica en situaciones en las que el riesgo de accidentes se

Adicionalmente, cabe mencionar que el sistema de responsabilidad objetiva se encuentra más predispuesto para el fraude procesal en este tipo de situaciones. La situación descrita más arriba representa un acontecimiento producido por exclusiva negligencia del propio consumidor. No obstante ello, dado que cuenta con un sistema que lo beneficia notablemente, prefiere hacer abuso de ello y reclamar una suma dineraria que no le corresponde.

Ahora bien, si para este tipo de situaciones se aplicara un sistema de responsabilidad por culpa como la fórmula de Hand, entonces este tipo de decisiones de utilizar al sistema no como un objeto de justicia, sino como un abuso de derecho no se presentaría con tanta frecuencia en la actualidad.

Por último, cabe hacer referencia a lo manifestado por Richard Posner en cuanto a los riesgos que conlleva el sistema de negligencia si se llegara a aplicar incorrectamente la responsabilidad sobre la parte que tuvo menos probabilidades de prevenir que el hecho dañoso efectivamente se produzca: *“Esta mala asignación se evitaría si, en lugar de examinar la negligencia y la negligencia contributiva por separado, los tribunales comparasen explícitamente los costos de evitación de la parte. Sin embargo, hacerlo en todos los casos -obviamente a algún precio en costos más altos de información- sería una estrategia dudosa, porque la comparación, como hemos visto, arrojaría una mejora de asignación en solo un subconjunto de casos. No arrojaría ninguna ganancia en ninguna atención conjunta, en ningún caso de atención alternativa donde la víctima era la persona que evitaba el costo más barato, o en cualquier caso de atención alternativa donde los costos de la evitación del accidente fueran los mismos para la víctima y el perjudicador. En el grupo limitado de casos de cuidado alternativo donde una comparación de los costos de evitación de la víctima y del infractor produciría una mejora, existe una alternativa a la comparación caso por caso: crear defensas frente a la negligencia contributiva que trate una categoría y no*

eliminará si las lesiones o las víctimas se cuidan. En tales situaciones, es claramente un desperdicio tanto para los damnificados como para las víctimas; más bien, es óptimo para el tipo de personas que pueden evitar un accidente al menor costo -el que evita el menor costo- solo para cuidarlo.- (Corderch, Pablo Salvador, Garoupa, Nuno y Gomez Liguerra, Carlos, "Scope of Liability, the Vanishing Distinction between Negligence and Strict Liability", <http://escholarship.org/uc/item/1px9k0gz>).

un caso individual con los casos recurrentes donde los costos de prevención de accidentes son más bajos para perjudicar que para la víctima."⁴⁸

IV. Reflexiones sobre la aplicación de la fórmula de Hand

La utilización de la fórmula de Hand en accidentes automovilísticos resultó ser una especie de conclusión acerca de si el sistema de responsabilidad por negligencia resulta más apto que el sistema de responsabilidad objetiva para dilucidar cuestiones de defensa del consumidor.

Sin perjuicio de que resultaría un acierto incorporar la fórmula de Hand solamente para casos de accidentes automovilísticos, el sistema de negligencia en principio resultaría un sistema menos apto que el sistema de responsabilidad objetiva para determinar la responsabilidad por defectos de fabricación en vehículos.

En primer lugar, el responsable en un sistema de responsabilidad por negligencia, no importa que tan negligente fue en su conducta solamente responde por los daños ocasionados fruto de su propio actuar y no por todo el daño.⁴⁹

⁴⁸Posner, Richar A., "The Positive Economic Theory of Tort Law", 1980. University of Chicago Law School, Chicago Unbond: "This misallocation would be avoided if, instead of examining negligence and contributory negligence separately, the courts explicitly compared the parties' costs of avoidance. However, to do so in every case - obviously at some price in higher costs of information- would be dubious strategy, because the comparison would, as we have seen yield an allocative improvement in only a subset of cases. It would yield no gain in any joint-care less, in any alternative-care case where the victim was the cheapest cost avoider, or in any alternative-care case where the costs of the accident avoidance were the same to victim and injurer. In the limited group of alternative-care cases where a comparison of the victim's and injurer's avoidance costs would yield an improvement, there is an alternative to case by case comparison: creating defenses to contributory negligence that deal on a category rather than an individual case basis with the recurring cases where the costs of accident avoidance are lower to injurer than to victim."

Traducción: "Esta mala asignación se evitaría si, en lugar de examinar la negligencia y la negligencia contributiva por separado, los tribunales comparasen explícitamente los costos de evitación de la parte. Sin embargo, hacerlo en todos los casos -obviamente a algún precio en costos más altos de información- sería una estrategia dudosa, porque la comparación, como hemos visto, arrojaría una mejora distributiva solo en un subconjunto de casos. No arrojaría ninguna ganancia en ninguna atención conjunta, en ningún caso de atención alternativa donde la víctima era la persona que evitaba el costo más barato, o en cualquier caso de atención alternativa donde los costos de la evitación del accidente fueran los mismos para la víctima y el perjudicador. En el grupo limitado de casos de cuidado alternativo, donde una comparación de los costos de evitación de la víctima y del infractor produciría una mejora, existe una alternativa a la comparación caso por caso: crear defensas frente a la negligencia contributiva que trata una categoría y no un caso individual con los casos recurrentes donde los costos de prevención de accidentes son más bajos para perjudicar que para la víctima."

En ese caso, la pena impuesta no lograría incentivar a la parte que incurrió en una actitud severamente negligente a corregir su conducta dado que, si se pudiera calcular el costo del eventual daño producido, se podría por ende, calcular la sentencia condenatoria que igualmente podría ser menor a los beneficios que obtienen las empresas de no implementar sistemas de prevención en los vehículos.

En segundo lugar, resulta relevante mencionar que la doctrina ha optado por no elegir el sistema de responsabilidad basado en la negligencia por una cuestión concerniente respecto a quien se encuentra en mejor situación de soportar la carga de la prueba a fin de acreditar la responsabilidad.

La posición mayoritaria de la doctrina ha sostenido que justamente resulta más conveniente exigirle a las empresas la carga de demostrar que el producto fabricado y vendido por ellos no adolece de ningún tipo de desperfecto. Por el otro lado, imponer dicha carga a un consumidor, no sólo resultaría más costoso para dicha parte -que dicho sea de paso y tal como ya se ha reiterado, resulta ser la parte más débil de la relación comercial-, sino que además resulta dificultoso al no poseer las herramientas necesarias para hacerlas valer ante un juicio.

Es así como Pablo Salvador Coderch, Nuno Garoupa y Carlos Gomez Liguierre indican que la clave en el sistema de responsabilidad elegido por la legislación debe estar en identificar especialmente quien resulta ser el verdadero responsable de afrontar dicha carga probatoria: *“(…) desde un punto de vista económico normativamente racional, la ley, al definir los límites del alcance de la responsabilidad, siempre debe buscar quién, entre los posibles demandados infinitos, tiene el menor costo de oportunidad de evitar el daño (al menos evitando costos) o, en casos donde el daño es inevitable, quién es el administrador de riesgos más barato: un grupo de agentes no se considerará potencialmente responsable si, en el mismo conjunto de circunstancias, otro agente de agentes tuviera un menor costo de oportunidad de evitando o minimizando el mismo riesgo de daño. Decidir lo contrario significaría hacer caso omiso de la regla más básica del alcance de la responsabilidad, que es la lejanía.”*⁵⁰

⁴⁹Omri, Ben Shahaar, "Causation and Foreseeability", Tel Aviv University, 1999, pág. 651.

⁵⁰ Coderch, Pablo Salvador, Garoupa, Nuno y Gomez Liguierre, Carlos, ""Scope of Liability, the Vanishing Distinction between Negligence and Strict Liability", <http://escholarship.org/uc/item/1px9k0gz>:

En relación a ello, la jurisprudencia ha ido compartiendo dicho criterio en reiterados fallos al justamente dictaminar que no corresponde que deba ser el consumidor quien deba acreditar la existencia del vicio redhibitorio alegado, dado que justamente no está ni lo suficientemente capacitado -en general- para poder determinar el correcto funcionamiento del vehículo, ni tampoco preparado económicamente para poder demostrar dichos extremos.

En ese caso, imponerle la referida carga al consumidor, produciría como consecuencia incrementar los costos endógenos en el sistema de responsabilidad de la Ley de Defensa al Consumidor para la parte que se intenta proteger.

Por otro lado, también resulta necesario considerar dos tipos de costos que produce tanto el sistema de responsabilidad objetiva como el de negligencia: costos de información y costos procesales de promover un juicio⁵¹.

En ese caso, los costos de información resultan ser aquellas erogaciones que tienen los jueces en determinar si la conducta del demandado cumplió un nivel de prevención de *due care* al punto óptimo de y^* . Al respecto, dichos costos resultan ser elevados bajo el sistema de responsabilidad por negligencia. Por el contrario, en un sistema de responsabilidad objetiva, los costos mencionados resultan ser bajos, justamente porque el demandado sea que cuál fuere su nivel de cuidado, responderá siempre ante cualquier tipo de demanda.

Respecto a este punto, cabe mencionar que la información de hoy en día - con el avance de nuevas tecnologías y el desarrollo de internet entre otros- resulta ser más accesible para todo el mundo que años atrás. Esto como consecuencia trae consigo

"(...) from a normatively rational economic point of view, the law, when defining the boundaries of the scope of liability, should always be looking for who from the infinite potential defendants, has the lowest opportunity cost of avoiding the harm (least cost avoider) or, in cases where the harm is unpreventable, for who is the cheapest risk manager: A pool of agents will not be considered potentially liable if, under the same set of circumstances, another agent of agents had a lower opportunity cost of avoiding or minimizing the same risk of harm. Deciding otherwise would mean disregarding the most basic rule of scope of liability, which is remoteness."

⁵¹Posner, Richar A. *"The Positive Economic Theory of Tort Law"*, 1980. University of Chicago Law School, Chicago Unbond.

una caída en los costos de información respecto a este sistema, haciéndolo más apto que el sistema de responsabilidad objetiva⁵².

El otro costo mencionado que presentan ambos sistemas es el costo procesal de promover un juicio contra el dañador. Estos costos comprenden entre otras cosas: el hecho de investigar qué jurisprudencia resultaría aplicable, desarrollar la demanda, ver qué ventajas y desventajas existen entre las partes, evaluar cuáles pruebas se encuentran accesibles y cuáles no, etc.

En efecto, tal como uno puede concluir, los costos procesales resultan ser claramente mayores en un sistema de responsabilidad objetiva que en un sistema de responsabilidad por negligencia, dado justamente que, si una empresa debe asumir todos los reclamos que puedan originarse fruto del eventual desperfecto que pueda advertirse en sus productos, entonces las demandas serán mayores que en un sistema de responsabilidad subjetiva donde el actor claramente debe evaluar el nivel de cuidado desarrollado por su parte. Si no llegara a alcanzar el umbral del debido cuidado, entonces perdería cualquier incentivo de promover una demanda contra las empresas a raíz de las pocas probabilidades de que vaya a ser tratada favorablemente en un juicio.

Esto claramente se observa respecto a los innumerables reclamos que existen, tanto en sede judicial como en sede administrativa, de muchos consumidores que por diferentes vicios redhibitorios presentados en los vehículos o en la prestación misma de servicios deciden reclamar sabiendo que de todas formas las empresas - concesionario y automotriz, entre otras- se encontrarán obligadas indefectiblemente a reparar todos los daños ocasionados, sin la necesidad de acreditar una culpa o dolo de parte del propio consumidor.

Como una opinión aparte, cabe mencionar que si el afán de la propia ley de la Ley de Defensa al Consumidor, ha sido intentar establecer un equilibrio adecuado entre ambas partes, ocasionó como consecuencia un costo significativo en el sistema de judicial que se ve hoy en día abarrotado de demandas. En un sistema de negligencia, este tipo de cuestiones -por los motivos ya planteados- simplemente no se produciría.

⁵²De hecho, el propio actor menciona que en el caso de que se produzca una caída sustancial en los costos de información, como consecuencia se producirá una preferencia hacia el sistema de responsabilidad de negligencia en comparación con el sistema de responsabilidad objetiva.

En ese caso, no estaría mal plantearse si, además del daño producido, el consumidor tendría que demostrar que de su parte no hubo culpa o dolo que, en este caso se traduciría en un mal uso del vehículo. Ello no significa que deba acreditar el vicio, sino que es una cuestión aparte considerado por muchas empresas como principal asunto a ser analizado a fin de poder eximirse de responsabilidad.

Este tipo de cuidado puede ejemplificarse mediante los siguientes cuidados: la realización de todos los servicios obligatorios exigidos por la automotriz, la provisión de un combustible adecuado con el modelo del vehículo. Todas estas cuestiones resultan ser indicios que claramente no son considerados a la hora de optar por un sistema u otro, que asimismo podría tomarse en cuenta y que dicho sea de paso, no implica mayores costos para los consumidores dado que al configurar simples actos cotidianos realizados por cualquiera que posea un vehículo, pueden ser acreditados fácilmente⁵³.

Por el contrario, si el consumidor no cargó un combustible apto para el vehículo o no realizó las tareas de mantenimiento necesarias para tener un vehículo en buen estado, entonces al exigirle dicho cuidado, podría originar como consecuencia una reducción de demandas -toda vez que no puede haber responsabilidad de las empresas si justamente no hubo un acto preventivo por parte del propio demandante-.

Ahora bien, más allá de lo mencionado en párrafos anteriores, no sólo se puede analizar desde el punto de vista del grado de prevención sino también desde la perspectiva del nivel de actividad.

En ese caso, en el sistema de negligencia, la realización de actos preventivos no resulta ser la única opción con la que cuentan las partes para poder eximirse de responsabilidad. Otra forma puede ser considerada la reducción del nivel de actividad riesgosa realizada por la empresa⁵⁴.

⁵³De hecho, es el propio consumidor que se encuentre en mejor situación de poder demostrar este extremo que las empresas. Por el contrario, si la ley le impone la carga a la empresa de probar dichas cuestiones que solamente pueden ser corroboradas directamente por quien realizó el acto, constituiría una prueba diabólica que muy difícilmente puede ser acreditada y valorada por los jueces -por ejemplo, ¿cómo se puede demostrar que una persona rompió por su exclusiva negligencia una palanca de cambios y no fue un desperfecto?

⁵⁴Un enfoque que solamente analiza el comportamiento de la empresa y en un segundo grado el comportamiento del consumidor.

En ese caso, se puede observar claramente como el sistema de responsabilidad subjetiva o de negligencia se diferencia claramente del sistema de responsabilidad objetiva.

En un sistema de responsabilidad objetiva, el dañador claramente está incentivado a cambiar su actividad riesgosa por otra -si no pudiere a reducirla-, ya que justamente responderá por cualquier daño producido a un consumidor haya o no mediado dolo o culpa de este último. En este caso, la empresa no evalúa de qué forma puede evitar las demandas porque irremediablemente, quisiese o no, tendrá que afrontar cualquier tipo de juicios.

La estrategia que utilizan las empresas para estos casos es la de reducir el nivel de actividad y de esa forma, reducir el riesgo y, consecuentemente, bajar el nivel de demandas que deba afrontar.

Por el otro lado, en un sistema de responsabilidad subjetiva, el dañador no está incentivado a cambiar su conducta porque justamente no responderá por todos los reclamos. En este caso será la víctima quien deba cambiar su conducta riesgosa dado a que no podrá hacer valer su reclamo si no mediere algún tipo de cuidado⁵⁵.

Desde esa perspectiva, el sistema elegido resulta ser indiferente si se toma en miras el nivel de actividad riesgosa producida. Si se considera que resulta mejor que la actividad puede ser prevenida por un consumidor entonces se adoptará en consecuencia un sistema de responsabilidad subjetiva⁵⁶. Por el contrario, si se elige la

⁵⁵Del mismo modo, Hugo A. Acciarri, Andrea Castellano y Andrea Barbero indican que: "(...) Si la firma elige un nivel $x=x^*$, la víctima soporta la pérdida del accidente y elige y de manera de minimizar el gasto $ty + sl(x^*, y)$. Así se cumple con la siguiente condición $I = -sl(x^*, y)$ que coincide con la establecida por las condiciones de primer orden de la maximización del bienestar social, es decir $y=y^*$, lo que implica que la víctima adopta el nivel óptimo de precaución. Habiendo aportado y^* debe elegir ahora su nivel de actividad t de manera de maximizar $v(t) - ty^* - sl(x, y^*)$; la condición de primer orden resulta $v'(t) = y^* + sl(x, y^*)$ y coincide con la correspondiente a la maximización del bienestar social, de manera que $t=t^*$. En síntesis la víctima bajo la regla de la culpa tiene los incentivos adecuados para adoptar los niveles óptimos de precaución y actividad, mientras que la firma tiene el incentivo para adoptar el nivel óptimo de precaución pero produce un nivel excesivamente alto, de manera que puede concluirse que esta regla de responsabilidad no permite controlar el nivel de actividad del dañador." (Acciarri, Hugo A., Castellano, Andrea y Barbero, Andrea, "Análisis económico de la responsabilidad civil: la obligación tácita de seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentina de 1998", págs. 12 y 13.)

⁵⁶Este punto se puede apreciar mejor en un sistema de responsabilidad subjetivo en la que prevé un sistema de contribución de negligencia mutua entre las partes. En ese caso, dicho sistema podría incentivar a un comportamiento óptimo de cada parte dado a que cada parte realiza todos los

opción contraria, de que resulta ser la empresa quien debe reducir el nivel de actividad o modificar la conducta, entonces se adoptará un sistema de responsabilidad objetiva.

En definitiva, pareciera sumamente simple, en el sistema de responsabilidad subjetiva que las empresas puedan evitar a toda costa los juicios que puedan iniciarse en su contra. De ello que solamente la empresa requiere adoptar un nivel de organización interna a fin de desarrollar cualquier *debido cuidado* -ya sea controlando su nivel de actividad o reduciendo la actividad riesgosa a un mínimo de riesgo- que logra alcanzar el punto y* adoptado por los jueces.

Sin embargo, si bien la empresa podría adoptar el nivel de cuidado requerido para minimizar los riesgos que puedan llegar a generarles a los consumidores, no quiere decir que no se vaya a promover juicios contra las empresas. Ello, justamente porque el sistema adopta ciertas premisas que resultan ser ambiguas.

En primer lugar, el sistema da lugar a un margen de error considerable sobre la aplicación del estándar requerido para llegar al debido cuidado. En otras palabras, habría una fuerte ambigüedad respecto a la multiplicidad de casos a resolverse sobre cuándo se considera que una empresa y un consumidor actuaron con debido cuidado y cuándo no. Esto genera como consecuencia que ambas partes antes de iniciar el juicio, tengan diferentes expectativas al considerar su nivel de participación en el hecho controvertido.

En segundo lugar, las partes pueden incurrir en el mismo error que los jueces al momento de valorar el nivel de cuidado adoptado en cada situación específica. En ese caso, por ejemplo el consumidor fácilmente puede considerar que la forma de conducir su vehículo puede llegar resultar prudente para cualquier persona aunque puede suceder que no considera realmente que utilice el embrague y los frenos muy frecuentemente generando un desgaste prematuro en los mismos que luego dificulta que el vehículo cambie de marcha o frene.

En relación a ello - y también se puede considerar como otra desventaja del sistema- se necesita obtener una información completa que permita establecer correctamente los diversos niveles de debido cuidado. Al respecto Acciarri indica "(...)
se necesita conocer la relación que existe entre los niveles de precaución de los agentes

comportamientos requeridos del debido cuidado sabiendo que su contrincante también lo realizará para no ser considerada responsable.

y la probabilidad de ocurrencia y severidad del daño para determinar el estándar y además poder establecer cuál es el nivel real de precaución adoptado, para compararlos y así determinar si existe responsabilidad o no por parte del dañador."⁵⁷.

En tercer lugar, el debido cuidado utilizado para medir el nivel de responsabilidad de cada parte es tomado un factor "promedio" de todos los casos y no es obtenido de un caso individual.

En ese sentido, la capacidad del debido cuidado será tomando en miras al "hombre promedio". En ese caso, todos aquellos que no tengan la misma capacidad que un hombre razonable, en consecuencia, nunca terminará alcanzando ese nivel de cuidado necesario y por ende nunca podrá hacer valer su reclamo; más aún será siempre tenido como sujeto responsable del hecho.

Por último, otra desventaja que presenta el sistema de responsabilidad por negligencia es la mala interpretación que puede llegar a tener los jueces sobre el debido cuidado.

El origen de esta desventaja se produce con el mero correr de los años. Si bien la jurisprudencia puede llegar a definir correctamente el parámetro de ciertas conductas que pueden ser tomadas como justificadoras de responsabilidad, dicho concepto es susceptible de ser modificado por fallos ulteriores, lo que provoca un concepto muy genérico, difícilmente aplicable a la realidad⁵⁸.

En ese sentido, tal como expone Louis Kaplow y Steven Shavell: *“La falla de la regla negligente para controlar el nivel de actividad surge porque la negligencia se define aquí (y en su mayor parte en la realidad) en términos de cuidado solo. Una justificación para determinar la z^* óptima y la z real. Además, el problema con el nivel de actividad bajo la regla de negligencia es aplicable a cualquier aspecto del comportamiento en la definición de negligencia, la regla de negligencia daría como resultado un comportamiento óptimo en todos los aspectos⁵⁹”*.

⁵⁷Acciarri, Hugo A., Castellano, Andrea y Barbero, Andrea, "Análisis económico de la responsabilidad civil: la obligación tácita de seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentina de 1998", pág. 15.

⁵⁸Posner, Richar A. "The Positive Economic Theory of Tort Law", 1980. University of Chicago Law School, Chicago Unbond.

⁵⁹Kaplow, Louis & Shavell, Steven, "Economic Analysis of Law", Febrero 1999, Forthcoming in A.J. Auerbach and M Feldstein, Handbook of Public Economics, pág. 5: *“The failure of the negligent rule to*

4. Responsabilidad Objetiva

Se ha argumentado que la responsabilidad objetiva configura una especie de garantía para el damnificado por cualquier daño que pueda llegar a ocurrirle⁶⁰.

En relación a ello, cabe mencionar que este sistema ha sido caracterizado en base a que realmente logra - teóricamente y en última instancia- que la empresa internalice los costos de las eventuales multas que puedan llegarse a aplicar para poder corregir la actividad que ocasionó el daño.

"Entablada una demanda de daños y perjuicios contra una concesionaria y un fabricante, a causa de los desperfectos técnicos que manifiesta el auto adquirido a las demandadas, resultó acreditado que el actor reclamó en octubre del 2000 la reparación del automotor con causa en el zumbido detectado al funcionar. Sin embargo, ninguna de las demandadas cumplió con la obligación impuesta por la garantía: la reparación de ese desperfecto. Y a ello no obsta lo expuesto por el fabricante en su expresión de agravios en punto a que el vehículo "rodó sin inconvenientes más de 170.000". Adviértase que aquí no se discute si el defecto del automotor lo tornó inapto para su funcionamiento, sino si las demandadas cumplieron o no con la obligación de garantía legal prevista por la ley 24240. Además la instalación de un equipo de GNC no tiene relación alguna con el sistema de caja de velocidad y transmisión donde se produce el ruido; cabe hacer especial hincapié en el hecho de que las defendidas son comerciantes profesionales, condición que las responsabiliza de manera especial. Así pues tal carácter involucra su superioridad técnica como titular de una hacienda especializada e implica un mayor deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. Y lo cierto es que el proceder de las defendidas en el plano de su colaboración no se ajustó -objetivamente- al que debe imperar en operatorias como la de la especie, de las que resulta la exigencia de diligencia acorde con el objeto y la organización que debe mantener para llevar adelante su giro correctamente (Juzgado Comercial 13 Secretaría 25, 10.05.06, "Siro

control the level of activity arises because negligence is defined here (and for the most part in reality) in terms of care alone. A justification for this determining the optimal z^ and the actual z . Moreover, the problem with the activity level under the negligence rule is applicable to any aspect of behavior into the definition of negligence, the negligence rule would result in optimal behavior in all aspects."*

⁶⁰Posner, Richar A. "The Positive Economic Theory of Tort Law", 1980. University of Chicago Law School, Chicago Unbond.

Roberto Oscar y otros c/Renault Argentina S.A.). Ello así, procede condenar a las defendidas a la reparación del automotor y el pago de \$10.000 por daño moral."⁶¹

En efecto, realmente sólo para el caso de fabricación de vehículos, la empresa es la que se encuentra en mejores condiciones para poder proveer la infraestructura necesaria para ir mejorando hacia un producto más seguro que de mayores garantías de seguridad a los consumidores.

Por el lado de los damnificados, salvo algunos cuidados específicos, propios de la naturaleza del producto adquirido, no pueden exigirle una mayor prevención dado que la capacidad económica para poder agregar otros elementos a los vehículos que reduzcan la posibilidad de ocurrencia del riesgo, resulta ser significativamente menor a comparación del patrimonio de una automotriz.

Del mismo modo, la jurisprudencia en lo comercial también ha argumentado respecto a la situación en la que se encuentran cada parte para poder prevenir el riesgo que:

"El vicio referido por la Ley 24240: 40 comprende, entre otras variantes posibles, al "defecto de fabricación" que se define como el que aparece de manera aislada en una o algunas unidades de una serie, no obstante haber sido bien concebidas o diseñadas (cfr. Rouillón, A. y Alonso, D., "Código de Comercio, comentado y anotado", t. V, p. 1202; Farina, J., "Defensa del consumidor y del usuario", p. 441); y, en el marco de una responsabilidad objetiva como la que aquí se examina, no es discutible que la solución es opuesta a la que ofrece un sistema de responsabilidad por culpa, ya que la responsabilidad objetiva centra su atención en el propio producto, dejando de ser relevante, por ello, la previsibilidad del defecto, y adquiriendo en cambio una especial importancia su condición defectuosa; ello así, la responsabilidad existe con independencia de si los defectos de fabricación son perceptibles y al margen de todo juicio de valor acerca de si fueron adoptados todos los mecanismos de seguridad y control; pues, en un sistema objetivo, se responde incluso por los denominadas "fugas" de fabricación, esto es, por los productos defectuosos que, aunque en mínima medida, escapan a los sistemas de control de calidad a los que se somete una producción mayor que, en general, no ofrece

⁶¹CNCom, Sala F, "*Oriti, Lorenzo Carlos c/Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ordinario*" (ED 11.7.11, F. 56913); 01/03/22.

*dificultades (conf. Bueres, A. y Highton, E., "Código Civil y normas complementarias - Análisis doctrinal y jurisprudencial", Buenos Aires, 2005, t. 3-B, ps. 343/344)."*⁶²

*"Corresponde hacer lugar a una demanda por daños y perjuicios entablada por quien hubiere comprado un auto cero kilómetro que presentó varios desperfectos de funcionamiento. Ello así toda vez que todo aquel que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio (artículo 1109, Código Civil). Esta noción genérica de la responsabilidad civil no desaparece en las relaciones de consumo, sino que, por el contrario, se adiciona a las soluciones especiales contenidas en el estatuto consumerista, que dan cuenta, incluso, de que el factor de atribución se amplía, al punto de que, en ciertos casos se prescinde de la necesidad de comprobar el dolo o la culpa, para, en cambio, admitirse la responsabilidad objetiva (Rouillon Adolfo A. A (Dir.), AAVV Código de Comercio Comentado y Anotado, La Ley, Buenos Aires, 2006, ver comentario al referido artículo). Lo contrario sería un absurdo: si el legislador estableció una intensa protección legal de los consumidores, forzoso es concluir que estos últimos no podrían encontrarse en peores condiciones que el resto de los sujetos, quienes, al amparo de la norma civil citada, podrían reclamar la reparación de los daños que por cualquier causa un tercero les hubiera ocasionado. Y que esa responsabilidad general ha sido también prevista en este ámbito, surge de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 24240, norma que, además de los medios legales que otorga al consumidor para exigir que la cosa adquirida pueda ser usada, o sustituida por dinero o modificado su precio, le reconoce el derecho a reclamar los daños que hubiera padecido por el desperfecto (ver, en similar sentido, el artículo 10 bis in fine). La única diferencia entre ambos regímenes, concierne al factor de atribución: mientras el principio que rige en el derecho común es que esa obligación depende de la concurrencia de culpa o dolo en el agente dañador, ello no interesa en este otro ámbito, en el cual al consumidor le basta con acreditar que el defecto se produjo durante la vigencia de la garantía, sin ninguna otra prueba adicional vinculada con ese otro aspecto -la imputabilidad- que se erige en presupuesto de la responsabilidad común."*⁶³

⁶²CNCom, Sala D, "*Figuroa, Gonzalo Esteban c/ Fiat Auto Argentina S.A. y otro s/ordinario*", (Expte N 66425/04), 18/02/10, JA 18.8.10, PAG. 70.

⁶³CNCom, Sala C, "*Escalante Florencia C/ Volkswagen Argentina Sa S/ Ordinario*" (Expte. N 52073/05); 12/12/13.

*"La ley 24240: 40, establece un sistema de responsabilidad objetiva, en el cual el factor de atribución es el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, de manera tal que el consumidor sólo debe acreditar el daño y la relación de causalidad entre éste y la cosa; prescindiendo de la prueba de la culpa del legitimado pasivo. En ese orden de ideas, si el daño a la víctima resulta del vicio, riesgo o de la prestación del servicio, responderán solidariamente el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa y no solo quien lo provee en forma directa."*⁶⁴

Por lo tanto, lo que se trata de reducir en este ámbito es la reducción de la probabilidad de que el riesgo se produzca, en este caso, mediante la venta de vehículos equipados con las garantías suficientes que no sólo brinden una correcta protección al consumidor sino también a los terceros -puesto que la ley prevé la protección para los consumidores "expuestos" o "bystader".

De ello se desprende que, si bien *prima facie* parecería más equitativo implementar un sistema de responsabilidad subjetiva, a raíz de que en algunas situaciones realmente el consumidor se encuentra en mejores condiciones de demostrar que de su lugar no hubo culpa grave, a que haya provocado el hecho dañoso. En general, pareciera ser que el sistema de responsabilidad objetiva resultaría ser menos apto para este tipo de situaciones.

Ello, sin perjuicio de las desventajas ya analizadas en los párrafos anteriores respecto a cada uno de los sistemas: la fabricación y comercialización de un producto defectuoso solamente puede ser detectada por las empresas que los producen y los vende, en comparación con los diversos medios de prueba que se implementan para testear cada vehículo, generando como consecuencia que sea la forma más apta para prevenir el daño. Una vez que el vehículo defectuoso ya fue adquirido por el consumidor final, el daño será irremediable.

Por ello, es que resultaría más eficiente que justamente la ley debiera trasladarle todos los costos de los daños de prevención a las empresas que al propio consumidor, y más aún por como ya se ha venido reiterando, el desequilibrio existente entre ambas partes.

⁶⁴CNCom, Sala B, "*De Maio Héctor Manuel c/ Peugeot Citroen Argentina S.A y Otros s/Ordinario*"(Expte. N .2988/06), 17/12/14.

Del mismo modo, Viscusi indica que: “*La creciente frecuencia de reclamos por responsabilidad del producto y los aumentos en los niveles de liquidación han hecho que el sistema legal sea una fuerza prominente en la creación de incentivos financieros para productos más seguros. Sin embargo, si hay evidencia de un rol dominante de la aversión al riesgo, de modo que los demandantes estén dispuestos a conformarse con mucho menos de lo que se espera de los tribunales cuando la variación en los resultados judiciales sea grande, se podría cuestionar hasta qué punto el sistema aborda las necesidades de los demandantes. Una fuerte evidencia de aversión al riesgo también puede cambiar la forma en que vemos el aumento en el tamaño de las indemnizaciones por responsabilidad del producto, ya que, incluso con aumentos recientes, los reclamantes seguirán en desventaja si hay diferencias en la aversión al riesgo del reclamante y del demandado con respecto a la lotería litigiosa.*”⁶⁵.

⁶⁵ Viscusi, W. Kip, "Product Liability Litigation with Risk Aversion", The Journal of Legal Studies, Vol. 17, No. 1. (Jan., 1988), págs. 101-121: "The rising frequency of product liability claims and increases in settlement levels have made the legal system a prominent force in creating financial incentives for safer products. If, however, there is evidence of a dominant role of risk aversion, so that claimants are willing to settle for much less than their expected court award when the variance in the court outcomes is large, the one might question the extent to which the legal system addresses claimants' needs. Strong evidence of risk aversion may also change how we view the increased size of product liability awards, since, even with recent increases, claimants will remain at a disadvantage if there are differences in claimant and defendant risk aversion with respect to the litigation lottery."

5. La responsabilidad solidaria

Ahora bien, una vez identificado el sistema correcto para poder prevenir el riesgo en el ámbito de la industria automotriz, en relación a la normativa de defensa del consumidor, cabe preguntarse por qué la aplicación del sistema de responsabilidad solidaria adoptado en el sistema de responsabilidad objetiva no resulta ser apto en la práctica para prevenir que las industrias automotrices sigan fabricando algunos vehículos con serios desperfectos que hasta pueden poner en peligro la vida del propio consumidor como así también la de terceros.

En ese sentido, llama poderosamente la atención que todavía sigan existiendo innumerables reclamos, tanto en el ámbito judicial como en el ámbito administrativo de todo el país, respecto a diversos reclamos ya sea por un mal servicio prestado en la reparación de un vehículo o por diversos desperfectos que hacen al vehículo impropio para ser utilizado.

Es que en ese caso, si bien pueda resultar claro que cada automotriz realiza sus propios cálculos a fin de poder estimar la cantidad de eventuales reclamos que deba afrontar, dado que un cuidado mayor generaría asimismo un mayor costo que la empresa no estaría dispuesta a afrontar salvo mediante un aumento generalizado en los productos -en ese caso serían los propios consumidores quienes en última instancia estarían afrontando un vehículo con mejores herramientas que eviten la ocurrencia de desperfectos-.

No obstante ello, pareciera que la cantidad de reclamos de los consumidores hacia las empresas resulta ser significativa y asimismo podría reducirse. Del mismo sentido, el rol preventivo que debe cumplir la Ley de Defensa al Consumidor no ha dado resultados positivos- Por dicha razón, cabe preguntarse cuál sería el punto clave que podría reverse para poder mejorar el sistema de responsabilidad objetiva.

Como se mencionó en la introducción, la propia ley de defensa del consumidor establece cómo deben responder las empresas mediante dos artículos: artículo 40 -vicios redhibitorios- y artículo 13 -servicio de garantía prestado deficientemente-.

Mediante estos dos artículos la ley exige que deben responder todas las empresas que hayan de alguna forma intervenido en la cadena de producción del vehículo por el daño ocasionado al consumidor -inclusive el propio distribuidor y la propia empresa que ofrece financiamiento a fin de adquirir los vehículos-, independientemente de si hubo o no una vinculación directa con el consumidor.

En este caso, ha habido innumerables artículos doctrinarios que han defendido en más de una oportunidad este tipo de responsabilidad por diferentes cuestiones entre ellas, porque es la forma que mejor se protege al consumidor frente a los eventuales abusos de las empresas.

Uno de ello ha sido Fernando Shina quien ha manifestado que: *"El principal de ellos -la solidaridad- es que modifica la exigibilidad de la prestación, respecto de las obligaciones que no son solidarias. Y este efecto surge también de la redacción del art. 705 del Cód. Civil, al establecer que el acreedor puede "exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos". Este efecto le da al acreedor mayores chances de hacer efectivo el cobro, porque puede requerir el pago del deudor que resulta más solvente. Lopez Mesa explica que "indiscutiblemente, la demanda dirigida contra todos los deudores tienen la ventaja de que la sentencia que se dicte surtirá efecto contra todos ellos... Sin embargo es más importante que el acreedor dirija su acción contra uno de los deudores, eligiéndose generalmente al más solvente; si esta acción de cobro fracasa total o parcialmente, queda intacto el derecho del acreedor de reclamar el pago a los restantes codeudores. En esta elección, el acreedor tiene la más amplia libertad."*⁶⁶

Ahora bien, cabe preguntarse en primer lugar si al haberle otorgado tantas garantías al consumidor, el sistema de responsabilidad objetiva ha adoptado ya un extremo que si bien logra conformar una protección sólida para el consumidor final, resulta socialmente ineficiente para resolver este tipo de situaciones.

De hecho, el principal efecto negativo que se advierte al momento de evaluar la responsabilidad solidaria adoptada por la Ley de Defensa al Consumidor, es que la misma no realiza distingo respecto a qué empresa generó verdaderamente el daño; justamente, para la propia ley de defensa del consumidor, al consumidor final le

⁶⁶ Shina, Fernando E., *"Daños al consumidor. Soluciones jurisprudenciales a casos célebres"*, Astrea, Buenos Aires, 2014, págs. 152 y 153.

resultaría indiferente, el efectivo responsable que termine pagando la indemnización cuando en realidad, en la práctica no resulta ser así -sobre este punto volveremos más adelante-.

En ese sentido, si se termina adoptando la responsabilidad solidaria prevista en la ley de defensa del consumidor para cualquier tipo de reclamo que pueda llegar a suceder a cualquier persona con respecto a una empresa, se termina poniendo en jaque al propio sistema de responsabilidad de daños de nuestro país. De hecho, dicha responsabilidad se termina aplicando inclusive para aquellas ocasiones donde realmente el legislador no tuvo ni la remota idea que podría llegar a aplicarse⁶⁷.

De esta forma, la utilización abusiva de las normas que prevén la responsabilidad solidaria en la Ley de Defensa al Consumidor, termina de esa forma trastornando el resto de las instituciones legales respecto a la responsabilidad civil previstas para otro tipo de situaciones.

En ese sentido, resulta necesario resaltar la advertencia realizada por la Sala A del fuero comercial que ha dicho que: *"Desde cierto enfoque doctrinario elaborado en torno a los contratos coligados o conexos podría llegar a sostenerse la responsabilidad solidaria de todas las partes participantes en la cadena comercial de operatorias de la índole del contrato bajo estudio -de ahorro para fines determinados- y desde esa óptica jurídica, en el caso- verse comprometida la apelante, en su condición de importadora de los vehículos vendidos mediante el plan de ahorro previo. Sin embargo, ese punto de vista, si bien podría ser atendible en el estrecho vínculo que usualmente existe en ciertos casos, no es sin más extensible a las relaciones que se anudan a las sociedades importadoras de los rodados destinados a esos mismos planes de ahorro. Ello, máxime en los supuestos en los que -como acontece en la especie- no se halla interpuesta la figura del "importador" con la de la "terminal/fabricante-concedente" de los rodados involucrados. Así las cosas, no está de más señalar que la aplicación de la teoría de los contratos conexos no debe convertirse en una suerte de medio simplista para procurar imponer la justicia o la equidad en las relaciones jurídicas, pues admitida superficialmente y sin distinciones conceptuales fundadas, se torna peligrosa, pudiendo incluso trastornar las instituciones jurídicas vigentes - particularmente las ligadas a la atribución de responsabilidad- y, con ello el orden*

⁶⁷ Por ejemplo en materia de seguros.

social. Idéntico razonamiento cabe efectuar respecto de la injerencia del art. 40 de la ley 24240 en el caso, toda vez que la responsabilidad de fuente legal contempla en dicho precepto se vincula a los daños irrogados por vicios, defectos o riesgos de los bienes y servicios comercializados, siendo que en el sub examine el reclamo indemnizatorio no obedece a ninguna detalles causales (en igual sentido, véase SCJBA, 13/06/2007, in re: "García, Manuel c. Hyundai Motors Argentina S.A.", LLBA 2007, noviembre, 1138). De allí que sea inexacta la subsunción concretada por el magistrado de grado, al asimilar la responsabilidad que la ley prevé para supuestos diversos al que ahora nos ocupa. Conclusivamente, deviene inadecuado equiparar la pretendida responsabilidad de la empresa importadora, a la que efectivamente recae sobre la sociedad administradora de los planes de ahorro, con motivo del incumplimiento probado en la especie."⁶⁸

Por ello, la implementación actual del sistema de responsabilidad solidaria termina generando mayores costos sociales que la misma ley prevé y que asimismo la propia jurisprudencia termina aplicando frente a diversos casos de desperfectos del producto, en especial en la industria automotriz.

En efecto, al prever que justamente las empresas de manera indiferente deban responder por el reclamo, no logran como consecuencia que dicho costo sea efectivamente internalizado y por ende la actitud sea corregida.

Muy por el contrario, lo que se termina generando al respecto es que muchas veces la indemnización pretendida no es efectivamente internalizada por la empresa que realmente produjo el daño sino que efectivamente resulta ser pagada por otros miembros que integran la cadena de producción. Ejemplo, supongamos que un consumidor demande a una automotriz, un concesionario y una administradora de plan de ahorro por un aumento significativo respecto a las deudas de plan de ahorro contratado para poder adquirir el vehículo deseado, sin previamente haber informado que dichas cuotas podían experimentar ciertos aumentos fruto de la inflación imperante en un momento económico determinado del país.

Ante dicha situación, el consumidor final realiza una denuncia ante el organismo especializado para atender dichos asuntos, y paralelamente inicia una

⁶⁸CNCom, Sala A, "Ansaloni, Rene c/Auto Oriente S.A. s/Ordinario" (Expte. N 27840/03), 24/09/09.

demanda por daños y perjuicios ante el fuero comercial, para que la sanción sea doblemente costosa para la empresa.

En estos casos, en la práctica, resulta frecuente observar esta forma de hacer los reclamos dado a que ambas vías no resultan ser excluyentes entre sí, pudiendo ser las empresas doblemente codemandadas⁶⁹.

En estos casos, supongamos que el consumidor en ambas vías logra acreditar el daño alegado y que efectivamente hubo incremento injustificado en las diversas cuotas, debiendo las empresas devolver las sumas percibidas más sus intereses.

Ante dicho panorama, ¿resultaría equitativo que sea el concesionario o la automotriz quién deba responder ante dicho reclamo si justamente no fueron éstas quienes percibieron suma alguna? ¿De qué forma la imposición de este tipo de penalidades genera una mejora en la eficiencia al evitar que la administradora del plan de ahorro siga aumentando deliberadamente sus cuotas hacia sus consumidores finales?

Como se advirtió, la administradora en estos casos, al no responder no tendrá un incentivo adecuado para corregir su conducta, toda vez que dicha externalidad será cubierta por otra empresa, pudiendo seguir con dicha política.

Por el contrario, si la administradora debiera inexorablemente responder por cada uno de los reclamos iniciados por dichos temas, entonces en principio le podría ser impuesta una pena considerablemente alta para que dicha conducta sea efectivamente corregida.

Estos ejemplos, evidencian la imposibilidad del sistema de arribar eficientemente al fin impuesto por el legislador que se traduce en la prevención de cualquier daño que se procure realizar contra la parte más débil.

En relación a lo mencionado precedentemente, también existen otras causales que provocan una evidente distorsión en el sistema de responsabilidad solidaria adoptada por dicha ley, para prevenir el daño. Esta otra causal -que se presenta con frecuencia en la práctica- resulta ser la aplicación diversa de la Ley de Defensa al Consumidor en el fuero judicial como también en el fuero administrativo.

⁶⁹En todo caso habría que evaluar si dicho procedimiento no viola el principio constitucional *non bis in idem*, al imponer una pena de multa en el área administrativa y luego ser nuevamente condenada por el mismo hecho en una sentencia en cualquier fuero y/o jurisdicción que el consumidor final haya elegido iniciar su demanda.

Dicho extremo, puede advertirse mediante un ejemplo. Supongamos que A concurre a un concesionario oficial a fin de adquirir un vehículo. Allí decide qué modelo adquirir y la forma de efectuar el pago. Una vez efectuada la obligación de pagar, el concesionario le informa que el vehículo adquirido tardará, como es de costumbre- unos 60 días en llegar al país por ser importado.

Luego de transcurrido el tiempo informado por el concesionario, el sujeto A se comunica nuevamente con el concesionario y le informa que hubo ciertas trabas arancelarias impuestas por la aduana, y que el plazo de entrega del vehículo deberá postergarse por otros dos a tres meses hasta que se puedan resolver las trabas con la aduana.

Disconforme con dicha respuesta, A decide iniciar los pertinentes reclamos contra el concesionario, y como la Ley de Defensa al Consumidor prevé una responsabilidad solidaria - en este caso por vicios en la prestación del servicio- involucra a la automotriz para que pueda brindar una respuesta adecuada a su problema. Sin embargo, la empresa intenta desentenderse de dicha situación y sus reclamos no son contestados.

Por dicho motivo, A inicia una acción administrativa en un órgano especializado y paralelamente contrata un abogado para iniciar una demanda en el fuero comercial.

Ahora bien, este punto resulta interesante para remarcar la evidente distorsión con la que se aplica el sistema: En todas las resoluciones administrativas, las automotrices son consideradas solidariamente responsables por la falta de entrega de un vehículo junto con el concesionario y por ende están obligadas igualmente a entregar el vehículo que fuera originalmente pactado entre el concesionario y el consumidor final.

No obstante ello, el fuero judicial tiene una interpretación totalmente distinta al ámbito administrativo: la falta de entrega de un vehículo no da lugar a la responsabilidad solidaria contra un concesionario y una automotriz si la entrega del vehículo resulta ser exclusivamente imputado al actuar negligente del concesionario - casi siempre la demora es por culpa del concesionario, ya sea por una mala información provista al consumidor final o por no contar con un stock adecuado de vehículos-.

Dicha diferencia de criterio básicamente se resume en el papel que juega en estos casos el rol del concesionario. Para el ámbito administrativo, resulta claro: el concesionario es un mero agente dependiente de la automotriz que funciona con la autorización de ésta. Dicha relación de subordinación justifica por sí misma que la responsabilidad deba extenderse a la empresa automotriz quien debe igualmente ser obligada y compulsada a entregar el vehículo vendido.

En el ámbito judicial, la concepción que tienen los jueces resulta totalmente distinta:

"El contrato de concesión puede ser conceptualizado como aquél conforme al cual una de las partes -el "concesionario"-, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga, mediante una retribución, a disponer de una organización empresaria para comercializar determinada mercadería provista por el restante contratante -la "concedente" o "terminal"-, así como a prestar los servicios relacionados y proveer los repuestos y accesorios, con o sin exclusividad, según haya sido convenido. De allí que su objeto negocial, antes que la compraventa aislada y sucesiva de vehículos o repuestos, esté constituido por su comercialización. Por tal motivo resulta relativo circunscribir la figura al segmento exclusivo de la compraventa de bienes, toda vez que la concesionaria no los adquiere para sí, sino para facilitar su adquisición por parte de los particulares, sin perder la primera la condición de intermediaria, de eslabón de un desarrollo comercial del que procura, al igual que la concedente, la obtención de un beneficio económico (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 13.06.2008, mi voto, in re "Ernesto P. Amándola S.A. c. Peugeot Citroën Argentina S.A."; ídem, 14.12.2007, in re "Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A. y otro"; ídem, 15.02.2008, in re "Rot Automotores S.A.C.I.F. c. Sevel Argentina S.A. y otro").

En efecto: la calidad de empresarios de ambas partes determina que entre ellos no haya transmisión de riesgos, sino que ambas partes asuman sus propios riesgos; uno como fabricante o importador y el otro como comerciante que vende al público esos productos (cfr. Villegas, Carlos G., "Contratos mercantiles y bancarios", t. I, Buenos Aires, 2005, pág. 755).

Repárese en que el concesionario no es un empleado ni actúa como comisionista del concedente, de manera que no recibe retribución de éste, ni como sueldo, ni como comisión. El concesionario es un empresario independiente, que

obtiene sus ingresos de la diferencia entre el precio de compra de los productos al concedente y del precio de venta al público. Esa diferencia constituye su ganancia y con ella debe afrontar todos los gastos y riesgos de su negocio, así como la amortización de sus inversiones.

De ese modo, es claro que a la autonomía e independencia del concesionario se une, como consecuencia, la asunción de los riesgos económicos de la actividad.

Trátase, pues, de un típico contrato interempresarial de colaboración que participa de las generalidades del de "distribución"; los concesionarios tienen cierta integración con la terminal o concedente y quedan sometidos a su dirección, con subordinación económica y técnica. Cumplen así una función de intermediación económica -no jurídica- entre el fabricante y el consumidor final, vendiendo -como se adelantó supra- en nombre e interés propios, siendo la terminal -en principio- ajena a esa relación, sin resultar alcanzada, por ende y también, como regla, por sus efectos (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 14.12.2007, in re "Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A..." y 15.02.2008, in re "Rot Automotores S.A.C.I.F. c. Sevel Argentina S.A. y otro", citados supra; cfr. Sala B, 24.09.1998, in re "Campanario, P. S.A. c. Plan Ovalo S.A.", LL 1998-F, 262—DJ, 1999-2, pág. 56; idem, 08.05.1987, in re "Automóviles Saavedra S.A. c. Fiat Argentina"; Sala D, 23.12.1996, in re "Microómnibus Saavedra S.A. c. Vázquez S.A. y otro", LL, 1987-D, 419).

En ese marco -tal como se ha sostenido-, la calidad de empresarios que revisten tanto la concedente como la concesionaria determina que entre ellas no haya transmisión de riesgos, lo que determina que ambas asuman sus propios riesgos empresarios, que son -en definitiva- la contraprestación de los beneficios económicos aludidos.

De lo hasta aquí expuesto se sigue que las concesionarias no actúan por cuenta y orden de la concedente, sino que lo hacen en nombre e interés propios, siendo, en definitiva, las primeras quienes contratan directamente con el cliente."⁷⁰

Por tal motivo, dado que existen notables concepciones sobre el rol que tiene el concesionario en el rol que realiza dentro de la cadena de producción, hacia los

⁷⁰CNCom, Sala A; "Tensolac S.A. c/Alra S.A. y otro s/ordinario"; 27/12/2012;Cita online: AR/JUR/77670/2012.

consumidores finales, indefectiblemente ello dará lugar a que el sistema de responsabilidad solidaria sea aplicado en manera contradictoria.

En ese caso, una resolución administrativa que claramente contradiga una sentencia judicial dará como resultado una distorsión en los comportamientos de los distintos agentes de la cadena de producción respecto a su rol a fin de evitar el daño al consumidor final.

En el caso de las automotrices, claramente al ampararse en los pronunciamientos judiciales, no tendrán un incentivo para corregir su conducta.

Es que justamente, resulta ineficiente que la ley les imponga a ciertos agentes de la cadena de producción la carga de evitar el daño cuando justamente no han jamás intervenido en dicha operación.

Ejemplo de ello es el rol que puede desempeñar una automotriz ante los reclamos basados en la falta de entrega de un vehículo o en planes de ahorro. En las mencionadas situaciones, la automotriz al no intervenir en la contratación de un plan de ahorro o en la venta de un vehículo a un consumidor final, en consecuencia, no puede realizar una política tendiente a prevenir cualquier reclamo o vicio en la prestación del producto.

Por el contrario, la imposición de sanciones basadas en los referidos reclamos, en principio, no lograrían que la empresa verdaderamente internalice dichos costos.

Lo mismo puede mencionarse con respecto al rol que juega un concesionario respecto a desperfectos provenientes de la fabricación de un producto. En ese caso, el concesionario resulta ser el eslabón más sensible de la cadena de producción para el consumidor, toda vez que si la ley de manera incorrecta le asignara diversos costos provenientes de multas o sanciones -cuando verdaderamente debiera intervenir la automotriz-, el concesionario trasladaría dicho costo al resto de los consumidores finales por medio de un aumento generalizado de productos o al mismo tiempo, aumentando el valor que se le cobra a dichos consumidores al proveerles diversos servicios mecánicos que se le deban realizar a los vehículos.

Por último, cabe mencionar que, el remedio legal que la ley adopta para poder de alguna forma compensar el costo mal asignado a una empresa que debió

hacerse cargo del pago de una indemnización o de una multa administrativa, y que asimismo no causó el perjuicio reclamado -esto es la acción de repetición- resulta no sólo no ser aplicada en la práctica sino también riesgosa para ser implementada.

De hecho, este tipo de contratos de concesión entre una automotriz y un concesionario, como así también los contratos conexos que relacionan a la administradora del plan de ahorro o los contratos de provisión de las diversas piezas que conforman el vehículo son de larga duración.

Dichos contratos al ser de colaboración mutua entre empresas producen un vínculo contractual que pueden verse perjudicado significativamente si las empresas accionan judicialmente por sumas incorrectamente pagadas. En otras palabras, si la automotriz tendría que iniciarle juicios a los diversos concesionarios por repetición de lo indebidamente pagado a raíz de diversos reclamos que verdaderamente no le cabía responsabilidad alguna -y viceversa acciones judiciales de los concesionarios a la automotriz- entonces, el vínculo contractual resulta ser insostenible.

En ese caso, el remedio traído por la propia ley para poder arreglar dicha distorsión, no sólo no se aplica sino que adicionalmente, de aplicarse, generaría una mayor distorsión en el sistema del mercado automotriz porque en el largo plazo, el vínculo contractual entre los diversos agentes de la cadena de producción se hace insostenible.

Por ello, es que la responsabilidad solidaria aplicada por la Ley de Defensa al Consumidor no sólo no logra que el verdadero responsable internalice los costos causados al consumidor final, sino que además crea grandes riesgos de que el mercado automotriz se vuelva difícilmente sostenible en el largo plazo; en su intento de proveer un mecanismo de defensa sólido para el consumidor final.

I. El rol de la prevención en la responsabilidad solidaria

Ahora bien, en relación a lo manifestado precedentemente, cabe analizar si existe un mejor método que logre que las empresas -realmente- responsables de los daños derivados de los vicios o riesgos producidos fruto de la prestación de un servicio o de un producto adquirido, logra verdaderamente internalizar las eventuales sanciones

o condenas judiciales que puedan imponérseles para, de esa forma, lograr corregir las conductas distorsivas.

Desde esa perspectiva, y tal como se ha adelantado en párrafos anteriores, en primer lugar cabe aclarar que se podría tomar a la sanción/condena judicial desde una perspectiva, no desde el punto de vista resarcitorio -toda vez que en ese campo la Ley de Defensa al Consumidor logra cumplir los fines propuestos-, sino desde una perspectiva preventiva -que es donde la falla de la Ley de Defensa al Consumidor queda en evidencia-⁷¹.

En ese caso, *"La indemnización en este sentido, produciría una mera mejora privada (una restitución de bienestar para el perjudicado), pero no una mejora social, entendido el término "social" simplemente como el agregado de aquello que pertenece a cada uno de los miembros de la sociedad, sean éstos más o menos ricos o pobres. Lo mismo se podría decir no ya pensando en unidades de producción, sino en el mero bienestar de los sujetos. Si alguien produce un daño que podría haber prevenido a un costo menor, y luego, para repararlo entrega dinero o bienes que restauran el bienestar de la víctima, pero disminuyen el suyo, el total de bienestar agregado habrá descendido. Si -de algún modo- se acepta esa visión, tiene sentido procurar evitar el daño, siempre que hacerlo determine una pérdida de bienestar menor que aquella que causaría su acaecimiento."*⁷²

Por ello, justamente si se concibe al sistema de responsabilidad aplicado por la Ley de Defensa al Consumidor en su rol preventivo, podría llegar a resultar más eficiente con el objeto de brindarle una protección al consumidor. Por el contrario, si se concibe la referida ley como un sistema que solamente debe aplicarse cuando efectivamente se produce el daño, entonces, si bien proveerá al consumidor final de un

⁷¹Al respecto opina Hugo A. Acciarri que: *"El análisis económico del derecho pone en evidencia que un daño no es un problema meramente privado entre dos partes, que no sólo afecta a la víctima y al dañador. Supongamos, para ejemplificarlo, que en la sociedad existen apenas dos fábricas idénticas y que el dueño de una destruye la restante. Aunque, como indemnización, luego entregue su fábrica al dueño del establecimiento destruido (la intermediación del dinero es irrelevante a estos fines), esa transferencia podrá recomponer la fortuna de la víctima, pero no el stock de bienes de la sociedad. Sea que el dañador, por esa vía, cumpla con su deber indemnizatorio o que no lo haga de ningún modo, la sociedad perderá igualmente la mitad de sus posibilidades de producción antes tenía dos fábricas y después de acaecido el daño, solo una, con independencia de sus titulares."* (Acciarri, Hugo A., "La tutela urgente indemnizatoria y la eficiencia", SJA 2012/05/02-78; JA 2012 II 552.).

⁷²op. cit.

sistema que pueda brindarle garantías de resarcimiento aptas para hacerlas valer en un sistema como el judicial, no evitará que otros consumidores se vean igualmente perjudicados.

En este contexto, a raíz que la legitimación pasiva que prevé la Ley de Defensa al Consumidor resulta ser difusa, pudiendo hacerle valer su reclamo a cualquier empresa independientemente de su participación real en el daño, no la incentivará en absoluto en realizar medias de prevención concretas para prevenir cualquier siniestro que pueda llegar a ocasionarle, toda vez que dicha deuda asimismo puede ser reclamada en su totalidad a otro legitimado pasivo.

En ese sentido, resulta necesario que la responsabilidad deba ser "estructurada" pudiendo diferenciar claramente la participación real que cada empresa demandada tuvo en el daño provocado al consumidor final y por ello reclamarle a dicha empresa solamente, el total de la sentencia judicial/multa administrativa.

En dicho caso, al poder preverles a los diversos legitimados pasivos un panorama más claro sobre qué tipo de situaciones debieran responder, resultaría más eficiente para que puedan evitar el daño, pudiendo resolver ello a un menor costo que cuando dicho reclamo se hace valer mediante un reclamo judicial donde, tanto los costos reales como los costos de transacción, aumentan significativamente.

"En este punto, podría pensarse que el efecto de prevención general de la indemnización sería suficiente para que el propio dañador se apresurara, voluntariamente, a pagar el costo de la operación oportuna. Si el costo global de esta operación es, como asumí, menor que la posibilidad alternativa (cabe insistir: la posibilidad rival es afrontar el costo de la operación tardía más una suma que compense la diferencia de bienestar), y en todos los casos fuera el dañador demandado quien debiera asumirlos, cualquier sujeto en esa posición, guiado por su propio interés, preferiría un pago temprano (pero mucho menor) a uno tardío (y mucho mayor). Luego, no sería necesario que ninguna orden judicial lo conmine a hacerlo cuando esa situación se verifique. Simplemente, el demandado lo descubrirá y actuará en

consecuencia. Lo hará voluntariamente, sin que el tribunal tenga que disponer una medida coercitiva, con los costos que hacerlo acarrearía."⁷³

Entonces, en este caso, el rol de prevención que puede ser utilizado en la Ley de Defensa al Consumidor, ya sea mediante el método de *General Deterrence* o *Specific Deterrence*, debe promover los incentivos necesarios para que los diversos agentes que conforman la cadena de producción inviertan en herramientas que contribuyan a proveer un producto más seguro para el consumidor final o, en su defecto una mejor redacción del contrato de plan de ahorro o en la atención personalizada en los servicios oficiales que se realizan en los diversos concesionario oficiales.

En el caso de una *General Deterrence*, el monto de la sentencia debería ser lo suficientemente mayor que cualquier herramienta que directamente pueda disminuir considerablemente la probabilidad de los daños. De no hacerlo, la empresa afrontaría una sentencia más costosa.

Del mismo modo, el caso de *Specific Deterrence* el Estado también puede incentivar a las empresas a invertir en los medios de protección necesarios para poder dar una seguridad mayor al conducir el vehículo.

En ambos casos, tanto para el Estado que impone las multas como para el juez que fija el monto de las sentencias judiciales, se requiere que ambos obtengan cierta información acerca de los posibles costos de poder implementar los referidos gastos como así también los posibles beneficios de no hacerlo. De esa forma, la pena representará un incentivo adecuado para las empresas para prevenir los eventuales reclamos que pudieran efectuarles.

Justamente, la desventaja que plantea esta concepción es que, tanto el Estado como el propio juez, cuentan con información incompleta para poder determinar los costos y beneficios marginales de las propias empresas. Por tal motivo, la pena puede ser exageradamente elevada o insuficiente.⁷⁴

⁷³Acciarri, Hugo A. "*La tutela urgente indemnizatoria y la eficiencia*", SJA 2012/05/02-78; JA 2012 II 552.

⁷⁴En ese sentido, cabe observar el análisis efectuado por Viscusi respecto a la cantidad de reclamos que generalmente se terminan arreglando fuera de los juicios iniciados, y la cantidad de reclamos que la empresa se encuentra confiada de esperar un "veredicto" favorable, dado a que las condiciones particulares de dicho reclamo le darían la razón. (Viscusi, W. Kip, "*Product Liability Litigation with Risk Aversion*", The Journal of Legal Studies, Vol. 17, No. 1. (Jan., 1988), págs. 101-121).

Del mismo modo, Viscusi también establece que *“Una vez que se presenta un reclamo, el reclamante debe decidir si desea continuar el reclamo a un veredicto del tribunal, retirar el reclamo o resolver el caso fuera del tribunal. Ir al tribunal es un campo de batalla más costoso, por lo que el incentivo para llegar a un acuerdo extrajudicial es muy fuerte. Si un acuerdo extrajudicial es una opción, el reclamante debe decidir cuánto está dispuesto a aceptar y el productor involucrado debe tomar una decisión análoga.*

*Además de ser un juego secuencial, el proceso de litigio adquiere un interés adicional ya que la combinación de casos observados en cada etapa se determinará mediante un proceso de selección no aleatorio. Como consecuencia, cuando observamos patrones de comportamiento, como la propensión del demandante a ganar un juicio, debemos tener en cuenta que la combinación de casos que observamos ha sido influenciada por decisiones en una etapa anterior ya sea para resolver o retirar un reclamo. Las diferencias en la aversión al riesgo de las partes afectarán esta mezcla al introducir una asimetría en los pagos de las dos partes.”*⁷⁵.

De todas formas, ante dicho panorama, de implementarse este sistema bajo la perspectiva señalada, la empresa simplemente realizará la actividad que le produzca un mayor beneficio o visto de lado de a revés, la actividad que le genere menos costos.⁷⁶

⁷⁵Viscusi, W. Kip, "Product Liability Litigation with Risk Aversion", The Journal of Legal Studies, Vol. 17, No. 1. (Jan., 1988), págs. 101-121: *“Once a claim is filed, the claimant must decide whether to pursue the claim to a court verdict, to drop the claim, or to settle out of court. Going to court is a more costly battlefield, so the incentive to settle out of court is very strong. If an out-of-court settlement is an option, the claimant must decide how much he is willing to accept and the producer of the product involved must make an analogous decision.*

In addition to being a sequential play game, the litigation process takes on added interest since the mix of cases observed at each stage will be determined by a nonrandom selection process. As a consequence, when we observe patterns of behavior, such as the plaintiff's propensity to win a suit, we must take into account that the mix of cases that we observe has been influenced by decisions at an earlier stage either to settle or drop a claim. Differences in the parties' risk aversion will affect this mix by introducing an asymmetry into the payoffs of the two parties.”

⁷⁶En ese sentido, Hugo A Acciarri concluye en su artículo que: *"Retornando la noción de prevención general, se puede ver con claridad que cuando se dan estas posibilidades, ella será insuficiente para conducir al resultado socialmente preferible. En la primera de las posibilidades expuestas, el demandado nunca percibirá la amenaza de pagar una indemnización "correcta", sencillamente porque ninguna será tal, en términos de compensación de bienestar. El el segundo ocurrirá lo mismo porque, en términos reales, nunca pagará una indemnización tan grande como la necesaria para restituir toda la diferencia de bienestar que la víctima pierda por la indemnización tardía. Cuando se den estas condiciones, es sencillo concluir que es el mero efecto de prevención general de la indemnización no conducirá a un*

Por último, Acciarri indica que: "(...) *la perspectiva de afrontar una indemnización menor que la correcta en términos de restitución de bienestar, aun cuando no medien de modo relevante los efectos antes aludidos, siempre resultará más probable. (...) las indemnizaciones por daños personales suelen subvalorarlos es sumamente frecuente y conocida en el análisis económico del derecho, y quizás también sea compartida por la mayoría de abogados.*"⁷⁷

II. La distribución de la pena según el grado de responsabilidad

Ahora bien, tal como ya se ha adelantado en este trabajo, resulta ineficiente y por demás hasta injusto que la responsabilidad solidaria incluya a ciertas empresas que se encuentran dentro de la cadena de producción frente a los reclamos realizados por los consumidores finales, cuando nunca tomaron intervención en la operación denunciada ni tampoco tuvieron un contacto directo con la clientela.

En ese caso, se les asigna ciertos costos no sólo a la hora de imponérseles las multas -toda vez que ya, como quedó establecido, el eventual acreedor podría reclamarles el pago de la totalidad de la obligación- sino también ciertos costos de transacción en cuanto a tener que obligar dentro de los procesos judiciales con todo lo que ello conlleva -pago de honorarios a los abogados, previsión en la contabilidad de los montos reclamados para poder pagarlo al consumidor final en caso de que dicha persona pueda llegar a hacerle valer la sentencia- y al mismo tiempo el hecho de tener que afrontar un nuevo juicio de repetición contra la empresa que verdaderamente causó el daño.

Al respecto, Ben -Shalhar explica que: "*El infractor tendrá incentivos óptimos para cuidarlo siempre que el alcance de la responsabilidad incluya al menos todos los estados del mundo en los cuales la atención del damnificado es una causa necesaria del daño. Si el alcance de la responsabilidad es demasiado restringido y no incluye todos los estados en los que el perjudicador podría alterar la consecuencia nociva con su cuidado, el infractor ignorará algunos de los beneficios sociales de su cuidado: la reducción del daño esperado que se produce en estados del mundo fuera*

pago pronto y parcial del dañador a la víctima que pueda situarlo en la alternativa óptima." (Acciarri, Hugo A., "La tutela urgente indemnizatoria y la eficiencia", SJA 2012/05/02-78; JA 2012 II 552.).

⁷⁷op. cit.

del alcance de la responsabilidad, y estarán infra invertidos en la atención. Si, por el contrario, el alcance de la responsabilidad está restringido de manera óptima e incluye solo las estadísticas del mundo en que la atención del lesionado es una causa necesaria, el lesionador solo soportará el incremento en las pérdidas esperadas debido a sus acciones, y tendrá incentivos óptimos para adoptar un cuidado. Del mismo modo, si el alcance de la responsabilidad no está restringido, de modo que siempre que ocurra un daño, y sin importar el estado del mundo, se responsabilice al infractor, el infractor se ocupará de una atención óptima. Tenga en cuenta que un alcance irrestricto de responsabilidad no distorsiona, en sí mismo, los incentivos del infractor para adoptar un cuidado. Incluso si el infractor es responsable de los daños que su cuidado no podría haber evitado, no ejercerá el cuidado. Tener más cuidado no evitará el daño en los estados del mundo en los cuales la atención no es una causa necesaria, y por lo tanto no reducirá su responsabilidad esperada”⁷⁸.

En ese sentido, la ley falla en su rol preventivo porque simplemente la empresa no tiene la capacidad de prever todos los siniestros que puedan llegar a suceder no sólo con relación al producto vendido, sino también a los riesgos que puedan ocasionar frente al accionar de la empresa.

De ello que la responsabilidad solidaria no sólo no logra prevenir una cantidad importante de daños sino que, muy por el contrario, incentiva aún más por el lado del consumidor final, que se promuevan una mayor cantidad de reclamos y demandas, dado que la ley no incentiva al consumidor a satisfacerse con arreglos pre judiciales.

⁷⁸Shahar, Omri Ben, "Causation and Foreseeability", Tel Aviv University, 1999, pág. 649: “*The injurer will have optimal incentives to take care as long as the scope of liability includes at least all the states of the world in which the injurer's care is a necessary cause of the harm. If the scope of liability is too restricted, and does not include all the states in which the injurer could alter the harmful consequence with its care, then the injurer will ignore some of the social benefits of its care -the reduction in expected harm occurring in states of the world outside the scope of liability - and will underinvested in care. If, in contrast the scope of liability is optimally restricted, and includes only stats of the world in which the injurer's care is a necessary cause, the injurer will bear only the increment in expected losses due to its actions, and will have optima incentives to take care. Similarly, if the scope of liability is unrestricted, so that whenever harm occurs, and regardless of the state of the world, the injurer is held liable, the injurer will engage in optimal care. Notice that an unrestricted scope of liability does not, in itself, distort the injurer's incentives to take care. Even if the injurer is liable for harms which its care could not have prevented, it will not exercise care. Taking more care will not prevent the harm in the states of the world in which care is not a necessary cause, and thus will not reduce its expected liability.*”

Es que en esta situación descrita, el consumidor al estar más incentivado a demandar, elevará la vara de su pretensión a la máxima opción posible de resarcimiento y por ende, su predisposición se inclinará más a esperar una sentencia favorable de un juez, que en el caso de intentar arreglar el litigio por un acuerdo extrajudicial toda vez que el ofrecimiento realizado por las empresas raramente llegue a cubrir sus expectativas.

Más aún, la errónea aplicación de la carga de asumir la responsabilidad de forma incorrecta genera como consecuencia una distorsión, no sólo dentro de la empresa, sino también indirectamente a los consumidores o hacia las empresas que les sea suministrado sus productos para poder elaborar el producto final - que en este caso es el vehículo-.

Por ello es que, si bien resulta más eficiente implementar un sistema de responsabilidad objetiva a raíz de las facilidades que cada parte obtenga a fin de reducir los daños que pudieren llegar a ocasionar fruto de eventuales vicios redhibitorios, la responsabilidad solidaria por el todo no genera un correcto incentivo para que las partes no se vean envueltas en actividades riesgosas.

Por otro lado, si la responsabilidad sería más bien proporcional al riesgo provocado y por ende sería una responsabilidad mancomunada, en vez de ser solidaria en ese caso, las cargas serían impuestas a cada empresa en particular y por ende los costos pudieran ser internalizados por cada empresa responsable del daño provocado.

En efecto, las empresas en dichos casos, no sólo pueden estimar en qué situaciones deberán responder sino que además en qué porcentaje, pudiendo responder por el todo si son las únicas causantes del daño o en una responsabilidad compartida si hubo una concurrencia contra empresas que conforma un eslabón distinto en la cadena de producción.

En ese sentido, es el mismo autor -Omri Ben-Shahar- quien indica que: *“Otra proposición importante hecha por Shavel se refiere a los incentivos de las partes para involucrarse en la actividad que produce el daño. De nuevo, la regla de probabilidad umbral distorsiona los incentivos ex ante. Cuando la probabilidad de causalidad está sistemáticamente por encima del umbral, el infractor será disuadido de participar en actividades bajo el estricto régimen de responsabilidad (Bajo la regla de*

negligencia el infractor toma las debidas precauciones y escapa a la responsabilidad, por lo tanto se involucra en el mismo nivel de actividad excesiva que lo hace en ausencia de incertidumbre sobre la causalidad (...). Del mismo modo, cuando la probabilidad de causalidad está sistemáticamente por debajo del umbral, el infractor escapa a la responsabilidad y, como resultado, se involucra en niveles excesivos de actividad, por negligencia. En cambio, bajo la regla de responsabilidad proporcional, los incentivos del infractor para participar en la actividad son los mismos que en ausencia de incertidumbre sobre la causalidad.”⁷⁹.

En relación a ello, cabe manifestar que la jurisprudencia de nuestro país no ha negado tal posición sino que se ha aplicado en ciertas ocasiones en el fuero comercial.

Ejemplo de ello, es la Sala D que ha dicho que: *"Corresponde distribuir la responsabilidad de cada parte en un 50%, esto es por la excesiva velocidad del vehículo previa al accidente que le produjo al conductor la incapacidad total y permanente, como asimismo la de los demandados (vendedor y del fabricante del automotor) por las fallas en los mecanismos de seguridad que presentó el rodado. Así por tratarse de obligaciones ilíquidas, cabe autorizar el curso de los intereses a partir que cada perjuicio se haya ocasionado; ello conforme la solución aplicada en la doctrina plenaria de la Cámara Civil para el caso de injurias derivadas de delitos y cuasidelitos (CNCiv en pleno, 16.12.1958, "Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transportes, LL 93-667; CNCom Sala D, 21/10/1983, "Marcini, Rubén c/ Banco Alas Cooperativo Limitado).*

Disidencia del Dr. Dieuzeide: En el caso, la atribución de responsabilidad a los codemandados se sustenta en la ley 24240: 40, la constitución en mora a partir del hecho dañoso causado por el vicio de la cosa se sustenta en el principio de

⁷⁹Shahar, Omri Ben "Causation and Foreseeability", Tel Aviv University, 1999, pág. 656.: "Another important proposition made by Shavel concerns the incentives of parties to engage in the activity that produces the harm. Again, the threshold probability rule distorts ex ante incentives. When the probability of causation is systematically above the threshold, the injurer will be over deterred from engaging in activity under the strict liability regime (Under the negligence rule the injurer takes due care and escapes liability, thus engages in the same level of excessive activity as it does in the absence of uncertainty over causation (...). Likewise, when the probability of causation is systematically below the threshold, the injurer escapes liability and, as a result, engages in excessive levels of activity, both under negligence and under strict liability. In contrast, under the proportional liability rule, the injurer's incentives to engage in the activity are the same as they would be in the absence of any uncertainty over causation."

*reparación integral que inspira dicha ley, su modificación por la ley 26361: 54, 3er. párrafo y en la construcción de un sistema de responsabilidad por producto elaborado de base objetiva, con autonomía del régimen resarcitorio respecto de las clásicas órbitas de responsabilidad contractual y extracontractual del derecho civil. Ratifica esta conclusión el hecho de que gran parte de sus disposiciones en este aspecto derivan de la construcción efectuada por la doctrina judicial sobre la base del CCiv: 1113 (v. Hernández, C. y Frustagli, S, en "Ley de defensa del consumidor comentada y anotada", dirigida por Picasso, S. y Vazquez Ferreyra, R.A., t. I, ed. 2009, art. 40, nro. III, p. 500 y nota nro. 1146; id. Santarelli, F.G., op. y t. cit. precedentemente, Título I, nro. II.c. p. 24)."*⁸⁰

En el mismo sentido, Llambías ha dicho que: "*De acuerdo a ese régimen, en términos generales, la medida de la responsabilidad está dada por la previsibilidad del daño ocasionado. Pero si el agente ha obrado con intención dolosa, aquella medida se amplía hasta abarcar las consecuencias casuales o imprevisibles que resultan de conformidad a las miras de aquél (art. 905, Cód. Civil) o, aunque así no fuere, las que en cierta proporción puedan atribuirse al delito cometido (art. 906, Cód. Civil; ver al respecto mi comentario en Arúz Castex y Llambías, "Derecho civil. Parte general", t. 2, núms. 1067 y sigts., especialmente núm. 1075).*"⁸¹

En ese sentido, la responsabilidad proporcional resultaría a *prima facie* un sistema más eficiente para ambas partes: para el caso de las empresas resulta más eficiente porque pueden prever realmente en qué situaciones deben ser responsabilizadas por los hechos que dieron origen a un daño al consumidor final y asimismo, el propio sistema resulta ser una garantía de equidad y justicia para la misma empresa al no tener que responder por operaciones comerciales en las que jamás se vieron envueltas.

Por el lado del consumidor, el sistema de proporción, al igual que el sistema de responsabilidad solidaria, le otorga las mismas garantías de cobro de sus obligaciones puesto que ya de por sí, un concesionario cuenta con un patrimonio lo suficientemente sólido para poder cobrar la deuda y resulta ser innecesario agregar más

⁸⁰CNCom, Sala D, "*Budani Carlos Maria C/ BMW de Argentina Sa Y Otro S/ Ordinario*", (Expte. N 9416/04); 16/05/12.

⁸¹CNCiv, en pleno, "*Gómez, Esteban c. Empresa Nac. de Transportes*"; 16/12/1958; La Ley Online: AR/JUR/26/1958.

empresas al reclamo del consumidor para seguir aumentando el nivel de garantía de cobro. De ello, es que no hay un empeoramiento en los derechos del consumidor, sino que más bien, el particular conoce bien cual será la empresa encargada de pagar la obligación ante cualquier eventual vicio redhibitorio que pueda llegar a producirse.

En este caso, el sistema de responsabilidad mancomunada o en proporción pone a las partes en una situación Pareto Superior respecto al sistema de responsabilidad solidaria. Los consumidores no se ven afectados en lo absoluto respecto a este sistema dado a que la responsabilidad les otorga las mismas garantías de cobro respecto a sus créditos contra la empresa verdaderamente responsable.

Por el lado de las empresa, el sistema de responsabilidad mancomunada o en proporción, al individualizar en qué situación la empresa debe responder ante el consumidor final, permite entre otras cosas que la empresa verdaderamente responsable internalice las eventuales penas y multas que pudieran llegar a imponérsele, produciendo como consecuencia que la misma empresa deba invertir aún más en recursos de seguridad que hacen a los vehículos más seguros.

En este caso -como se mencionó en páginas anteriores-, se producen situaciones en la que hay empresas que terminan respondiendo por reclamos de los cuales no tuvieron relación alguna y que asimismo no están en una situación que claramente puedan prevenir futuros reclamos de la misma índole.

Ejemplo de ello, se produce respecto a los contrato del plan de ahorro. Generalmente en una misma demanda por las llamadas "cláusulas abusivas del contrato" se termina condenando a la empresa administradora del plan de ahorro, al concesionario y a la automotriz. En dichos casos, la condena puede ser ejecutada fácilmente ante cualquier de las tres empresas; de ser ejecutada contra la automotriz y ésta pagar la sentencia, cabe preguntarse ¿De qué forma el pago de la sentencia incentiva a la automotriz a modificar las cláusulas de contrato de plan de ahorro cuando el mismo es redactado y confeccionado por otra empresa totalmente distinta y autónoma que la propia automotriz?

En ese caso, la empresa administradora del plan de ahorro no tiene un incentivo real de modificar su conducta si justamente la responsable de pagar la deuda no resulta ser ella, sino otro sujeto. De esa forma, "las cláusulas abusivas" no son

modificadas y la cantidad de reclamos de igual índole serán iguales o mayores, toda vez que los consumidores al observar que la justicia concedió acciones de responsabilidad por situaciones similares a las de ellos, incentivarán de esa forma a demandar solidariamente a las empresas.

Lo mismo puede suceder respecto a situaciones en las que una automotriz deba pagar en una sentencia condenatoria por la falta de entrega de un vehículo cuyo plazo fue violado por la propia automotriz o situaciones en las que una concesionaria deba responder porque un vehículo vino defectuoso directo de fábrica produciendo varios daños al consumidor final.

En dichos casos, cabe preguntarse que rol jugaría el sistema de responsabilidad civil, no desde el punto de vista de su rol compensatorio sino desde su punto de vista preventivo.

Para dicha perspectiva, cabe mencionar que fue el renombrado autor Guido Calabresi quien concibió al sistema de responsabilidad civil en su rol de prevención.

En este caso, el propio autor divide el rol de prevención en dos fases: *Specific Deterrence* y *General Deterrence*. La fase de *General Deterrence* es la dimensión de la prevención sobre la cual el potencial dañador - antes de que el daño efectivamente se produzca- primero estima cuánto es el beneficio que puede llegar a ganar si realiza ciertas actividades de prevención para que el daño no ocurra, y cuánto es el costo que le puede traer si tiene que pagar una eventual indemnización si decide efectivamente realizar el daño. Una vez que el individuo sabe aproximadamente cuánto es el beneficio y el costo, decidirá si efectivamente le conviene realizar la conducta dañosa o no efectuarla.

En la dimensión de *Specific Deterrence*, cuando se presente una acción ajena a la del individuo para prevenir el daño, que es la del Estado. El Estado por medio de diversas herramientas - ej. el secuestro de un arma o la clausura de un negocio - impide que ciertas actividades sean llevadas a cabo. De esta forma, el Estado le quita al individuo la posibilidad de decidir si le conviene realizar o no la conducta dañosa teniendo en cuenta sus costos y beneficios.

Claramente, ambos sistemas presentan ventajas y desventajas que deben ser tenidas en cuenta para poder ser implementadas a la hora de determinar correctamente que los productos finales adquiridos por los consumidores finales no produzcan los eventuales daños que terminarán provocando el inicio de un sumario administrativo o un juicio ante los juzgados civiles y comerciales.

Los inconvenientes que provoca la dimensión del *General Deterrence*, se presentan en situaciones donde el responsable resulta ser insolvente para poder pagar la eventual sentencia condenatoria -poco frecuente en estos casos pero que igualmente se puede presentar ante un posible concurso o quiebra de por ejemplo el concesionario-.

Para este tipo de caso, en los que hay insolvencia, el *General Deterrence* resulta insuficiente dado a que tal como lo explica el Dr. Acciarri "(...) *sus incentivos para invertir en medidas de prevención se reducen correlativamente al incremento de la diferencia entre el valor de sus bienes y el valor del daño.*"⁸²

En ese sentido, frente a dicho panorama se genera inevitablemente la distorsión por la cual el eventual responsable -como sabe que no va a poder responder frente a una indemnización- carece de los incentivos suficientes como para poder tomar acciones preventivas del daño⁸³.

Para los casos en los cuales el concesionario esté en una situación de cesación de pagos frente a los eventuales reclamos por la falta de entrega de los vehículos al consumidor final, la salida más eficiente, rápida y conveniente sería la de accionar directamente contra la automotriz dado a que difícilmente el concesionario pueda cumplir con su prestación y adicionalmente, el mismo concesionario ante una situación de insolvencia patrimonial no da una garantía sólida de que pudiere llegar a pagar una eventual condena judicial.

Para el caso del *Specific Deterrence*, la principal desventaja que presenta es que el Estado generalmente desconoce a ciencia cierta cuánto es el beneficio obtenido por una empresa frente a una conducta abusiva realizada a uno o varios

⁸²Acciarri, Hugo A. "*Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*", La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 73.

⁸³Para profundizar más en este asunto, el Dr. Acciarri en su capítulo IV ofrece un análisis minucioso sobre dos tipos de insolventes: aquellos que se encuentran en ese estado por un situación no querida y aquellas que racionalmente deciden realizar ciertos actos prohibidos por la ley para poder desarrollar ciertas actividades riesgosas sin tener que responder frente a una eventual sentencia indemnizatoria.

consumidores finales como por ejemplo puede llegar a ser en el aumento deliberado de las cuotas previstas en la financiación de un plan de ahorro o en el cobro de ciertos servicios que el consumidor verdaderamente no pretendió contratar.

Como se puede observar, para este tipo de casos es preferible la aplicación de un sistema de *General Deterrence* que -frente a la falta de información con la que cuenta el Estado- pueda analizar específicamente los costos y beneficios del potencial dañador y, en base a ello, condenarlo de manera tal que no le sea beneficioso realizar dicha actividad frente a una condena multimillonaria.

Para estos casos, el sistema de responsabilidad solidaria al no dar claras pistas sobre qué sujeto indefectiblemente terminará finalmente pagando el daño ocasionado al consumidor final, no provee como consecuencia un adecuado sistema de prevención tal como lo indica el propio Guido Calabresi.

En efecto, el propio autor indica que: *“Las metas de disuasión en la ley de responsabilidad civil se pueden describir como aquellas que buscan minimizar la suma de los costos de lesiones y los costos de seguridad. Estos objetivos deben lograrse no mitigando la carga de los costos que ya se han producido, sino creando incentivos para que las personas eviten las futuras lesiones que valgan la pena evitar y logren una compensación óptima entre seguridad y lesiones en un mundo donde la seguridad no es un bien libre, y por lo tanto, la lesión no es un mal total.”*⁸⁴.

En el mismo sentido, Hugo A. Acciarri manifiesta que: *“(…) vinculada con la distribución interpersonal e inter temporal de los costos generados por los hechos dañosos y relacionada con la vinculación entre dinero y bienestar. Se sostiene que la pérdida de una suma importante de dinero, que ocurra de una vez y para una sola persona, afecta su bienestar de un modo muy significativo, mientras que distribuir una pérdida monetaria igual entre muchos o trasladada a alguien considerablemente más rico afecta el bienestar de los nuevos perjudicados menos que a la víctima originaria. En otras palabras, si fuera posible comparar las dosis de la disminución de bienestar,*

⁸⁴Calabresi, Guido, "Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.", Yale law School Legal Scholarship Repository, 01/01/1975, pág. 77: "Deterrence goals in tort law may be described as those which seek to minimize the sum of injury costs and safety costs. These goals are to be achieved not by mitigating the burden of costs that have already occurred, but by creating incentives so that people will avoid those future injuries worth avoiding and thus achieve an optimal tradeoff between safety and injury in a world where safety is not a free good, and hence injury is not a total bad."

*advertimos que la víctima que no comparte su pérdida con otros sufre una disminución de bienestar mayor que la suma de todas las dosis de bienestar que pierden aquellos que afrontan, en conjunto, el pago de una cantidad de dinero idéntica. Lo mismo, que una víctima más pobre sufre más por la misma pérdida de dinero que una persona considerablemente más rica que pierda esa misma cantidad. Con la distribución intertemporal suele asumirse algo similar: en términos muy generales, es mayor la mengua de bienestar causada por una pérdida importante de dinero de una sola vez que la pérdida de esa misma cantidad distribuida a través del tiempo (...). Asignar, en todos los casos, a quien prima facie aparece como víctima sumas importantes de dinero puede disminuir -aunque no en todos, al menos en muchos casos- sus incentivos para prevenir. Perseguir únicamente celeridad procesal, por su parte, puede conducir a incrementar la posibilidad y magnitud de error judicial y sus costos sociales asociados."*⁸⁵

En ese caso, corresponde que justamente -tal como se mencionó en puntos anteriores- que se defina bien la causa que dio verdaderamente el origen al daño provocado hacia el consumidor final. Una vez que se puede definir ésta, entonces se podrá también identificar correctamente el sujeto pasivo que debe resarcir a la víctima.

Además, y en otro sentido, se puede establecer de ante mano una multa/condena judicial lo suficientemente alta que pueda prevenir el daño al incentivar a la empresa a que adopte todas las medidas de seguridad necesarias antes de que el vehículo salga a la venta⁸⁶.

En este orden de casos, la responsabilidad solidaria e ilimitada a toda la cadena de producción no sólo no logra dar un incentivo lo suficientemente significativo para que toda la cadena de producción adopte los medios necesarios para prevenir el

⁸⁵Acciarri, Hugo A. "La Tutela urgente indemnizatoria y la eficiencia", SJA 2012/05/02-78;JA 2012-II-552.

⁸⁶En ese sentido, Guido Calabresi manifiesta que: "As such, the fact that an activity is causally linked to an injury is a necessary but not a sufficient condition for the imposition of collective deterrence restrictions. Therefore, to define the prerequisites of liability under a collective deterrence standard it is necessary to look to other causation requirements." - Como tal, el hecho de que una actividad esté causalmente vinculada a una lesión es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición de restricciones colectivas de disuasión. Por lo tanto, para definir los requisitos previos de responsabilidad bajo un estándar de disuasión colectiva, es necesario tener en cuenta otros requisitos de causalidad.- (Calabresi, Guido "Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.", Yale law School Legal Scholarship Repository, 01/01/1975, pág. 79).

daño, sino que además crea un incentivo por mas decir, excesivo para que innumerables consumidores se amparen en la normativa de la Ley de Defensa al Consumidor para iniciar cualquier tipo de reclamo a cualquier tipo de empresa sin importar qué papel hayan tomado en su situación particular.

Ahora bien, dicho sistema creó como resultado una evidente distorsión que genera que las empresas demandadas se pasen la culpa unas a otras sin dar una solución acabada y que asimismo la actitud de ellas no se modifique hacia el futuro para casos similares que puedan llegar a presentarse.

En ese sentido, la distorsión creada por la Ley de Defensa al Consumidor en su afán de otorgarle más y más herramientas al propio consumidor final para poder equilibrar la relación contractual con todas las empresas genera que en ese sentido se cree una situación donde: no hay por parte de las empresas un incentivo lo suficientemente significativo para no beneficiarse a costa del deudor, toda vez que podrá ser otra quien deba pagar el daño al poder incluir a varias en un mismo reclamo; en consecuencia, el consumidor final en algunas situaciones no termina recibiendo una solución acabada a su reclamo; a su vez habrá una innumerable cantidad de reclamos similares hacia el sistema de atención al cliente de la propia concesionaria y/o plan de ahorro que no habrán modificado su conducta.

Otra posible alternativa que pudiera llevar, el sistema de responsabilidad solidaria a un sistema de responsabilidad proporcionada que pueda verdaderamente identificar y, en consecuencia, lograr internalizar las multas y/o condenas judiciales, sería mediante el derecho de preferencia.

En los casos en los cuales, por ejemplo se demanda a un concesionario y a una automotriz, por una mala información brindada por el concesionario sobre el tiempo en que un vehículo debiera ser arreglado, la automotriz no tiene un papel directo en este tema y por ende no ofrecerá ninguna solución al consumidor final, más que solicitar al consumidor final que redirija su reclamo contra el concesionario.

Por el lado del concesionario, al estar en una situación más cercana y directa respecto a la situación en particular que se le presenta, efectivamente puede evaluar mejor si corresponde realizar un ofrecimiento que pueda resarcir el daño

ocasionado o, rechazar el mismo si advierte que el consumidor final realmente resulta estar equivocado en su reclamo.

En dicho panorama, podría ser conveniente que la automotriz, advirtiendo que ya de por sí el patrimonio solamente del propio concesionario ofrece una garantía lo suficientemente fuerte para poder responder ante cualquier eventual sanción que pudiere llegar a imponérsele, en virtud del trato dado al consumidor final, no estaría de más que pueda ejercer una especie de derecho de preferencia. En este caso, la automotriz puede exigirle al consumidor final que primero demande al concesionario y sólo para el caso en que el mismo se encuentre en concurso o quiebra, recién ahí podrá ofrecer su patrimonio como garantía de cualquier sanción que pudiere llegar a imponérseles - claramente también pudiendo poner las excepciones que dan al caso en particular-.

En este caso, el derecho de preferencia funcionaría como un remedio legal para evitar que varias empresas, ante un mismo reclamo, deban afrontar diversos costos que en términos de justicia no deberían si nunca intervinieron en los hechos que dieron lugar al reclamo.

Del mismo modo, el derecho de preferencia resulta también apto para reencauzar la acción legal hacia aquel agente de la cadena de producción que verdaderamente resulta responsable del reclamo y por ende ser el encargado de responder por los daños y perjuicios ocasionados al consumidor final.

Es que en ese sentido, no está de más decir que la responsabilidad solidaria e ilimitada, de alguna forma se aleja del verdadero interés del consumidor, al dejar una puerta abierta para que el consumidor final afectado pueda incorporar a su libre arbitrio con toda aquella empresa que haya tenido o no contacto pero que, por el simple hecho de aparecer su nombre inscripto en el contrato o su logo, deba afrontar los daños y perjuicios.

En ese sentido, justamente el verdadero interés del consumidor no se encuentra en iniciar un juicio contra una cantidad indeterminada de empresas de las cuáles todas atribuirán la responsabilidad a otra. Verdaderamente, el interés del consumidor se centra en encontrar una solución definitiva a su reclamo que no la encontrará por el simple hecho de agregar a la automotriz y a todos los concesionarios que utilicen la marca para vender los vehículos.

Más aún, en muchas situaciones se presenta el hecho que el consumidor final se encuentra disconforme con el servicio de un sólo agente de la cadena de producción, mientras el resto de los agentes resultan ser indiferentes para el propio consumidor.

Ejemplo de ello es el mal trato brindado por el concesionario al momento de intentar reparar el vehículo. Para esos casos la Ley de Defensa al Consumidor prevé la responsabilidad solidaria e ilimitada para la automotriz y el concesionario. Ahora bien, si el vehículo fue adquirido mediante la financiación de un plan de ahorro y en su reclamo se incluye al concesionario, la automotriz y la empresa administradora de plan de ahorro, en ese caso, el consumidor final querrá ver una multa o una eventual condena contra la propia concesionaria quien dio un trato indigno al consumidor final y asimismo será indiferente si la misma multa resulta ser aplicada a las otras dos empresas restantes.

Ahora bien, como también se mencionó al momento de plantear el problema, otro elemento que también genera una fuerte distorsión al momento de identificar los verdaderos responsables frente a los reclamos formulados por cada uno de los consumidores finales es la aplicación misma de la ley tanto por la Administración como por el Poder Judicial.

En ese caso, el Poder Judicial formula sus reservas al momento de aplicar la Ley de Defensa al Consumidor para ciertos casos. Ejemplo de ello es la entrega de un vehículo o la retención de cierta documentación necesaria para adquirir un vehículo. La Cámara Comercial ha dicho en reiteradas situaciones que la responsabilidad solidaria e ilimitada no se aplica para dichos casos puesto que la misma esta específicamente establecida para situaciones donde se presentan vicios o riesgo del vehículo vendido.

Por tal motivo, la tendencia actual es la de desligar a la automotriz de todo reclamo fundado en la demora en la entrega de un vehículo y solamente condenar al concesionario quien resulta estar justamente en mejor condición que el resto de los agentes de la cadena de producción para solucionar la eventual controversia que pudiere llegar a existir.

Ejemplo de ello ha sido la Sala E que ha dicho que: "*Si ha quedado demostrado que la conducta antijurídica que la accionante imputara en su demanda*

*-retención de documentación del vehículo adquirido en una concesionaria- y de la cual se derivara el resultado dañoso, no resultó perpetrada por el concedente, ello impide considerar que haya mediado responsabilidad de parte de la terminal automotriz; asimismo, cabe destacar, que si bien la Ley 24240: 40 impone responsabilidades a cargo de distintos integrantes de la cadena de comercialización tendiendo a proteger más eficazmente los derechos de los consumidores, lo cierto es que dicha norma se refiere a la responsabilidad solidaria por el daño que resulta del vicio o riesgo de la cosa, y no a otros supuestos (cfr. el dictamen del Procurador General en "Llop, Omar Mateo c/Autolatina Argentina SA", que la Corte Suprema hizo suyo en sentencia del 01/06/2004). (En igual sentido: Sala E, 29.6.12, "Clemente Pablo Gabriel C/Daimler Chrysler Argentina S.A. y Otro S/ Sumarísimo")."*⁸⁷

Del mismo modo, la Sala A ha dicho que: *"El contrato de concesión puede ser conceptualizado como aquel conforme al cual una de las partes -el "concesionario"-, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga, mediante una retribución, a disponer de una organización empresaria para comercializar determinada mercadería provista por el restante contratante -la "concedente" o "terminal"-, así como a prestar los servicios relacionados y proveer los repuestos y accesorios, con o sin exclusividad, según haya sido convenido. De allí que su objeto negocial, antes que la compraventa aislada y sucesiva de vehículos o repuestos, esté constituido por su comercialización. Por tal motivo resulta relativo circunscribir la figura al segmento exclusivo de la compraventa de bienes, toda vez que la concesionaria no los adquiere para sí, sino para facilitar su adquisición por parte de los particulares, sin perder la primera la condición de intermediaria, de eslabón de un desarrollo comercial del que procura, al igual que la concedente, la obtención de un beneficio económico (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 13.06.2008, mi voto, in re "Ernesto P. Amándola S.A. c. Peugeot Citroën Argentina S.A."; ídem, 14.12.2007, in re "Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A. y otro"; ídem, 15.02.2008, in re "Rot Automotores S.A.C.I.F. c. Sevel Argentina S.A. y otro"). En efecto: la calidad de empresarios de ambas partes determina que entre ellos no haya transmisión de riesgos, sino que ambas partes asuman sus propios riesgos; uno como fabricante o importador y el otro como comerciante que vende al público esos productos (cfr. Villegas, Carlos G.,*

⁸⁷CNCom, Sala E, "Cisneros, Inés Beatriz y Otro c/Taraborelli S.A. y Otro S/Ordinario." (Expte. N 83637/02), 22/12/09.

"Contratos mercantiles y bancarios", t. I, Buenos Aires, 2005, pág. 755). Repárese en que el concesionario no es un empleado ni actúa como comisionista del concedente, de manera que no recibe retribución de éste, ni como sueldo, ni como comisión. El concesionario es un empresario independiente, que obtiene sus ingresos de la diferencia entre el precio de compra de los productos al concedente y del precio de venta al público. Esa diferencia constituye su ganancia y con ella debe afrontar todos los gastos y riesgos de su negocio, así como la amortización de sus inversiones. De ese modo, es claro que a la autonomía e independencia del concesionario se une, como consecuencia, la asunción de los riesgos económicos de la actividad. Trátase, pues, de un típico contrato interempresarial de colaboración que participa de las generalidades del de "distribución"; los concesionarios tienen cierta integración con la terminal o concedente y quedan sometidos a su dirección, con subordinación económica y técnica. Cumplen así una función de intermediación económica -no jurídica- entre el fabricante y el consumidor final, vendiendo -como se adelantó supra- en nombre e interés propios, siendo la terminal -en principio- ajena a esa relación, sin resultar alcanzada, por ende y también, como regla, por sus efectos (cfr. esta CNCom., esta Sala A, 14.12.2007, in re "Tommasi Automotores S.A. c. Ciadea S.A..." y 15.02.2008, in re "Rot Automotores S.A.C.I.F. c. Sevel Argentina S.A. y otro", citados supra; cfr. Sala B, 24.09.1998, in re "Campanario, P. S.A. c. Plan Ovalo S.A.", LL 1998-F, 262—DJ, 1999-2, pág. 56; idem, 08.05.1987, in re "Automóviles Saavedra S.A. c. Fiat Argentina"; Sala D, 23.12.1996, in re "Microómnibus Saavedra S.A. c. Vázquez S.A. y otro", LL, 1987-D, 419). En ese marco -tal como se ha sostenido-, la calidad de empresarios que revisten tanto la concedente como la concesionaria determina que entre ellas no haya transmisión de riesgos, lo que determina que ambas asuman sus propios riesgos empresarios, que son -en definitiva- la contraprestación de los beneficios económicos aludidos. De lo hasta aquí expuesto se sigue que las concesionarias no actúan por cuenta y orden de la concedente, sino que lo hacen en nombre e interés propios, siendo, en definitiva, las primeras quienes contratan directamente con el cliente."⁸⁸

Asimismo, también se puede observar un criterio similar en la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires que ha dicho que: "En efecto, ponderaron los camaristas intervinientes que la existencia de una ostensible e incontrovertida

⁸⁸CNCom, Sala A, "Tensolac S.A. c/Alra S.A. y otro s/ordinario"; 27/12/2012; AR/JUR/77670/2012

publicidad efectuada por cuenta y orden de la empresa demandada, cuyos términos integran el contrato celebrado entre consumidor y la otra parte de acuerdo a lo previsto en el art. 8 de la ley 24.240, goza de aptitud suficiente para demostrar la vinculación estrecha existente entre la fabricante (concedente) y el vendedor (concesionario), echando por tierra terminantemente al argumento de la independencia entre uno y otro, enarbolado como sostén de la decisión tomada en el caso "Hyundai" con carácter general (nótese que se repite sempiternamente la alocución "en principio" cada vez que se hace referencia a esta idea). Y en ese discurrir, sostiene que la "antijuridicidad" en los términos del art. 1109 del Cód. Civil. Exigida por V.E. para responsabilizar a la aquí demandada, se patentiza en atención a la falta de entrega de un rodado que había sido pagado en forma íntegra. Y para cimentar esta postura discurrió el a quo en la naturaleza y caracteres del contrato de concesión, figura atípica y de uso más que frecuente en la práctica comercial de venta de automotores, así como en el fenómeno de la imperiosa conexión existente entre los distintos eslabones que conforman la cadena de fabricación, distribución y venta de un producto para que éste salga al mercado. Teniendo en consideración esta suerte de "cadena" en la que un eslabón funciona como causa y a su vez consecuencia de otro, frente a la circunstancia de haberse pagado en forma total un vehículo que al postre no fue entregado, estimo que correspondía —sin más— decretar la responsabilidad del fabricante-concedente. Máxime cuando éste último de acuerdo a las condiciones estipuladas típicamente en todo contrato de concesión, ejerce o debe hacerlo en teoría, "un control permanente" de la contabilidad del concesionario (de "su" concesionario), de sus balances, provisiones financieras y contratos realizados, así como además se encarga de fijar los precios de los vehículos y las cuotas que por ellos deben pagarse. De ello desprende sin hesitación la Alzada, que existe una suerte de subordinación del concesionario al concedente, sin perjuicio de la autonomía patrimonial y jurídica que de ellos se pudiera predicar y de la que ellos puedan teóricamente gozar. Y desde dicha plataforma es que concluye que no se pueda afirmar que la fábrica concedente sea extraña ni ajena al vínculo que une al vendedor con el consumidor, circunstancia que, a su entender, conduce derechamente a decretar su plena responsabilidad por la falta de entrega del rodado en cuestión. Ello así, además, pues lejos de ser el concedente un tercero totalmente ajeno a la relación entre el concesionario y el adquirente, es quien utiliza una red de distribución integrada por sus propias y, a veces, exclusivas

concesionarias, para poder colocar sus productos en el mercado. Asume entonces frente al comprador (consumidor) una verdadera "obligación de resultado" con sustento en un imperativo no sólo ético sino también práctico pues no puede cumplir con la venta si no se perfecciona ésta a través de sus concesionarias. Y en ese hilo conductor de su discurso concluye que ha de mediar un fuerte respaldo del concedente al concesionario, idea que trasladada al ámbito del consumo implica afirmar que el comprador pueda creerse con derecho a que el fabricante deba responder frente a cualquier problema que se suscite en la operación de venta, albergando una legítima expectativa acerca de que ello resulte así, confiando en quien se presenta con suficiente envergadura frente al público como solvente y con trayectoria. Y así lo funda la Cámara en el texto del art. 1198 del Cód. Civil que al referirse a la "buena fe-creencia" edicta que los contratos deben interpretarse y ejecutarse "de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Relata que la fábrica no se encuentra per se habilitada a realizar el servicio de venta, motivo por el que acude al contrato de concesión para delegar en terceros este "tramo" de su negocio (colocación de los automóviles en el mercado). Concluye que ello no puede desembocar en su desresponsabilización sino que, por el contrario, debe ella actuar en todo su despliegue de manera eficiente y diligente a los fines de ejecutar el sistema que previamente montó y que ofrece al público, despliegue que en el caso de autos no se ajustó a los requerimientos señalados. Por lo tanto, con sustento en la protección que sin cortapisas establece el art. 42 de la Constitución Nacional para los consumidores, en lo normado por los arts. 1, 4, 5, 8, 37 y 40 de la ley 24.240 y en el espíritu protectorio que insufla toda la legislación específica, así como en el art. 1198 del Cód. Civil no puede más que predicarse la plena responsabilidad de la concedente frente al usuario en un caso como el que aquí se debate. En esta tesitura, ya para finalizar, entiende la Cámara que es dable realizar un parangón entre la situación fáctica planteada en este expediente con las hipótesis previstas en el art. 40 de la ley 24.240, entendiéndolo por analogía aplicable en cuanto establece una suerte de "cadena de responsables" frente al consumidor final. Ahora bien, tal como ya adelantara párrafos arriba, soy de opinión que V.E debe rechazar el recurso impetrado en función de los motivos que expondré a continuación. Deviene oportuno efectuar una síntesis de los hechos que motivaron la promoción del presente juicio: el actor compró un auto en la agencia de venta al público TAXA S.A. Lo reservó pagando una suma a

cuenta en abril de 1999 y en junio integró su precio total prometiéndosele la entrega del rodado para ese mismo mes. El vehículo nunca se le entregó. La concesionaria cerró sus puertas días después y Peugeot Citroën S.A. (hoy SEVEL S.A.) revocó la concesión con fecha 1 de septiembre de 1999. La demanda fue directamente promovida contra la concedente, y la concesionaria no fue traída a juicio por ninguna de las dos partes del proceso. Incontrovertidas llegan a esta sede casatoria las circunstancias del pago íntegramente efectuado y de la falta de entrega del rodado adquirido. Lo que se erige aquí como cuestión central que debe ser objeto de dictamen es si corresponde atribuir responsabilidad a la concedente por la falta de entrega del rodado por parte de la concesionaria. Y mi respuesta habrá de ser afirmativa propiciando ante V.E. se desestime la queja traída, no obstante el loable esfuerzo desplegado por el recurrente en su confección, ratificándose el criterio sostenido por el a quo, a su vez confirmatorio del que alimentara la sentencia de primera instancia. Ciertamente es el contenido de la doctrina legal que trae el quejoso como infringida por el pronunciamiento cuestionado. En efecto, en el precedente por él citado V.E. desvinculó a la concedente de la responsabilidad frente al usuario por la falta de entrega de un vehículo, resolviéndose —en esencia— que no puede responsabilizarse a ésta por un acto propio de la concesionaria. Más ello no puede erigirse así —lacónicamente— en una pauta rectora absoluta sino que razones de toda justicia imponen meritar cada caso en concreto a los fines de establecer una solución ecuánime y ajustada a derecho frente a las particulares situaciones de cada causa, y sus circunstancias de tiempo, modo y espacio. Por otro lado, advierto con cierto disfavor que el recurrente —en su intento por rebatir lo resuelto— se aferre únicamente a una interpretación rígida y estricta de la doctrina legal que cita pretendiendo su aplicación mecánica y automática a esta litis, lo que en mi apreciación no resulta posible. El vértigo propio de los tiempos que corren impone precisamente una relectura de sus términos que no pierda de vista la protección del consumidor, protección que ha de anteponerse a la clásica lectura de los preceptos de estricto corte civil y/o comercial. Ello equivale a sostener que no se pueda soslayar sin más la ponderación de circunstancias tales como el pago total por el consumidor del precio de una cosa y la falta de entrega del producto quitando del escenario que allí se representa el respaldo que a toda la operación brinda una fabricante-concedente-vendedora con suficiente solvencia patrimonial. A lo señalado se aduna otro factor determinante: el tráfico mercantil y la necesidad de protección de nuevas situaciones

que surgen en el escenario de la realidad y que el derecho no debe desconocer. En pos de ello la tutela a los consumidores, como parte débil en la negociación y por ello ávida de soluciones tuitivas, viene creciendo a pasos exponenciales a consecuencia del amplio contenido que consagra el art. 42 de la Constitución Nacional tanto en doctrina como en jurisprudencia. La solución final brindada en el precedente "Hyundai" data del año 2007, pudiendo afirmarse que desde entonces hasta la fecha del presente toda la materia protectoria del consumidor ha sido amplificada a nuevos entuertos que la involucran. Prueba de ello tenemos que la jurisprudencia dominante y la doctrina se han hecho eco de la protección sin cortapisas que merece este derecho (sólo por citar algún antecedente ver causas "Cardelli, Natalia J. c. Fiat Crédito Compañía Financiera S.A. y otros s/ ordinario", sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, en 28/08/2012, cita on line AR/JUR/4974/2012; "Vázquez, Amadeo c. Fiat Auto Argentina S.A. y otro", sentencia de la misma Cámara, Sala A, del 13/05/2009, publicado en La Ley 2009 F, 8; entre otros fallos similares) Así las cosas, frente al panorama que se plantea en la realidad normativa actual, reitero que el quejoso se apoya en la literalidad de los términos de la doctrina legal que trae, pretendiendo sean ellos férreamente aplicables a los hechos de esta litis, hipótesis que en mi apreciación no resulta una pauta de trabajo razonable para el quehacer judicial que debe estar atento, por un lado, a las particulares circunstancias de cada causa a resolver y, por el otro, a las ondulaciones que las soluciones legales pueden presentar frente al devenir de los tiempos. Ello, no sin advertir que las ideas allí sentadas, referidas a la autonomía e independencia entre concedente y concesionario son indefectiblemente plasmadas en el fallo de V.E. siempre y en todos los casos "en principio", dejando a salvo la posibilidad de darle cabida a una idea contraria que sea la solución adecuada en otro supuesto. Es mi opinión que dicha autonomía puede predicarse de una lectura de sus estatutos estáticamente considerados; o dicho en otros términos sólo formalmente puede ser así. Más la realidad demuestra (muestra directamente) que existe una fuerte y directa vinculación en el funcionamiento de estas dos figuras "independientes" dato de la cotidianeidad práctica que desmantela, en los hechos, la pretensa separación de responsabilidades. Y si a la dinámica interpretación de la doctrina legal adherimos fallos señeros de V.E. a los que rendimos tributo ya que ellos resultan ser pautas rectoras de los caminos que deben transitar los tribunales inferiores provinciales, es oportuno recordar aquí lo resuelto en la causa "Quadro,

Roberto c. Abdala Auto S.A. s/ daños y perjuicios", C. 100.249 del 15 de abril de 2009 —citada por la Cámara en la sentencia en crisis—. Dijo allí V.E. en un caso similar al que aquí nos convoca: "la inexistencia de dependencia entre concedente y concesionario no implica la ausencia de conexidades contractuales que puedan derivar responsabilidad por el actuar de alguno de ellos". Y confirmó la solución brindada por la Cámara allí interviniente en tanto la solución de grado venía sustentada en "el fenómeno de la conexidad contractual, recuperando en el caso el sentido general del negocio a pesar del fraccionamiento de los diferentes contratos que lo conforman. Desplazó así la idea de cada convención como fenómeno aislado y discontinuo. Instaló la cuestión en el terreno del Derecho del Consumo y descansó sólidamente en el principio de buena fe (art. 1198 Cód. Civil)... Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto de la operación teniendo en cuenta además que este universo incluye en su tramo final a un consumidor". Tenemos entonces que el fenómeno de la vinculación contractual, que surge por otra parte del discurso de la propia demandada, actúa por sí solo con aptitud suficiente para responsabilizar a todos los integrantes de la red contractual íntegramente concebida, aspecto que tampoco se ve desmerecido por el recurrente lo que trasunta, en definitiva la insuficiencia de su queja en este aspecto (conf. art. 279 del Cód. Procesal Civ.) Desde otro vértice, el ataque a la interpretación que del art. 40 realiza la Alzada tampoco es bastante para lograr el cometido recursivo ya que aún, de considerárselo válido, la sentencia se mantiene erguida por lo dicho con más el sustento en el art. 1198 y diversas normas protectorias del consumidor, cuanto menos en su consagración constitucional. Si bien lo predicado respecto del art. 40 puede ser eventualmente cierto, no lo es menos que el fallo acude a dicha norma en último término, podría decirse a mayor abundamiento y los jueces no hacen más que parangonar la situación con la allí prevista interpretando por analogía la cadena de responsabilidad que resulta aplicable al sub lite. Sin embargo, tal como ya fuera apuntado en modo alguno la sentencia utiliza dicha norma, ni se apoya en esta interpretación analógica como principal argumento de su resolución, manteniéndose de esta forma indemne todo el andamiaje que tiene sustento, como dijera, fundamentalmente en lo prescripto a nivel constitucional en el art. 42 de la Carta Nacional, y en las normas específicas citadas de la ley 24.240, cuyo principal

*objetivo es tutelar al consumidor en casos en los que se encuentra desprotegido frente a una práctica comercial determinada (recordar que el accionante pagó la totalidad del precio del vehículo y no recibió nada a cambio). Otra idea vertebral del pronunciamiento, que no obstante el embate recursivo desplegado en su contra permanece inhiesta, se apoya en la buena fe-creencia que se desprende meridianamente del primer párrafo del art. 1198 del Cód. Civil. El actor razonablemente pudo creer que contrataba con Peugeot Citroën S.A. en función de la publicidad efectuada por cuenta y orden de esta empresa. Máxime considerando que en el derecho del consumo el contenido de la oferta integra el contrato y vincula a quien la efectúa (conf. arts. 7 y 8 de la ley 24.240), robusteciéndose este razonamiento con la vinculación contractual a la que ya hiciera referencia anteriormente, nexa o conexión que se revela —además— por conducto de este único acto publicitario efectuado en forma conjunta por concedente y concesionaria, de cuyos términos sacan provecho económico ambos sujetos involucrados. En síntesis, la respuesta brindada por la Alzada encuentra sustento en diversos argumentos que individualmente tienen aptitud para construir el fallo y que interactuando en conjunto —en perfecta sinergia— conforman una sólida y justa solución; ellos son la buena fe-creencia, el deber de no dañar injustamente al otro, los alcances de la publicidad y sus efectos, el fenómeno de la vinculación contractual (reconocido paradójicamente por la propia demandada) y las relaciones de subordinación y control que se establecen entre las distintos sujetos que la integran, el provecho económico que se obtiene con la colocación del producto en el mercado, y la interpretación en favor del consumidor que debe imponerse frente a casos de dificultosa ponderación (conf. art. 37 ley 24.240). Todo esto aunado, con su consecuente fundamentación legal en cada caso (arts. 42 CN, 1109 y 1198 del Cód. Civil; arts. 7, 8 y 37 de la ley 24.240) me lleva a propiciar ante V.E. el rechazo del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que dejo examinado (conf. art. 289 del Cód. Procesal Civ.)."*⁸⁹

Ahora bien, para este tipo de asuntos, los criterios mencionados por la jurisprudencia no son compartidos por la administración ya sea a nivel provincial como así también a nivel nacional no importa en qué consista el reclamo, aplican la

⁸⁹Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; "Iarritu, Marcos Gabriel c. Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual"; 18/06/2014; La Ley Online AR/JUR/33329/2014; Causa: C.116.878

responsabilidad solidaria e ilimitada no importa si hubo empresas en la cadena de producción que no tuvieron ninguna responsabilidad en los daños ocasionados, sino además para empresas que nunca intervinieron en la operación comercial y que no pueden realizar ningún ofrecimiento a raíz de la posición en la cadena de producción que ocupan. Así dadas las cosas, el simple hecho que para la elección del consumidor final, la responsabilidad solidaria se aplique de forma distinta para una u otra empresa genera una distorsión de cómo las empresas encararán ante eventuales reclamos que puedan llegar a ocasionarse y ello impactará irremediabilmente en su conducta a fin de ofrecer un producto final más seguro.

III. La Postura de Calabresi

Ahora bien, otro motivo por el cual la responsabilidad solidaria establecida en la Ley de Defensa al Consumidor no brinda un adecuado incentivo para que las empresas inviertan más en la seguridad de los vehículos que venden -provocando como consecuencia que asimismo pueda disminuirse considerablemente la litigiosidad-, es la proporcionalidad del castigo implementado por la propia ley en función del papel desempeñado por cada empresa en relación a cada reclamo específico.

En el punto anterior, citamos varios fallos judiciales, entre los cuáles se encuentra la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que no considera lógico atribuir responsabilidad a ciertas empresas en función de los diversos reclamos que eventualmente puedan iniciarse.

En ese caso, Guido Calabresi coincide con esta postura al mencionar que *“(...) el tamaño de la pena considerada colectivamente apropiada debería basarse en una noción de vinculación causal refinada para reflejar el alcance de esas lesiones que creemos que pueden aumentar por el comportamiento que se debe sancionar. Tal requisito de vinculación causal puede o no ser apropiado para el tipo de disuasión colectiva deseada (...) El comportamiento incorrecto (...) estaría sujeto a sanciones*

basadas en esa propensión al daño, independientemente de si más o menos el daño previsto en realidad vino por pase, es decir, a pesar de las relaciones."⁹⁰.

Por ello, es que el sistema de responsabilidad adoptado por la Ley de Defensa al Consumidor debería ser reformulado no, desde punto de vista del sistema de responsabilidad objetivo o el sistema por culpa -ya se ha visto que resulta más conveniente en términos de eficiencia adoptar un sistema de responsabilidad objetiva que un sistema de culpa frente este tipo de situaciones-, sino desde el punto de vista de cómo debe ser considerada la relación de causalidad que atribuye la responsabilidad a la empresa que provoca un daño en el consumidor final.

Veamos. Desde este punto de vista tenemos dos tipos de responsabilidad "*but for*" y "*foreseeability*".

El aspecto del sistema de responsabilidad que se basa en el "*but for*" es aquél que establece que si la conducta no se hubiera desplegado, entonces no se habría provocado el daño. Si la conducta no se hubiera desplegado y el daño indefectiblemente hubiera ocurrido entonces la persona que realiza la conducta no resultaría responsable.

Este aspecto de la concepción de la relación causal tiene ciertos puntos negativos que deben ser tenidos en cuenta para poder aplicarse al sistema de responsabilidad de la Ley de Defensa al Consumidor.

Uno de ellos es por ejemplo que el "*but for*" no permite verdaderamente individualizar de todo el universo de conductas realizadas, aquéllas que deben ser tenidas en cuenta a fin de poder prevenir los daños ocasionados -para este caso los consumidores finales-. En el caso del sistema de responsabilidad solidaria, al adoptar un sistema de responsabilidad objetiva, cualquiera haya sido la conducta desplegada por cualquier agente de la cadena, igualmente entra dentro de la legitimación pasiva.

⁹⁰Guido Calabresi, "*Concerning Cause in the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.*", Yale Law School, 1-1-1975, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.: "(...) *the size of the penalty collectively deemed appropriate should be based on a notion of causal linkage refined to reflect the extent of those injuries that we believe may well be increased by the behavior to be sanctioned. Such a causal linkage requirement may or may not be appropriate to the kind of collective deterrence desired (...) Wrongful behavior (...) would be subject to penalties based on that propensity for harm, regardless of whether more or less harm than that foreseen actually came po pass - that is, regardless of but for relationships.*"

Sin embargo, Guido Calabresi, advierte que el sistema del "but for" puede ser concebido para aquellas situaciones donde el legitimante pasivo verdaderamente tuvo en miras realizar un daño en la víctima. Si bien es muy difícil descubrir la verdadera intención del responsable en cuanto a si realmente tuvo en miras realizar el daño o no, el "but for" resulta útil para aquellos casos en los que hubo una real intención de malicia⁹¹.

En temas de defensa del consumidor, la real malicia puede ver traducida para aquellas situaciones donde deliberadamente se termina cobrando por un servicio por el cual el consumidor inicialmente no tuvo en miras al contratar pero que la empresa justificaría como necesario a fin de poder realizar la entrega del vehículo o realización a la financiación pretendida por el propio consumidor.

Otro aspecto negativo sobre el "but for" es que solamente toma en cuenta la conducta que dio origen al daño del agente -en este caso el consumidor final- y asimismo, deja en un segundo plano con menos relevancia los daños provocados como consecuencia de dicha conducta.

En ese caso, el "but for" resulta ineficaz para poder establecer el monto de la multa que debiera imponérsele al verdadero responsable del daño ocasionado, sino que simplemente se limitaría a identificar al agresor o al responsable. Solamente se tendría en cuenta el daño si éste crecería con la acción desplegada por el responsable.

⁹¹*"The requirement of but for relationship might, however, further the goal of specific deterrence in those instances involving behavior collectively deemed worth proscribing only if the actor has a certain mental attitude, such as intent to injure or to risk injury. Distinguishing certain categories of behavior by the intent involved creates the difficult problem of determining when behavior, in itself permissible, bespeaks the intent that justifies the collective prohibition. Since intent to injure or to risk injury is not easily established, various surrogates (...) are used. It could be said that while it is impossible to know that someone actually intended harm merely from the attempt, the inference of intent is sufficiently strong if he completed his attempt and injured someone."* - Sin embargo, el requisito de una relación podría promover el objetivo de la disuasión específica en aquellos casos en los que el comportamiento colectivo se considera que vale la pena proscribir solo si el actor tiene una determinada actitud mental, como la intención de lesionar o arriesgarse a sufrir una lesión. Distinguir ciertas categorías de comportamiento por la intención involucrada crea el difícil problema de determinar cuándo el comportamiento, en sí mismo permisible, indica la intención que justifica la prohibición colectiva. Como la intención de lesionar o arriesgar una lesión no se establece fácilmente, se usan varios sustitutos (...). Podría decirse que si bien es imposible saber que alguien realmente pretendió dañar simplemente forma el intento, la inferencia de intención es lo suficientemente fuerte si completa su intento e hiere a alguien.- (Calabresi, Guido, "Concerning Cause an the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.", Yale Law School, 1-1-1975, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers).

Para los casos de defensa del consumidor, la utilización del "*but for*" solamente tomaría en cuenta los daños ocasionados si se produciría un perjuicio que iría acrecentándose en relación a cualquier cobro indebido que cualquier agente de la cadena quiera realizar.

Ahora bien, un aspecto relevante a tener en cuenta para esta tesis es que bajo este sistema, no habría forma de concebir un sistema de responsabilidad solidaria e ilimitada toda vez que si se demanda en conjunto a una automotriz, un concesionario y una financiera de plan de ahorro por un desperfecto mecánico, la financiera y la concesionaria deberían solamente probar que hayan o no vendido el vehículo defectuoso, dicho vehículo en vez de ser vendido al actor podría haber sido vendido a cualquier otra persona y por ende el daño igualmente se habría producido. En ese caso, haya o no realizado cualquier tipo de conducta, desde su posición, el daño no habría podido haberse prevenido y por ende deberían ser eximidas de responsabilidad, por cierto, dicho argumento resulta ser bastante convincente y pone en evidencia una cierta injusticia respecto al sistema de responsabilidad solidaria e ilimitada que establece la Ley de Defensa al Consumidor.

El otro sistema adoptado en el aspecto de la relación de causalidad es el de "*foreseeability*". En este sistema se toma en cuenta el grado de "proximidad" que una conducta tuvo respecto a un daño provocado⁹².

Este sistema en principio resultaría ser más eficiente que el "*but for*" por diversos los motivos que se mencionan a continuación.

En primer lugar, la "*foreseeability*" toma en cuenta del universo de conductas que generó el daño, solamente aquéllas que tuvieron mayor proximidad con las consecuencias que dieron lugar al perjuicio. Por ello es que la identificación de la conducta culposa resulta ser en este caso más sencilla.

En consecuencia -a diferencia del "*but for*"- en este sistema no se requiere que el daño efectivamente se produzca, sino que dicha conducta al poder ser fácilmente identificada, puede efectivamente prevenirse.

⁹²Desde este punto de vista, también genera una gran implicancia respecto a la consideración del verdadero responsable en situaciones de defensa del consumidor en el mercado automotriz.

En segundo lugar -y en relación al punto anterior-, la "*foreseeability*" tiene un mejor impacto en la prevención que el "*but for*" dado que al resultar útil para poder identificar aquellas conductas que están más ligadas con las eventuales consecuencias dañosas, permite como resultado prevenirlas y de ese modo evitar el daño a la víctima⁹³.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que la "*foreseeability*" no se limita a identificar solamente a un responsable sino también toma en cuenta las acciones que también hayan realizado otros en base a la actividad desplegada por el principal responsable.

De esa forma, la "*foreseeability*" da lugar a una responsabilidad solidaria pero no de forma ilimitada sino vinculando aquellos agentes que verdaderamente tuvieron relación con el daño producido en este caso, al consumidor final. En ese sentido, el propio Calabresi afirma que: "*Si el objetivo de la disuasión colectiva es seleccionar entre las actividades que aumentan el riesgo de lesión las que vale la pena controlar (en otras palabras, si el vínculo causal sugiere la necesidad de una compensación entre daños y costos de seguridad), el requisito de proximidad puede servir una función útil al excluir del control algunas acciones relativamente menos riesgosas. Un elemento en la compensación entre los costos de seguridad y lesiones en cualquier actividad en particular, será si controlar o modificar otra actividad sería más eficiente. El aspecto relacional en la causa próxima parece ser precisamente ese el problema.*"⁹⁴.

De esa forma, esta perspectiva modifica totalmente la forma en cómo debiera ser concebida la pena impuesta al eventual agente de la cadena de producción por los daños ocasionados. La pena en este caso será impuesta según el grado de prevención que pudo haber adoptado para evitar que el daño efectivamente se produzca para de esa forma cuidar la integridad física y patrimonial del propio consumidor.

⁹³Calabresi, Guido, "*Concerning Cause an the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.*", Yale Law School, 1-1-1975, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.

⁹⁴Calabresi Op. cit.: "*If the goal of collective deterrence is to select from activities that increase the risk of injury those worth controlling (in other words, if causal linkage suggests the need for a trade-off between injury and safety costs), then the requirement of proximity may serve a useful function by excluding from control some relatively less risky actions. One element in the tradeoff between safety and injury costs in any particular activity is bound to be whether controlling or modifying another activity would be more efficient. The relational aspect in proximate cause seems to look precisely that issue.*"

De esa forma una pena impuesta directamente sobre el verdadero responsable tendría efectos positivos para que de esa forma se internalicen las pérdidas y en consecuencia modificar su conducta para el futuro.

Del mismo modo se podría imponer, no con un castigo por el daño ocasionado al consumidor, sino además como un aspecto que crea ciertos incentivos para que las empresas adopten una u otra decisión en cuanto a vender un producto defectuoso, es decir, si vender un vehículo defectuoso resulta ser más o menos costoso teniendo en cuenta la eventual pena que pudiere llegar a imponérsele producto de un eventual daño posterior causado al consumidor final.

Para que ello pueda funcionar, es vital entender otro concepto del mismo autor que se define como "*cheapest cost avoider*".

El "*cheapest cost avoider*" es aquel agente de la cadena de producción, que se encuentra en mejor condición del resto, en cuanto a información sobre si resulta más redituable vender un vehículo defectuoso o seguro, y de venderlo seguro, hasta que punto invertirá en elementos de seguridad para obtener el mayor rédito posible de las ventas producidas. Además, el "*cheapest cost avoider*" es aquél que puede adoptar cualquier medida de seguridad o prevención para evitar el daño al menor costo posible en comparación con el resto de la cadena de producción. O esa forma, también puede inducir al resto de los agentes de la cadena a adoptar una conducta similar o adicionalmente, brindar información sobre las formas más eficientes de prevenir el daño.

Un ejemplo podrá ilustrar mejor este punto. Supongamos que hay un reclamo por un vehículo que ingresó al taller del concesionario a efectuar un servicio obligatorio para de esa forma poder mantener la garantía vigente. Dentro del lugar, el personal del taller, mediante una mala atención al consumidor, luego de haberle realizado el servicio obligatorio, sin querer le rompe un espejo retrovisor. El consumidor advierte esto e inicia un reclamo contra el concesionario y contra la automotriz en virtud del art. 12 de la Ley de Defensa al Consumidor.

Frente a este escenario, resulta útil identificar quien es el "*cheapest cost avoider*" para entregar los vehículos ingresados al taller en óptimas condiciones y de esa

forma imponerle una multa para que de ahora en más no se produzcan hechos como los sucedidos.

En primer lugar, cabe mencionar porque la automotriz en este caso no resulta ser la "*cheapest cost avoider*". Ello porque justamente el personal que trabaja en el taller del concesionario no es personal dependiente suyo sino del concesionario, por ende no puede realizar ninguna medida laboral contra los mecánicos que hayan realizado incorrectamente su labor. Si bien, luego del reclamo, podrá adoptar cualquier medida de disciplina contra el propio concesionario, es éste último quien termina decidiendo qué sanciones adopta contra el personal que provocó el reclamo.

En segundo lugar, y como se anticipó en el párrafo anterior, en este caso el concesionario efectivamente resultó ser el verdadero "*cheapest cost avoider*" porque no sólo cuenta con mayor información en cuanto al personal que trabaja en sus instalaciones sino que además es el encargada de contratar dicho personal y adoptar todas las medidas necesarias para que hechos como los descriptos no vuelvan a suceder.

Por ello, resulta mucho más eficiente asignarle una multa administrativa directamente al concesionario en particular que una multa a los agentes de la producción. Por el lado de la automotriz, se la multe o no, no podrá realizar ninguna conducta que directamente modifique de ahora en más el cuidado que el concesionario deba brindarle a todos los vehículos que entran a su taller.

Por el contrario, es el propio concesionario quien podrá internalizar este costo y de ahora en más modificar su conducta y por ello, darle un mayor cuidado a todos los vehículos que ingresen de ahora en más a sus instalaciones. Estará aún más incentivado a corregir dicha conducta que la propia automotriz porque si concibe que la multa le será impuesta solamente a ella misma y desligando en consecuencia a la automotriz, dado a que si no adopta el cuidado suficiente la automotriz no vendrá en su auxilio.

Por el lado del consumidor, realmente no le modifica en nada que la automotriz forme parte o no de su reclamo, dado a que el inconveniente inicial lo tuvo con el concesionario y es a éste último del que se pretende obtener un resarcimiento económico. En ese orden de ideas -como ya se mencionó- la automotriz no brinda una mayor garantía de solvencia respecto al reclamo como lo argumenta Fernando E. Shina,

sino que ya con contar con el propio patrimonio del concesionario de una marca importante resulta ser suficiente para poder pagar una eventual multa.

Por ello, en anteriores páginas se explicó que la condición del consumidor no se modifica en lo absoluto, si se agregan o se eliminan algunos agentes de la cadena de producción, siempre y cuando esté involucrado el verdadero responsable de su reclamo y pueda ver verdaderas garantías de poder cobrar su crédito.

En ese caso, resulta claro lo afirmado por Calabresi cuando explica que: *“Bajo los principios de disuasión del mercado, la distancia en el tiempo y el espacio o la existencia de causas intermedias puede hacer que una parte se involucre en una actividad causalmente vinculada, claramente menos adecuada para elegir entre seguridad y estos factores pueden ser irrelevantes si los actores "cercaños" tienen menos conocimiento o son, por otras razones, capaces de desplazar (externalizar "la pérdida y, por lo tanto, carecen del incentivo para elegir). Del mismo modo, el hecho de que un actor tenga la culpa (es decir, podemos decir colectivamente que debería haber evitado el accidente) puede o no significar que es un mejor evitador de costos futuros que otro actor que, debido a que tiene una mayor proximidad, tiene un mayor conocimiento de lo que implican sus elecciones. (...) La causa próxima limita el grado en que incluso un sistema de fallas asigna pérdidas sobre la base de la culpa al considerar factores relevantes, pero no concluyentes, que ayudan a definir los costos más baratos que evitan el gasto. De esta forma, cumple la meta de la disuasión del mercado, que también consideraría esos factores como relevantes, pero no decisivo, y que no estaría excesivamente impresionado por el juicio colectivo implícito en un hallazgo de culpa”*⁹⁵.

⁹⁵Calabresi, Guido, "Concerning Cause an the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.", Yale Law School, 1-1-1975, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers: "Under market deterrence principles, distance in time and space or the existence of intervening causes may make a party engaging in a causally linked activity so clearly less suited to choose between safety and these factors may be irrelevant if the "nearer" actors are less knowledgeable or are, for some other reasons, able to shift (externalize" the loss and hence lack the incentive to choose. Similarly, the fact that one actor is at fault (that is, we can collectively say that it ought to have avoided the accident) may or may not mean that it is a better future cost avoider than another actor who, because more proximate, has a greater knowledge of what its choices entail. (...) Proximate cause limits the degree to which even a fault system allocates losses on the basis of fault by considering as relevant, but not conclusive, factors that help define the cheapest cost avoiders. In this way it serves the goal of market deterrence, which would also consider those factors as

Ahora bien, tanto el "foreseeability" como el "but for" resulta ser relevante para poder identificar una barrera óptima que evita que las empresas opten por no prevenir el daño.

En el caso del "but for", es un aspecto que suele ser muy útil para poder seleccionar aquellos costos relevantes para poder decidir si vender o no un vehículo defectuoso y hasta qué punto incurrir en ciertos costos que hacen a un vehículo más seguro. Ello, se logra eligiendo aquellas conductas que de no haberse producido no habrían producido el daño, y si se produce el daño, luego se podría calcular de que magnitud es. Es decir, que el "but for" al permitir las diversas conductas que conducen a un mayor o menor daño, permite en ese caso al agente decir aquéllas que resultan menos costosas y que asimismo provocan un daño menor.

En la práctica una posible implementación de este sistema se realizaría mediante la toma al azar de algunas muestras sobre los costos de los eventuales daños provocados y a ello se lo relaciona con ciertos comportamientos que la empresa pudiera adoptar para cada uno de los reclamos. En ese caso, se podría obtener un buen análisis de costo beneficio a fin de obtener la información necesaria que indique cuáles son las conductas que en el futuro le generarían a la empresa menores costos.

Asimismo, cabe aclarar respecto a este punto que, si se quiere obtener un sistema que analice caso por caso la manera de ir reduciendo los costos, entonces el "but for" resulta ser el medio más apto para obtener dicha información. Si por el contrario, se quiere obtener una información que pueda aplicarse de forma más generalizada sin entrar a analizar concretamente caso por caso, entonces el medio más útil es por medio de la obtención de ciertas muestras en cada caso y luego realizar un promedio que pudiera ser aplicado.

De esa forma, Calabresi afirma que *“La modificación del comportamiento del portador de la pérdida reduciría los costos de la lesión en futuras muestras y esta modificación, a su vez, reduciría la carga impositiva futura. Dado que hasta la fecha la determinación sobre caso por caso se ha dado por sentado como un mecanismo*

relevant, but not decisive, and which would not be overly impressed by the collective judgment implicit in a finding of fault”

esencial para decidir quién debe sufrir pérdidas, sin embargo, no es de extrañar que la prueba también parezca una parte esencial del sistema.”⁹⁶.

Por otro lado, el "*foreseeability*" resulta también útil para poder analizar la solvencia que puede llegar a tener el responsable y si la misma resulta suficiente para poder pagar la eventual obligación al acreedor - que en este caso es el consumidor final.

Como se había dicho, el "*foreseeability*" puede identificar claramente el "*cheapest cost avoider*" que está en mejores condiciones de prevenir el daño. Dichos agentes considerados ya una vez ocurrido el hecho, sirven también para poder identificar al verdadero responsable ante situaciones similares que puedan llegar a producirse en el futuro.

En ese caso, el "*cheapest cost avoider*" puede ser tenido en cuenta a pesar que en principio no pueda ser previsto. Además, para daños que no hayan podido ser previstos por las empresas, la imposición de la responsabilidad en una empresa determinada y no en todas puede dar lugar a una buena previsión del daño para el futuro, y su consecuente prevención⁹⁷.

⁹⁶Calabresi, Guido, "*Concerning Cause an the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.*", Yale Law School, 1-1-1975, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.: "*Modification of the loss bearer's behavior would reduce the injury costs in future samples and this modification would, in turn, reduce the future tax burden. Since to date case by case determination has been taken for granted as an essential mechanism for deciding who should bear losses, however, it is little wonder that the but for test should also have seems an essential part of the system.*"

⁹⁷"*If the effect of such allocations is simply to categorize certain activities as especially prone to unforeseeable and uninsurable risks, a favorable market deterrence effect may be achieved.*" - Si el efecto de tales asignaciones es simplemente categorizar ciertas actividades como especialmente propensas a riesgos imprevistos y no asegurables, se puede lograr un efecto de disuasión favorable en el mercado.- (Calabresi, Guido "*Concerning Cause an the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr.*", Yale Law School, 1-1-1975, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers.)

6. Reflexiones Finales

La clave consiste en lograr una correcta asignación de la responsabilidad. Al no contar con un sistema legal que identifique concretamente, quién debe ser el codemandado que debe asumir el pago total de la indemnización por un vicio en el servicio, no se corrigen conductas abusivas.

Una posible observación, a la eventual aplicación del sistema propuesto: la atribución de responsabilidad a la empresa que está en mejores condiciones de poder prevenir el daño al consumidor final, es que dicha sanción puede luego ser trasladada a los precios del resto de los vehículos vendidos. Por ello este sistema no logra que la empresa internalice los costos y modifique su conducta y son el resto de los consumidores los encargados de pagarle al consumidor damnificado la sanción pertinente.

El simple hecho de vincular a todas las empresas de la cadena de producción, como lo hace el actual sistema, tampoco impide que éstas puedan trasladar dichos costos a los precios de los vehículos. La encargada de pagar dicha obligación podrá igualmente hacerlo, y el resto de las empresas al no estar en mejores condiciones de mejorar el servicio, tampoco estarán incentivadas a mejorarlo. Dicha voluntad sólo debe provenir indefectiblemente de la verdadera responsable que originó el daño.

La limitación solamente podría producirse en un mercado monopólico, donde el precio verdaderamente no refleje los costos del vendedor sino que por el contrario, estén por encima de éste. En el presente caso, tal como se expuso en la introducción, no estamos ante un mercado monopólico, sino ante un mercado que presenta una variedad de marcas de vehículos pudiendo ser fácilmente reemplazables por el consumidor final si los precios de una marca ascienden en comparación con los del resto.

De hecho Calabresi ha indicado que: *“Se podría argumentar, por lo tanto, que cobrarle a un productor monopolista todos los costos de su accidente frecuentemente no haría nada para corregir la distorsión, y donde los costos de los accidentes del monopolista eran relativamente altos, en realidad podría aumentar esa distorsión. Por lo tanto, a primera vista al menos, podría parecer que los costos de accidentes deberían ser cobrados a las industrias competitivas para inducirlos a cobrar*

más y producir menos, mientras que para contrarrestar el relativo monopolista bajo producción, estos costos no deberían colocarse en industrias monopolísticas.”⁹⁸.

Ahora bien, respecto a los precios finales, existen dos teorías que han sido mencionadas por varios economistas en los últimos tiempos: la teoría marginal y la teoría del costo adicional.

La teoría del costo marginal indica que el productor produce menos a un precio mayor pero, el lado positivo de ello, es que al producir menos, habrá menos riesgo de que el producto -en este caso el vehículo- presente desperfectos que puedan dañar al consumidor final. Para el productor, el punto máximo de producción representará el estado en que el beneficio marginal sea el máximo posible de alcanzar y asimismo, donde el costo resulte ser el menor posible.

La teoría del costo adicional, toma como unidad de medida el promedio y no el valor marginal. Esta teoría sostiene que el productor no busca aquella unidad marginal donde mayor rédito le otorga, dado que, en la práctica, es imposible de saber. Por el contrario, esta teoría sostiene que el productor, en este caso bastante acertado, toma un promedio total de los costos de producir los vehículos y luego analiza a qué precio puede vender dicho producto.

Ahora bien, si se toma la teoría marginal, una atribución de responsabilidad a las empresas en un mercado monopolístico, genera como consecuencia que la empresa pueda modificar su conducta, ya que sus beneficios extras decrecerán.

Por el otro lado, en una empresa competitiva, una sanción por daños ocasionados al consumidor final impactará más concreta y directamente en su producción al aumentar los costos fijos.

⁹⁸Calabresi, Guido A. "Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts", Yale Law School Legal Scholarship Repository, 01/01/1961, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers: "It might be argued, therefore, that charging a monopolistic producer with all his accident costs would frequently do nothing to correct the distortion, and where the accident costs of the monopolist were relatively high, might actually increase that distortion. Thus, at first glance at least, it might appear that accident costs should be charged to competitive industries in order to induce them to charge more and produce less, while to counteract the monopolist's relative under production these costs should not be placed on monopolistic industries."

Ahora bien, si la responsabilidad está mal asignada, en casos por ejemplo de desperfecto que hacen a un vehículo impropio para el destino pretendido, y dicha responsabilidad le es asignada al concesionario y no a la automotriz -principal encargada, en este caso, de fabricar los mismos-, es muy probable que la conducta no puede ser corregida por la concesionaria -dado que no es ella la encargada de fabricarlos-.

Al respecto, Guido Calabresi expone que: *“Por lo tanto, la teoría requiere, primero, que los costos de las lesiones sean soportados por las actividades que los causaron, independientemente de si se trata de una falla, porque, de cualquier manera, la lesión es un costo real de esas actividades. Por supuesto, la "responsabilidad empresarial" a menudo se combina con otros sistemas de asignación de pérdidas no imputables bajo el título general, "distribución del riesgo". Segundo, la teoría requiere que entre las diversas partes involucradas en una empresa, la pérdida sea colocado en la parte que es más probable que haga que la carga se refleje en el precio de lo que sea que la empresa venda.”*⁹⁹.

Por ello es que resulta relevante en este sistema que quien verdaderamente provocó el daño en el consumidor final y quien está en mayores condiciones de corregirlo y evitarlo en futuras ocasiones, deba estar intimado a asumir aquella responsabilidad y por ende pagar la sanción/indemnización.

El resto de las empresas vinculadas no estarán incentivadas a corregir la conducta simplemente porque el problema les resulta ajeno y, de pretender corregirla, no podrán efectivamente lograrlo, porque de hacerlo estarían obligadas a entrometerse en cuestiones internas de otra empresa que llevaría a conflictos de otra índole y produciría como consecuencia una inestabilidad en la fabricación y venta de la marca del vehículo específico.

⁹⁹Calabresi op. cit.: *"The theory therefore requires, first, that the costs of injuries should be borne by the activities which caused them, whether or not fault is involved, because, either way, the injury is a real cost of those activities (It is because of this non fault basis, of course, that "enterprise liability" is often lumped together with other nonfault systems of loss allocation under the general heading, "risk distribution.") Second, the theory requires that among the several parties engaged in an enterprise the loss should be placed on the party which is most likely to cause the burden to be reflected in the price of whatever the enterprise sells."*

En resumidas cuentas, la empresa que debiera correr con la responsabilidad debe ser la que tiene menores costos en corregir dicha conducta.

En ese caso, Calabresi afirma que: *“No cobrarle a una empresa por un costo que surge, lleva a una subestimación del costo real de producir sus bienes; el resultado es que las personas compran más de esos bienes de lo que quisieran si su costo real se reflejara en el precio. Por otro lado, colocar un costo no relacionado con el alcance de una empresa en esa empresa, resulta en una sobreestimación de los costos de esos bienes y conduce a su sub-producción. De cualquier manera, se violaría el postulado de que las personas son, en general, las mejores si pueden elegir lo que quieren, sobre la base de lo que le cuesta a nuestra economía producirlo.”*¹⁰⁰.

Ahora bien, también se presentan situaciones en las cuáles realmente es difícil entender que empresa tuvo responsabilidad en el daño provocado al consumidor final. Un ejemplo de ello resulta en los casos donde un vehículo tuvo un desperfecto mecánico y en consecuencia, debió entrar a las instalaciones de un concesionario para lograr reparar definitivamente el vehículo.

Asimismo, el concesionario no logró solucionar el inconveniente y por ello, el vehículo debió ingresar unas cuatro veces al concesionario. Por este inconveniente, el consumidor final, amparándose en la Ley de Defensa al Consumidor inicia una acción contra el concesionario y contra la automotriz por vicios redhibitorios y por una mala atención en la reparación del vehículo al no poder solucionar el inconveniente.

En ese caso, resulta correcto que la responsabilidad debería ser asumida por ambas empresas dado que justamente, tanto el concesionario como la automotriz, tienen cierto grado de responsabilidad en los hechos descriptos. Sin embargo, al ser solidariamente responsables por los daños ocasionados al consumidor final, ¿deberá una

¹⁰⁰Calabresi, Guido A., "Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts", Yale Law School Legal Scholarship Repository, 01/01/1961, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers: "Not charging an enterprise with a cost which arises it leads to an understatement of the true cost of producing its goods; the result is that people purchase more of those goods than they would want if their true cost were reflected in price. On the other hand, placing a cost not related to the scope of an enterprise on that enterprise results in an overstatement of the costs of those goods, and leads to their underproduction. Either way the postulate that people are by and large best off if they can choose what they want, on the basis of what it costs our economy to produce it, would be violated."

de las dos empresas asumir el pago de la totalidad por la eventual sanción que pudiere llegar a imponérseles?

La Ley de Defensa al Consumidor lo establece y ello es aplicado a raja tabla, tanto por la Administración Pública como así también por los tribunales nacionales en todo el país. Pero al parecer, dicha solución no resulta ser la más eficiente para no provocar una distorsión en el mercado.

De hecho, tal como lo establece el ya citado Calabresi, resulta menos distorsivo que, una sanción debe ser distribuida por partes iguales a todos los responsables que a uno sólo, como así también que la sanción sea equitativamente dividida por partes iguales a lo largo de un período de tiempo determinado que sea pagado en su totalidad en un sólo período de tiempo¹⁰¹.

Al respecto, el autor indica que: *“Los objetivos de indemnización por daños pueden describirse en términos generales de la siguiente manera: dado que las personas no sólo valoran una suma global de dinero en forma diferente, sino que también le asignan un valor diferente a cada dólar subsiguiente, el impacto total de una lesión puede disminuirse mediante una asignación adecuada de su carga. Si, en general, una gran suma global es más onerosa cuando la carga una persona de lo que sería si se divide entre muchos, entonces una de las funciones de la ley de responsabilidad civil puede ser asegurar que, en consonancia con otros objetivos, se extiendan las cargas de lesiones. Además, si incluso cargas pesadas son menos onerosas cuando son asumidas por ciertas categorías de riqueza en lugar de otras, que otra función de la ley de responsabilidad civil, otra vez consistente con otras metas, puede ser asignar cargas de lesión a aquellas categorías de riqueza capaces de soportarlas con relativa facilidad. No es necesario considerar aquí si estos son objetivos dignos; es suficiente con señalar que han jugado un papel importante en la ley de responsabilidad civil.”*¹⁰².

¹⁰¹Asimismo, el mismo autor también indica que resulta igualmente menos distorsivo que la parte más solvente patrimonialmente deba afrontar los costos y no la parte más pobre. Pero como acá se está analizando el rol de las distintas empresas que se desempeñan en los distintos niveles de la cadena de producción. El caso de insolvencia podría aplicarse para el supuesto de que el concesionario se encuentre en una etapa de cesación de pagos, como ya fue explicado en páginas anteriores.

¹⁰²Calabresi, Guido *"Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven Jr."*, Yale Law School, 1-1-1975, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers: "Tort compensation goals may be

Ahora bien, dicha sanción aumenta los costos fijos para las empresas en un mercado competitivo.

Ello se debe a que la sanción se impondría en el punto máximo, donde habría mayor rentabilidad para la empresa, dado que los costos de los accidentes vehiculares al mantenerse en un nivel aproximado, se mantendrán independientemente de los ingresos que la empresa pueda llegar a obtener.

En ese sentido, la automotriz quiera o no deberá realizar ciertas inversiones en los vehículos para que provean cierta seguridad a los consumidores finales para de esa forma, como respuesta a ello, no tengan muchos reclamos sobre los productos fabricados -lo propio puede suceder respecto al servicio técnico que puede llegar a ofrecer cada concesionario en particular-.

De ello que la ley obliga directamente a la empresa a proveer cierta seguridad respecto a los productos que fabrica, los costos de las empresas -previando dicha ley- se incrementarán y por ello, en última instancia, fabricarán menos unidades pero con una calidad superior respecto a los casos en los que no se les exigía una seguridad mínima e indispensable para los consumidores finales.

Del mismo modo, al aumentar los costos, no sólo se fabricarán menos, sino que además también se aumentarán los precios de dichas unidades fabricadas.

Por ello es que en última instancia estos costos influyen en los beneficios que las empresas puedan llegar a obtener. La herramienta que tienen estas empresas, es indefectiblemente trasladar los gastos a los consumidores finales a cambio de una mayor seguridad y menor frecuencia de vicios –en el caso de una automotriz- y un mejor servicio de atención –en el caso de una concesionaria-.

described in rough terms as follows: since people not only value a lump sum of money differently, but place a different value on each subsequent dollar as well, the total impact of an injury may be diminished by an appropriate allocation of its burden. If in general, a large lump sum burden is more onerous when borne by one person than it would be if divided among many, then one function of tort law may be to ensure that, consistent with other goals, injury burdens are spread. Moreover, if even heavy burdens are less onerous when borne by certain wealth categories rather than others, than another function of tort law, again consistent with other goals, may be to allocate injury burdens to those wealth categories able to bear them with relative ease. It is not necessary to consider here whether these are worthy goals; it is enough to note that they have played a significant role in tort law."

Bibliografía

Doctrina

- Acciari, Hugo Alejandro, "*Elementos de Análisis Económico de Derecho de Daños*", La Ley, Buenos Aires, 2015;
- Acciari, Hugo Alejandro, "*La Función Tradicional y los Nuevos Roles de las Medidas Cautelares*", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, AP/DOC/486/2012;
- Acciarri, Hugo Alejandro, "*La tutela urgente indemnizatoria y la eficiencia*", SJA 2012/05/02-78; JA 2012 II 552.
- Acciarri, Hugo Alejandro, Castellano Andrea y Barbero Andrea, "*Análisis económico de la responsabilidad civil: la obligación tácita de seguridad en el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino de 1998*";
- Acciarri, Hugo Alejandro, Castellano Andrea y Barbero Andrea, "*Daños Institucionales e Incentivos. Hacia un modelo unificado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*", 2016;
- Acciarri, Hugo Alejandro, "*El análisis económico del Derecho de Daños. Responsabilidad civil y eficiencia económica*" Gaceta Jurídica, Tomo 74-B, enero;
- Bacon, Francis, "*The Elements of the Common Laws of England*", Apud Epstein, 435, 2004;
- Becker, Gary Stanley, "*Crime and Punishment: An economic approach*" Journal of Political Economy 76:169-217, 1968;
- Brown, Prather John, "*Toward an Economic Theory of Liability*", The Journal of Legal studies of Chicago Press, 1973;
- Calabresi, Guido, "*Concerning Cause and the Law of Torts; An Essay for Harry Kalven, Jr.*", Yale Law School, 1975;
- Calabresi, Guido, "*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*", Yale Law School, 1961;
- Calabresi, Guido, "*The Costs of Accidents*", New Haven: Yale University Press, 1970;

- Charny, David, "*Nonlegal sanctions in commercial relationships*", Harvard Law Review 104: 373-467, 1990;
- Coase, Ronald Harry, "*El Problema del Costo Social*", The Journal of Law and Economics; pág. 1-44, octubre 1960;
- Coderch, Pablo Salvador, Garoupa, Nuno y Gomez Liguerra, Carlos, "*Scope of Liability, The Vanishing Distinction between Negligence and Strict Liability*", <http://escholarship.org/uc/item/1px9k0gz>.
- Cooter, Robert and Ulen, Thomas, "*Law and Economics*", New York, Harper Collins, 1989;
- Cooter, Robert and Ulen, Thomas, "*An economic Case for Comparative Negligence*", 61 New York University Law Review 1067-1110, 1986;
- Farina, Juan Manuel, "*Defensa del consumidor y del usuario*", Astrea, Bs. As. 2013;
- Grady, Sean, "*A new positive economic theory of negligence*", Yale Law Journal 92: 799-829, 1983;
- Hylton, Keith, "*The influence of litigation costs on deterrence under strict liability and under negligence*", International Review of Law and Economics 10:161-171, 1990;
- Kaplow Louis & Steven Shavell, "*Economic Analysis of Law*", Febrero 1999;
- Kahan, Dan, "*Causation and incentive to take care under the negligence rule*", Journal of legal studies 18:427-447, 1989;
- Kaysen & Turner, "*Antitrust Policy; An Economic and Legal Analysis*" 150-52, 155, 1959;
- Landes, William and Posner Richard Allen, "*The Economic Structure of Tort Law*", Cambridge MA, Harvard University Press, 1987;
- Landes, William and Posner Richard Allen, "*Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis*", 9 Journal of Legal Studies, 517 – 555, 1980;
- Landes, William and Posner Richard Allen, "*Causation in Tort Law: An Economic Approach*", 12 Journal of Legal Studies, 109-134, 1983;

- Miceli, Thomas, "*Economics of the Law*", Oxford University Press, New York;
- Molina Sandoval, Carlos "*Derecho del Consumo*", Ediar, Bs. As., 1981;
- Mosset Iturraspe, Jorge y Wajtraub, Javier, "*Ley de defensa del consumidor*", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010;
- Omri, Ben-Shahar, "*Causation and Foreseeability*", Tel Aviv University, 1999;
- Pérez Bustamante, Laura, "*Derechos del consumidor*", Astrea, Bs. As., 2004.
- Picasso, Sebastián, "*La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*", AR/DOC/3926/2014;
- Picasso, Sebastián y Vazquez Ferreyra, Roberto, "*Ley de defensa del consumidor*", La Ley, Bs. As., 2009;
- Porat, Ariel & Stein Alex, "*Liability for Uncertainty: Making Evidential Damage Actionable*", *Cardozo Law Review* Vol 18:1891, 1997;
- Posner Allen Richard, "*Guido Calabresi's 'The Costs of Accidents': A Reassessment*"; Chicago Unbound, 2005;
- Posner, Richard Allen "*The Positive Economic Theory of Tort Law*", University of Chicago Law School, 1980;
- Posner, Richard Allen, "*Economic Analysis of Law*", 4 edición, Little, Brown and Company, Boston, 1992;
- Rosenkrantz, Carlos Fernando "*El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación*" (http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica02.pdf);
- Rosenkrantz, Carlos Fernando, "*Tres conceptos de la Justicia Correctiva y la Responsabilidad Civil*", *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, vol. 67/68, págs. 147/203, 1999;

- Schwartz, Alan & Wilde Louis, "*Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*"; Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1979;
- Schwartz, Alan, "*Seller Unequal Bargaining Power and The Judicial Process*", 49 Independent, L.J. 367, 385 n. 41, 1976;
- Shavell, Steven, "*Uncertainty Over Causation and the Determination of Civil Liability*", Harvard Law School, Discussion Paper No. 6 10/84, 1973;
- Shavell, Steven, "*The Economic Analysis of Law*", Harvard University Press, USA, 1999;
- Shavell, Steven, "*The Economic Analysis of Accident Law*", Cambridge (MA), Harvard University Press, 1987;
- Shina, Fernando, "*Daños al consumidor. Soluciones jurisprudenciales a casos célebres*", Astrea, Buenos Aires, 2014;
- Singh, Ram, "*Causation, Economic Efficiency and the Law of Torts*"; Delhi School of Economics, Working Paper No. 102, 2002;
- Sola, Juan Vicente, "*Tratado de Derecho y Economía Herramientas de economía para el análisis jurídico*", Tomo 1, Buenos Aires, 2013;
- Viscusi, William Kip, "*Product Liability Litigation with Risk Aversion*", <http://links.jstor.org/sici?sici=0047-2530%28198801%2917%3A1%3C101%3APLLWRA%3E2.0.CO%3B2-G>;
- Viscusi, William Kip, "*The Determinations of the Disposition of Product Liability Claims and Compensation for Bodily Injury*"; The Journal of Legal studies of Chicago Press, 2006.

Jurisprudencia

CNCom., Sala C, "*Serra, Marcelo C/ Banco Rio De La Plata S.A. S/ ordinario*", (LL 11.11.09, F. 114070), 21/08/09-

CNCom. Sala A, "*Monti Eduardo Jorge y otro c/ Maynar AG SA y otro s/ sumarísimo*" (Expte. N 10971/07), 09/02/12.

CNCom, Sala F, "*Oriti, Lorenzo Carlos c/Volkswagen Argentina S.A. y otro s/ordinario*" (ED 11.7.11, F. 56913); 01/03/22.

CNCom, Sala D, "*Figueroa, Gonzalo Esteban c/ Fiat Auto Argentina S.A. y otro s/ ordinario*", (Expte N 66425/04), 18/02/10, JA 18.8.10, PAG. 70.

CNCom, Sala C, "*Escalante Florencia C/ Volkswagen Argentina Sa S/ ordinario*" (Expte. N 52073/05); 12/12/13.

CNCom, Sala B, "*De Maio Héctor Manuel c/ Peugeot Citroen Argentina S.A y Otros s/ ordinario*"(Expte. N .2988/06), 17/12/14.

CNCom, Sala A, "*Ansaloni, Rene c/Auto Oriente S.A. s/ ordinario*" (Expte. N 27840/03), 24/09/09.

CNCom, Sala A; "*Tensolac S.A. c/Alra S.A. y otro s/ ordinario*"; 27/12/2012;Cita online: AR/JUR/77670/2012.

CNCom, Sala D, "*Budani Carlos Maria C/ BMW de Argentina Sa y otro S/ ordinario*", (Expte. N 9416/04); 16/05/12.

CNCiv, en pleno, "*Gómez, Esteban c/ Empresa Nac. de Transportes*"; 16/12/1958; La Ley Online: AR/JUR/26/1958.

CNCom, Sala E, "*Cisneros, Inés Beatriz y Otro c/Taraborelli S.A. y Otro S/ ordinario*" (Expte. N 83637/02), 22/12/09.

CNCom, Sala A, "*Tensolac S.A. c/Alra S.A. y otro s/ ordinario*"; 27/12/2012; AR/JUR/77670/2012.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; "*Iarritu, Marcos Gabriel c. Peugeot Citroën Argentina S.A. s/ daños y perjuicios. incumplimiento contractual*"; 18/06/2014; La Ley Online AR/JUR/33329/2014; Causa: C.116.878.

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación.

Ley de Defensa al Consumidor. Ley 24.240.