

HACIA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

**La responsabilidad por daños al consumidor
en el proyecto de ley de los doctores Atilio
A. Alterini, Roberto López Cabana
y Gabriel A. Stiglitz***

**EDUARDO A. BAISTROCCHI
JAVIER RODRIGUEZ GALLI**

PRÓLOGO

Eduardo Baistrocchi y Javier Rodríguez Galli fueron dos destacados alumnos del curso sobre "Responsabilidad civil contractual y extracontractual", del Ciclo Profesional Orientado. Luego se desempeñaron como ayudantes en la Cátedra a mi cargo, demostrando sus condiciones para la investigación y para la docencia.

Este trabajo aborda un tema de punta al cual, en la Argentina, todavía no le ha sido asignado el protagonismo que le corresponde. Hace casi treinta años, cuando se impulsó definitivamente la concientización de su relevancia, el Presidente de los EE.UU. John Fitzgerald Kennedy, en un recordado mensaje al Congreso,

* El proyecto de ley de defensa del consumidor de los doctores Atilio A. Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz fue presentado por los autores como ponencia al Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños, en homenaje al doctor Jorge Mosset Iturraga (B. A., abril de 1969) y recibió el respaldo explícito de la Comisión n° 4 quien recomendó su sanción al Congreso Nacional. También fue propiciada su sanción por la Comisión n° 5 de las IV Jornadas Saqueaninas de Derecho Civil (San Juan, agosto de 1969). Este proyecto tiene estado parlamentario, siendo girado por la Cámara de Diputados a sus Comisiones de Comercio, Legislación General, Industria y Educación el 24 de julio de 1969. Ver Alterini, Atilio - López Cabana, Roberto - Stiglitz, Gabriel. La protección del consumidor en el marco de un Proyecto de ley, L.L. 1969-B-1092 (el texto completo del Proyecto se publica como Apéndice de este artículo).

señaló que, en un cierto sentido, todos somos consumidores. Ante esa evidencia, proliferaron en el mundo los estudios y las normas jurídicas concernientes a lo que se ha dado en designar como "derecho del consumo". De algún modo indirecto la noción de consumidor había aparecido en el Tratado de Roma de 1957, luego tomó lugar en Constituciones como las de España, Portugal, Perú y Brasil y, entre nosotros, ya en 1938 la contempló la Constitución del Chaco, y fue reasumida por varias de las reformas de las Constituciones provinciales producidas en el último quinquenio.

Prospectivamente, se advierte en el derecho comparado un reflujo de las disposiciones atinentes al consumidor hacia el sistema común. El derecho del consumo, esencialmente estatutario, está transitando, de tal modo, hacia la regulación propia del hombre como tal, contenida en los Códigos de derecho privado, y ello es evidente —por ejemplo— en la proyectada modificación del Código Civil de Québec.

Con ese marco, los autores incursionan en el tema desde el ángulo de la responsabilidad por productos. Traen lo que, seguramente, es el primer análisis del Proyecto de ley del consumidor que, en septiembre pasado, sancionó en revisión la Cámara de Diputados —y que se halla en trámite ante el Senado—, porque se ocupan de algunos aspectos de lo que constituyó antecedente de esa sanción. Incursionan en el área —también poco explorada hasta ahora— de los denominados intereses difusos. Y acuden a una bibliografía de primera calidad.

Con estas líneas doy, pues, la bienvenida a nuestros autores al quehacer de los publicistas jurídicos. Y les auguro —porque los árboles se conocen por los frutos— un promisorio porvenir.

ARTURO ANIBAL ALTERESI

1. EL PROBLEMA

Era muy temprano. Recuerdo como si fuera hoy cuando salí a hacer las compras para el orfanato.

Ese día había decidido comprar 20 kilos de dulce de leche en el almacén de don Prudencio; claro, él solía hacerme buenos descuentos. Seguramente —pensé— esa mañana los chicos se pondrían contentos con mi dulce adquisición.

Fue un gran error.

Aun hoy no lo puedo creer. Nunca hubiera imaginado que pocos minutos después, la mayoría de los niños estarían internados en terapia intensiva por una intoxicación aguda en razón de la ingestión de dulce de leche en mal estado.

Seguramente el protagonista de nuestra historia no aceptará el silencio; no justificará la intoxicación de sus chicos como un hecho de la fatalidad, como una prueba sobrenatural. Buscará, en cambio, al responsable¹. Seguramente no sabrá si demandar a don Prudencio —el gentil almacenero—, o al proveedor mayorista, o al fabricante del dulce de leche, o a todos juntos.

La actitud reacia de nuestro protagonista a aceptar el daño como obra de la fatalidad no es casual. Pone en evidencia la punta de un enorme iceberg: las nuevas tendencias² del derecho privado en materia de daños.

En este sentido, podemos notar que las siguientes son las tendencias³ más notables del derecho de daños⁴:

¹ Probablemente el fin principal del derecho de daños sea la búsqueda del responsable de todo hecho dañoso. De esta forma se busca proteger eficazmente a la víctima. Conf. Lambert Favre, Ivonne, L'insolution de la responsabilité civile d'une dette responsabilité une violation d'indemnisation, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", jan.-mar. 1987, n° 1, p. 1. Esta autora sostiene que el moderno derecho de daños no debe enfocarse ya desde la obligación de reparar del responsable sino desde el derecho de la víctima a ser indemnizada; vale decir, que la responsabilidad civil ha de evolucionar de una deuda de responsabilidad hacia un crédito de reparación. Una postura semejante ha sido definida en nuestro derecho por López Olaciregui, José M., RDCO. 1978-941; quien sostiene que un daño civil puede ser injusto tanto por el hecho de haber sido injustamente causado como por el hecho de haber sido injustamente sufrido, es decir, que allí donde el daño no aparece injustamente causado también debe atenderse primordialmente al interés de la víctima. En el mismo sentido más recientemente Messina de Estrella Gutiérrez, Graciela, La responsabilidad civil en la era tecnológica, 1ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989, p. 208.

² La existencia de "tendencias" es consustancial al derecho; de lo contrario estaríamos estudiando a un muerto. Conf. Carboneer, Jean, Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho, tr. Díez Picazo, Luis, Madrid, Tecnos, 1974. Este profesor expresa que "el derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta... derecho flexible, para amarlo hay que ponerlo al desnudo. Su rigor no es más que una afectación o una impostura".

³ Conf. Messina de Estrella Gutiérrez, op. cit., p. 16; Stiglitz, Gabriel, La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas, Bs. As., La Ley, 1984.

⁴ En nuestra opinión el "derecho de daños" es una redefinición del rol del derecho frente al daño, cuyo principal fin es el de proteger a la víctima. Conf. Díez Picazo, Luis, Derecho y manifestación social. Tecnología y derecho privado (Dos esbozos), en "Cuadernos Civitas", Madrid, 1975, p. 118. Este destacado profesor indica que "es en el año 1963 cuando Willburg habla ya de un derecho de daños como centro nervioso del derecho privado, es así en buena medida porque cada vez se hace más necesario montar algún sistema o mecanismo de protección de personas, frente al cúmulo cada vez más incesantemente multiplicado de calamidades catastróficas".

- a) La ampliación de los daños reparables.
- b) El aumento de la nómina de factores de atribución.
- c) La prevención y la evitación de los daños.
- d) El aligeramiento a la víctima de la carga de la prueba.
- e) Un proceso gradual de socialización de los riesgos mediante el seguro obligatorio y la seguridad social.
- f) El ensanchamiento de la posibilidad de reclamar los daños judicialmente.

Nos detendremos ahora en el estudio de esta última tendencia².

Una de las características principales del nuevo derecho de daños está dada por la ampliación de las posibilidades de la víctima de reclamar la reparación de sus daños. Esto se debe, en buena medida, a un aumento de los legitimados pasivos —a quienes se les puede reclamar el resarcimiento del daño— como de los legitimados activos. Este mayor acceso de la víctima a la justicia se debe, en parte, al reconocimiento de la existencia de los "intereses difusos, colectivos o supraindividuales"³.

Estos intereses buscan salvaguardar la calidad de vida

² Respecto de las restantes tendencias puede consultarse con provecho las obras citadas en la nota 3.

³ Morello, Mario A., *Discurso de recepción del académico Lino Enrique Palacio*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 2ª Época, año XXXII, n° 25, p. 110. Este distinguido catedrático sostiene que "la tutela de los intereses difusos se erige como una bandera sobre la que gira el cambio hacia un derecho procesal con dimensión social. Reflejo de las transformaciones y ajustes en las clásicas e insuficientes explicaciones técnicas, sin las cuales no se podría superar el descontento creciente por el funcionamiento del servicio de justicia". En el mismo sentido se expresan Morello, Augusto - Hitecs, Juan C. - Herzoncos, Roberto, *La defensa de los intereses difusos*, JA, 1982-IV-700. Allí sostiene que "la problemática de los intereses difusos ha implicado un cambio epistemológico copernicano, ya que los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico tradicional de proceso de dos partes, donde cada una de ellas busca solucionar su problema particular". Esta doctrina se ve consagrada por el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, octubre de 1981), JA, 1982-IV-711. En las conclusiones se sostuvo que "debem acogerse sistemas adecuados y flexibles para una efectiva defensa de los denominados intereses difusos". Para analizar con mayor detenimiento esta temática: Falcoff, Enrique, *Los fenómenos sociológicos y el derecho procesal*, DJBA, 1989-I-141 y ss.; Andorno, Luis, *La responsabilidad por productos elaborados y los intereses difusos. Ley 19.800 de la Provincia de Santa Fe*, en "Lecciones y Ensayos", 1989, n° 83, p. 21 y siguientes.

social y encuentran sustento en los arts. 14, 28 y 33 de la Const. Nacional⁷.

Pero, ¿qué se entiende por tal concepto?

Nos proponemos explicar la idea de intereses difusos a partir del concepto de "daño resarcible".

Si tuviéramos que clasificar el universo de daños posibles, podríamos afirmar que existen dos tipos básicos: el daño individual, por un lado, y el daño colectivo o difuso⁸, por el otro. El daño individual es aquel que afecta a un sujeto perfectamente individualizado, por ejemplo, la víctima de un accidente automovilístico. Por el contrario, el daño colectivo o difuso es aquel que afecta a un grupo no individualizado o indeterminado de personas —piénsese, p.ej., en todos los eventuales consumidores de dulce de leche en mal estado—.

A pesar de lo expuesto, nuestro sistema resarcitorio clásico sólo reconoce al daño individual como jurídicamente relevante para dar sustento al reclamo indemnizatorio. De esa forma se hace prevalecer el valor "seguridad jurídica" sobre el de "equidad". En efecto, nuestro régimen establece que el daño, para que sea legalmente reconocido —vale decir, para que sea un daño resarcible— requiere la concurrencia de los siguientes cuatro elementos: a) ser un daño cierto, b) subsistente, c) personal del reclamante y d) afectar un interés legítimo⁹.

Como se puede observar, el daño colectivo no cumple con estos requisitos: no es personal del reclamante ni afecta un interés legítimo¹⁰. Muy por el contrario, es impersonal

⁷ Completan este esquema normativo el art. 2818 y conec. del Cód. Civil, y diversas leyes: entre ellas, n.º 2.797, 22.128, 22.190 y 22.421. Conf. Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños - Homenaje al doctor Jorge Messet Ibarraze, Comisión n.º 4 (La protección de los intereses difusos, el seguro y el acceso a la justicia).

⁸ Stiglitz, *op. cit.*, p. 28. Este joven profesor platense sostiene que "los daños colectivos son aquellos que inciden sobre una colectividad propiamente dicha y cuyos miembros, sin recibir el menoscabo personalmente, lo soportan en forma indirecta por constituir parte integrante del grupo. Ninguno de esos miembros tiene facultades para proceder aisladamente y en nombre propio, ya que las reclamaciones puede interponerlas sólo la colectividad misma".

⁹ Conf. Bustamante Alhina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8.º ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, p. 145.

¹⁰ Ver Palacios, Lino E., La protección jurisdiccional de los intereses difusos, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, "Anales",

—en el sentido de que involucre a una pluralidad indefinida de sujetos— y afecta a un interés difuso. En rigor, el concepto de “intereses difusos” tiene por lo menos dos características principales; desde un punto de vista subjetivo —como vimos— pertenece a un grupo indeterminado o de muy difícil determinación de personas. Y desde un punto de vista objetivo, se refiere a un bien indivisible, en el sentido de que son inasusceptibles de división en cuotas o fracciones adjudicables a cada uno de los interesados —p.ej., el bienestar de los consumidores de dulce de leche—.

La tendencia de la doctrina más moderna busca la flexibilización del hoy estricto concepto de daño resarcible —ya reseñado— con el objeto de lograr la tan ansiada protección jurisdiccional de los intereses difusos¹¹. Por ello, en el futuro, probablemente baste la sola certeza del daño para poner en funcionamiento el dispositivo resarcitorio¹².

El dictado de una legislación tuitiva de los intereses difusos ampara al protagonista de nuestra historia, a los niños intoxicados, a sus padres y familiares y aun a todos aquellos clientes de don Prudencio que pudieron o no haber ingerido el dulce de leche en mal estado.

En definitiva, el derecho procura defender al sujeto más débil de las relaciones comerciales que acontecen en la vida de todos los días. La clara diferencia de poderes entre el consumidor y la empresa coloca al individuo en un “estado de debilidad”¹³ que lo somete a la discreción del proveedor de productos elaborados.

¹¹ Época, año XXXII, n° 25, p. 117. Este profesor indica que el “interés legítimo constituye una potestad concebida a un conjunto diferenciado de personas para exigir el cumplimiento de ciertas obligaciones que se hallan a cargo de la Administración Pública (p.ej., la consistente en respetar las reglas de la adjudicación de una licitación pública, cuya observancia puede ser requerida por todos los que participaron en ésta)”.

¹² XI Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata, octubre de 1981), citado en nota 6.

¹³ Esta afirmación corre por nuestra cuenta. Ella surge de observar cómo gradualmente son exigidos menos requisitos para considerar a un daño como jurídicamente relevante. Compárese, por ejemplo, las conclusiones de las Jornadas sobre temas de Responsabilidad Civil (Rosario, 1981) con las Primeras Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (Junín, 1984). En estas últimas Jornadas, la postura mayoritaria sostenía que, “para que el daño cierto sea reparable basta la lesión a un simple interés siempre que no sea ilegítimo, violatorio de la moral o del orden público” (sic).

¹³ Stiglitz, Gabriel, *La protección jurídica del consumidor*, Bs. As., Depalma, 1985.

Nuestro problema ha quedado planteado: la "protección jurídica del consumidor" no es más que la respuesta que da el derecho en procura de equilibrar la desigualdad existente entre la empresa y el consumidor.

Nos proponemos en este trabajo introducir al lector en la temática de los derechos del consumidor, para detenernos en la responsabilidad por daños derivada de productos mal elaborados. Analizaremos, en especial, el valioso aporte que realiza en este campo el Proyecto de ley de defensa del consumidor de los doctores Attilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana y Gabriel Stiglitz¹⁴.

2. LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La desigualdad económica entre empresarios y consumidores mencionada, se presenta en múltiples situaciones cotidianas. Esta variedad responde a la dinámica de la actividad comercial actual y a la incorporación de nuevos fenómenos negociales vinculados con la revolución tecnológica¹⁵.

Por ello, la tarea del derecho apunta a proteger al débil¹⁶ en aquellos supuestos en que el desequilibrio económico es manifiesto. Quizás ésta pueda parecer una labor dispersa e inorgánica. Sin embargo, sabemos que tal actitud protectora del ordenamiento jurídico se traduce en una institución cuyo origen es reciente pero cuya sombra se proyecta necesariamente al derecho del siglo xx: la protección jurídica por daños al consumidor.

Esto nos lleva a preguntarnos si estamos frente a un nuevo sujeto de estudio de la ciencia jurídica: el consumidor. No temamos responder afirmativamente. La lectura de la legislación comparada¹⁷ nos permite inferir un conjun-

¹⁴ Se recomienda la lectura de las notas explicativas del Proyecto publicadas bajo la forma de artículo en: Alterini, Attilio - López Cabana, Roberto - Stiglitz, Gabriel, *La protección del consumidor en el marco de un Proyecto de ley*, L., 1988-B-1002.

¹⁵ Quien ha desarrollado largamente este concepto ha sido uno de los más lúcidos "predictores" con que cuenta la "sociología del futuro" moderna, nos referimos a Alvin Toffler. Recomendamos la lectura de: Toffler, Alvin, *El shock del futuro*, Madrid, Plaza y Janés, 1984.

¹⁶ Ver Alterini - López Cabana - Stiglitz, op. cit., p. 1994.

¹⁷ Carta europea de Protección de los Consumidores (Consejo de Europa, 1973), "Programa preliminar para una política de protección e infor-

to de derechos subjetivos inherentes a un status jurídico particular. Tal calidad legal viene dada por el carácter de "consumidores" que ostentan los sujetos cuando contratan bienes y servicios para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas¹⁸.

Veamos, pues, cuáles son esos derechos y cuál es su origen.

Como ya lo señaláramos, las modernas legislaciones de los países desarrollados regulan "situaciones determinantes de un estado de debilidad"¹⁹ en procura de otorgar a la parte menos favorecida (consumidor) los remedios legales que resguarden su integridad física y patrimonial.

Así legislan sobre responsabilidad por productos defectuosos, responsabilidad por publicidad maliciosa e identificación incorrecta de mercaderías. También abordan la temática contractual, regulando los abusos en los contratos por adhesión y en las ventas a crédito y a plazos.

Muchas de ellas impulsan la constitución de asociaciones de consumidores en el ámbito privado, y legislan la creación de organismos públicos de asistencia y control. En el aspecto procesal, conceden una amplia legitimación activa y procuran la abreviación de los procedimientos así como también la extensión de los efectos de la cosa juzgada. Finalmente, también se encargan de regular la estabilidad de la oferta en el mercado de bienes y servicios de primera necesidad a través de las llamadas leyes de abastecimiento.

La protección jurídica que se brinda en los casos señalados en el párrafo anterior, nos permite ensayar la siguiente clasificación de los derechos del consumidor²⁰:

- a) Derecho a la seguridad y a la adecuada protección de la salud de los consumidores (responsabilidad por daños al consumidor).
- b) Derecho a la protección de los intereses económicos de los consumidores frente a la empresa (nulidad de cláusulas abusivas en contratos por adhesión).

maición de los consumidores" (CEE, 1975), y las "Directrices para la protección del consumidor" (ONU, 1985). Los textos completos de estos documentos pueden consultarse en Stiglitz, *La protección*.

¹⁸ Conf. Alberini - López Cabana - Suglitz, *op. cit.*, p. 1094.

¹⁹ Stiglitz, *La protección*, p. 8.

²⁰ La clasificación es ensayada por los autores a partir del análisis de los textos legales citados en nota 17.

e) Derecho a la información (responsabilidad por publicidad engañosa e incorrecta identificación de mercaderías).

d) Derecho a la organización (fomento y legitimación de las asociaciones de consumidores).

e) Derecho a la asistencia y asesoramiento de organismos públicos destinados a la protección de los consumidores.

f) Derecho a la estabilidad de la oferta en el mercado de bienes y servicios de primera necesidad (leyes de abastecimiento).

g) Derecho de acceder a una justicia rápida y eficiente que asegure la efectiva protección de los consumidores (legitimación activa amplia y efectos expansivos de la cosa juzgada).

3. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONSUMIDOR EN EL PROYECTO

El Proyecto de ley de defensa del consumidor guarda semejanza estructural con las modernas legislaciones ya comentadas. Así, no pretende realizar una mera enumeración de los derechos de los consumidores sino que regula operativamente distintas figuras legales en donde éstos pueden resultar afectados. Sin embargo, no pretende abarcar la totalidad de estas figuras, por cuanto ya existen normas en nuestro ordenamiento legal que protegen ciertas situaciones de hecho disvaliosas para los consumidores. Tales los casos de las leyes de defensa de la competencia²¹, de lealtad comercial²² y de abastecimiento²³. Todo lo cual nos lleva a afirmar que, en un acierto de política legislativa, los autores del Proyecto lo han concebido como parte de un sistema legal integrado, legislando sólo aquellos aspectos no previstos en las normas citadas.

²¹ Ley 22.382. La ley de defensa de la competencia tiene por objeto la protección del interés económico general a través de la sanción de todas aquellas conductas que traben el funcionamiento del mercado. *Conf. Padilla, Miguel, La protección al consumidor en la ley argentina, JA, 1976-III-756.*

²² Ley 22.892. La ley de lealtad comercial regula concretamente la correcta identificación de mercaderías así como también la prohibición de la publicidad engañosa o irregular.

²³ Ley 20.682. La ley de abastecimiento procura la estabilidad de la oferta de bienes y servicios destinados a la satisfacción de necesidades corrientes de la población.

El Proyecto en cuestión comprende un total de tres capítulos: en el primero de ellos se concentra la legislación de fondo conforme las particularidades que luego analizaremos; el segundo trata de los aspectos procesales, y el tercero se ocupa de las obligaciones del Estado Nacional en la materia.

El primero de los capítulos referidos ocupa veinte artículos que se encargan de regular distintas figuras jurídicas vinculadas con la defensa de los derechos de los consumidores. Así, se prevén las obligaciones nacidas de la oferta al público (arts. 3° y 4°); las modalidades que debe observar la oferta formulada fuera del negocio (art. 5°); la oferta por correo (art. 6°) y las prestaciones en serie (art. 7°); el deber de información que incumbe al empresario (art. 8°); la regulación, de todo lo referente a los contratos por adhesión, sea que se trate de su redacción (art. 9°), interpretación (arts. 10 y 11), ineficacia de cláusulas abusivas (art. 12) o nulidad de ellos (art. 13); y la inclusión implícita de garantías cuando se trate de cosas no consumibles (art. 15).

Esta regulación específica y puntual no obsta a que el Proyecto contenga algunas normas genéricas que se vinculan con los principios generales del derecho civil. Así, los arts. 1° y 2° establecen cuáles relaciones jurídicas han de estar comprendidas por las disposiciones del Proyecto de ley. El mismo art. 1° consagra el principio de interpretación más favorable al consumidor y define el concepto de "consumidor", excluyendo a las personas jurídicas. Esta exclusión —a nuestro entender no justificada— merecerá nuestro análisis en el apartado 7 de este trabajo.

En los arts. 16 a 20 se prevén, acertadamente a nuestro juicio, los principios generales del derecho civil que rigen la materia, con las particularidades que impone una legislación que se pretende protectora de intereses amenazados. Así, el Proyecto legisla un régimen atemperado en materia de vicios redhibitorios (art. 16); la legitimación pasiva amplia (productor, fabricante, importador y quien haya puesto su marca en el producto o servicio) en caso de incumplimiento contractual (art. 17); la responsabilidad concurrente de ellos (además del vendedor y proveedor) en materia de daños resultantes del producto o servicio (art. 18); y finalmente un régimen de prescripción y extensión del resarcimiento análogo para todos los supuestos mencionados (arts. 19 y 20). Todo lo cual será materia de análisis en los próximos apartados en cuanto se vincule con la reformulación de

la responsabilidad por daños al consumidor en nuestra legislación civil.

El capítulo II atiende la cuestión procesal que en la materia no debe relegarse a un plano secundario. Ello es así por cuanto el acceso a una administración de justicia rápida y eficiente se constituye en complemento necesario de todo sistema integral de protección al consumidor.

Creemos que el Proyecto acierta en la materia al prever acciones judiciales con carácter preventivo (art. 21), una legitimación activa amplia que habilita la actuación de las asociaciones de consumidores y de los organismos públicos en la defensa de los intereses de los consumidores (art. 22), procesos de conocimiento sumarísimos (art. 23), y la extensión de los efectos de la cosa juzgada.

Finalmente, el capítulo III se ocupa de las cuestiones vinculadas a las obligaciones del Estado en materia de educación y defensa del consumidor (art. 25) y de la creación de una comisión de control de contratos-tipo en el ámbito del Ministerio de Economía (art. 26).

En síntesis, el Proyecto de ley no pretende agotar la regulación de la materia y busca su integración con otras normas ya existentes. Puede parecer de una lectura superficial, que el Proyecto no da soluciones categóricas frente a determinados hechos disvaliosos para los consumidores. Ello resulta aun muy difícil en virtud de la diversidad de intereses en juego.

Estamos frente a la punta de lanza de un derecho del consumo²⁴ que necesariamente ha de terminar imponiéndose en nuestra legislación en los tiempos venideros. Ello no obsta a que matengamos ciertas diferencias de criterio con relación a la responsabilidad por daños, que señalaremos en el apartado 7. Por todo lo dicho reputamos al Proyecto de gran valor para nuestro derecho positivo y de notable interés para el conjunto de la sociedad.

4. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS AL CONSUMIDOR

Desde comienzos de la Revolución Industrial, a fines del siglo XVIII, hasta nuestros días, el proceso económico se

²⁴ Este concepto nos fue sugerido por Cas. Gérard - Ferrier, D., *Traité de droit de la consommation*, Paris, 1988 (Bibl. CSJ n° 1-567).

ha visto caracterizado en forma determinante por la producción en serie de mercaderías, extensas cadenas de distribución y una comercialización múltiple de ellas a través de numerosos puestos de venta. Es lo que se ha llamado el fenómeno de la "masificación de la producción"²¹. Esto ha significado un considerable aumento cualitativo en el nivel de vida de las sociedades desarrolladas. La contrapartida ha sido un crecimiento directamente proporcional entre el consumo del producto elaborado y el riesgo para la salud y la seguridad de los consumidores.

Frente a este riesgo, entendido como probabilidad de daño, y el daño efectivamente acaecido, los ordenamientos jurídicos han respondido al sentimiento de justicia de la sociedad haciendo uso de una vieja institución del derecho privado: el sistema de la responsabilidad civil. Así surge lo que la doctrina ha bautizado como "responsabilidad civil por productos elaborados"²², "responsabilidad civil por productos defectuosos"²³, "responsabilidad civil del fabricante

²¹ Ver Díez Picazo, Luis, *Cambio social y evolución jurídica en la sociedad de la información*, en "Revista de Derecho Industrial", año IV, nº 22, p. 39. Este ilustre profesor español realiza una clasificación de la historia social del hombre que vale la pena conocer. Sostiene que "la sociedad pre-industrial se basa inicialmente en las materias primas y en un juego contra la naturaleza, en la cual los rendimientos son decrecientes; la sociedad industrial está organizada principalmente en torno a la energía y su empleo para la producción de bienes; y la sociedad posindustrial está organizada en torno de la información (también llamada sociedad de la información). En esta sociedad, más interesante que la pregunta '¿quién tiene', es la pregunta '¿quién sabe?'. Dentro de este esquema, podemos decir que la "masificación de la producción" se inicia en la era industrial y empieza a decaer con el advenimiento de la sociedad posindustrial. En este sentido, se expresa la ponencia presentada por el doctor Alirio Altirini a las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariolche, 1989), sobre el tema *Impacto tecnológico y masificación social en el derecho privado*.

²² Así lo hacen: Bustamante Albina, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados en el derecho civil argentino*, LL, 143-870; Liambias, Jorge, *Dados causados por productos elaborados*, LL, 1978-B-1039; Goldenberg, Isidoro, *La responsabilidad civil por productos elaborados*, JA, 1982-1-746; Casallo, Juan, *Responsabilidad civil por productos elaborados*, LL, 1981-D-1182; Salerno, Marcelo, *Responsabilidad del fabricante por productos elaborados*, ED, 95-779; Zannoni, Eduardo A., *Responsabilidad por productos elaborados*, en "Seguros y responsabilidad civil", Bo. An. Astrea, 1984; Dextra, César H., *La responsabilidad civil por los productos elaborados en la industria farmacéutica*, LL, 1984-C-820; Stiglitz, Gabriel, *El deber de seguridad en los productos elaborados*, LL, 1985-D-13.

²³ Conf. Allanak, Cynthia, *Responsabilidad del fabricante por productos defectuosos*, LL, 1988-A-867; Andorno, Luis, *Responsabilidad por productos defectuosos*, LL, 1988-E-945.

o del industrial"²⁰ o más recientemente, "responsabilidad civil por daños al consumidor"²¹. De todos ellos preferimos este último ya que, en términos estrictamente jurídicos, precisa con mayor claridad el ámbito de aplicación de la responsabilidad de juego²².

Debe dejarse en claro que no son los daños que sufre la propia mercadería y que la hacen impropia para su destino, aquellos que comprende esta materia, "sino los irrogados por ella al adquirente o a terceros"²³. Los daños intrínsecos del producto son regulados por las normas propias de la responsabilidad común o, en su caso, aquella derivada de los vicios redhibitorios. Los daños comprendidos en la "responsabilidad por daños al consumidor" son todos aquellos que violentan el derecho a la seguridad y a la adecuada protección de la salud de los consumidores.

En síntesis, "la responsabilidad derivada de los daños causados por productos elaborados" constituye un capítulo de los derechos del consumidor, que se inserta dentro de los derechos esenciales del individuo tales como la vida y la integridad psicofísica"²⁴.

Por otra parte, digamos que para completar el análisis

²⁰ Conf. López Cabana, Roberto - Lloveras, Néstor, *Responsabilidad civil del industrial*, ED. 64-548, Trigo Represas, Félix, *La responsabilidad civil del fabricante en las VII Jornadas Montevideanas de Derecho Civil*, LL, 1983-B-463.

²¹ Este es el concepto que utilizan y desarrollan Alterini, Atílio - Lopez Cabana, Roberto, *Responsabilidad civil por daños al consumidor*, LL, 1987-A-1040.

²² Pátese, por ejemplo, que conceptualmente el incumplimiento de una obligación convencional en un contrato de compraventa de productos elaborados genera responsabilidad. De la misma manera, un producto que adolece de un vicio que haciéndolo impropio para su destino lleva a la rescisión del contrato, genera para el transmitente una responsabilidad por productos defectuosos. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se discute un supuesto de productos que hayan producido daños a la seguridad o a la salud del consumidor. Todavía más imprecisos resultan los conceptos "responsabilidad del fabricante" o "responsabilidad del industrial" ya que ni siquiera refieren a la temática de los productos elaborados ni defectuosos, y podrían aludir a la infinidad de supuestos normativos en que se coloca en cabeza del industrial o del fabricante de mercaderías el deber de reparar un perjuicio.

²³ López Cabana - Lloveras, op. cit., p. 551.

²⁴ Así lo sostiene el despacho unánime de la Comisión Responsabilidad por productos elaborados de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil que se celebraron en Punta del Este (ROU) del 13 al 15 de noviembre de 1988.

de la materia en estudio es importante precisar los conceptos de "producto elaborado" y "defectuosidad".

Debemos entender por "producto elaborado" a "toda aquella cosa mueble que resulta de una actividad artesanal o industrial de transformación económica que habitualmente se realiza en serie"²¹. Este concepto excluye los inmuebles (generalmente sometidos a un régimen especial de responsabilidad), las materias primas y los productos de caza²².

Por su parte el concepto de "defectuosidad" puede ser caracterizado como la ausencia de seguridad del producto mayor, a aquella legítimamente esperable y que, por lo tanto, el consumidor no está en condiciones de prever. Ésta es la idea precisada por la jurisprudencia y doctrina norteamericanas a través de la figura legal del *unexpected dangers*²³ y receptada en la definición de "defectuosidad" que hace la directiva del Consejo de Europa²⁴. Agreguemos que debe excluirse del concepto de defectuosidad aquella ausencia de seguridad en el producto que sea consecuencia del uso irracional o abusivo por parte del consumidor. Unánimemente se sostiene que la culpa exclusiva de la víctima rompe el nexo causal que liga al proveedor con el daño producido por el producto defectuoso²⁵.

No sucede lo mismo con el supuesto del "riesgo del desarrollo", el que para un sector de la doctrina²⁶ rompe el

²¹ Compagnucci de Cass. Rubén, citado por Trigo Represas, Félix, op. cit., p. 664.

²² Así lo establece el art. 2° de la Carta Europea de Protección de los Consumidores (Consejo de Europa, 1973) que define el concepto de producto como "toda cosa mueble, con excepción de las materias primas y los productos de la caza, aunque estuviera incorporado a un inmueble o a otro mueble". Ver Stiglitz, *La protección*.

²³ Conf. Andorno, op. cit., p. 945; Trigo Represas, op. cit., p. 663.

²⁴ Dice el art. 6° de la citada Directiva que un producto es defectuoso: "a) cuando el mismo no ofrece la seguridad a la cual puede legítimamente esperarse, teniendo en cuenta todas las circunstancias y principalmente la presentación del producto, el uso del producto que razonablemente puede esperarse y el momento de puesta en circulación del producto; b) un producto no puede ser considerado defectuoso por el solo hecho de que un producto más perfeccionado haya sido posteriormente puesto en circulación". Ver Stiglitz, *La protección*.

²⁵ Conf. Andorno, op. cit., p. 945; Trigo Represas, op. cit., p. 663.

²⁶ Así lo entendieron los despachos minoritarios de las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil -Punta del Este, 1968- ("el elaborador no asume el riesgo del progreso científico posterior al lanzamiento del producto") y de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil -La Plata,

nexo causal, en tanto para otro³⁹, constituye un factor de atribución objetiva de responsabilidad del productor-fabricante.

El "riesgo del desarrollo" engloba a aquellos "daños que no pudieron ser previstos por el responsable al tiempo que la cosa riesgosa o viciosa fue puesta en circulación o la actividad ejercida, porque los conocimientos técnicos del momento impedían advertir su peligrosidad"⁴⁰.

Por nuestra parte y sin pretender agotar el tema que excede el marco de este trabajo, creemos que el mencionado riesgo es resarcible por cuanto se trata de un daño cierto —ya que aunque desconocida la nocividad, existía al tiempo de su lanzamiento—, y además se encuentra en relación de causalidad adecuada.

Para redondear la noción de "defectuosidad" que hemos analizado, resulta sumamente esclarecedora la clasificación en "defectos de fabricación", de "construcción" y de "instrucción" que hace la doctrina⁴¹. Los defectos de fabricación son aquellos producidos por la falla de algún operario o de una máquina que representan el reducido porcentaje de productos fallados que existe en todo proceso de fabricación. Son de naturaleza excepcional y su prueba resulta harto difícil.

Los "defectos de construcción" responden a fallas estructurales en la fabricación y afectan a una serie de productos elaborados bajo el mismo diseño. Por último, los "defectos de instrucción" son aquellas deficiencias de información al consumidor acerca de cómo usar el producto y su

1981— ("la existencia del defecto de fabricación deberá juzgarse según las normas científicas y técnicas corrientes a la época de puesta en el comercio y no según los avances científicos desarrollados al tiempo del juzgamiento"). Es también la postura adoptada por el nuevo Proyecto de Unificación del Derecho Privado (art. 1113).

³⁹ Esta es la postura mayoritaria de las mencionadas IV Jornadas Rioplatenses de Derecho ("el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al momento de lanzarlo al mercado") y en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ("el fabricante no queda exonerado cuando conocimientos científicos posteriores prueban la defectuosidad del producto"). En el mismo sentido se expidió la Comisión I^a de las I Jornadas sobre Responsabilidad por Productos Farmacéuticos y Medicinales (Morón, 1987). Para un análisis detallado de posturas doctrinarias en nuestro derecho: Mexina de Estrella Gutiérrez, op. cit., p. 182.

⁴⁰ Mexina de Estrella Gutiérrez, *Opacielta*, Aplicación del sistema de "actividad riesgosa" a los daños modernos, LL, 1989-C-945.

⁴¹ Trigo Represas, op. cit., p. 463.

grado de peligrosidad⁴². Estos dos últimos supuestos son de más fácil prueba en razón de su generalidad.

Una vez precisados los "conceptos jurídicos que conforman la responsabilidad civil por daños al consumidor nos proponemos averiguar quién es el responsable y la índole de la responsabilidad en juego"⁴³. En otras palabras, sabemos que cuando el producto elaborado resulta defectuoso —en razón de una falla en su fabricación, construcción o instrucción— produce un daño en la salud de quien lo consume, generándose así el deber de reparar el perjuicio. Debemos precisar en esta etapa de nuestro ensayo, a quién debe atribuirse la responsabilidad de tal evento dañoso y cuáles serán los fundamentos normativos en que se apoyará la acción del consumidor-víctima.

Respecto de la primera cuestión, convengamos que ante la multiplicidad de sujetos que intervienen en el proceso de fabricación, comercialización y distribución de un producto (fabricante, importador, proveedor, intermediario, mayorista, minorista) se plantea el difícil interrogante de individualizar cuál de todos ellos es el sujeto imputable. Todos ellos concurren a la introducción de un riesgo en el mercado que resulta la contrapartida del beneficio que su fabricación, distribución o comercialización les reporta. Sin embargo es el fabricante quien, en virtud de su aptitud (*know how*) para entender los procesos de fabricación, puede conocer mejor la nocividad de un producto. El es también, quien introduce el riesgo, generando un provecho que luego los demás comparten. Por ello, la imputación de responsabilidad se dirige en primera instancia al fabricante, sin perjuicio de la responsabilidad concurrente de los otros eslabones del proceso productivo, conforme su grado de participación en el perjuicio.

Pasemos ahora a resolver el segundo interrogante: ¿cuál es la base normativa sobre la que se apoyará la acción del consumidor-víctima? El próximo apartado busca responder esto.

⁴² Así lo entendió la jurisprudencia en el celebrado fallo de la CNCiv. Sala A, 17/970. "Estancias del Oeste SA c/ Bayer Argentina SA", LL, 1978-C-616.

⁴³ Liambias, *op. cit.*, p. 1493.

5. EL ESQUEMA ACTUAL EN NUESTRO DERECHO

Comencemos diciendo que nuestro Código Civil carece de una regulación sistemática del tema que nos ocupa. Por ello se le aplican las normas de la teoría general de la responsabilidad civil.

Nuestro codificador legisló en función de los modos de producción contemporáneos a su obra, "basados en el fruto del obrar humano y distanciadas de la actual producción en serie, caracterizada por lo anónimo y lo mecánico"⁴⁴. Ello nos convence de la necesidad de la existencia de un especial dispositivo legal en la materia que adecue el moderno derecho de daños a las actuales formas de producción.

A la luz de la legislación vigente y considerando los supuestos posibles que se presentan en las relaciones comerciales, podemos sistematizar la responsabilidad por daños al consumidor de la siguiente manera⁴⁵:

a) Supuesto del fabricante-vendedor: quien enajena la cosa directamente al consumidor.

b) Supuesto del fabricante-no vendedor: quien sólo constituye el eslabón inicial de la cadena de comercialización del producto.

c) Supuesto del vendedor-no fabricante: quien vende el producto al consumidor luego de recibirlo del fabricante o de cualquier otro intermediario.

En el primer caso, la responsabilidad del productor-fabricante es, a todas luces, contractual. La doctrina mayoritaria⁴⁶ ha entendido que el daño en la persona del consumidor constituye violación de la obligación técnica de seguridad. Esta obligación, de creación doctrinaria⁴⁷, supone que la ejecución del contrato no debe resultar dañosa en la persona de ninguna de las partes. Como la obligación de segu-

⁴⁴ Stiglitz, *El deber de seguridad*, p. 13.

⁴⁵ Conf. Altarini - López Cabana, *op. cit.*; López Cabana - Lloveras, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op. cit.*; Liambias, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*

⁴⁶ Conf. Trigo Represas, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op. cit.*; Liambias, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*; Goldenberg, *op. cit.*

⁴⁷ Recopilada del derecho francés, donde desempeña un papel importantísimo, sobre todo en el contrato de transporte, fue introducida en nuestra doctrina civilista por Jorge Bustamante Alsina en un artículo que abrió el camino a toda la temática de los daños al consumidor. Bustamante Alsina, Jorge, *op. cit.*

riedad es una obligación de resultado, una vez acreditado el daño, corresponde al productor-fabricante establecer la ruptura del nexo causal para exonerarse. Conforme a este esquema, la acción del consumidor-víctima se fundará en los daños y perjuicios sufridos por el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales.

También se acepta pacíficamente la acción de responsabilidad por vicios redhibitorios, pero con un alcance mucho menor y en los términos del art. 2176 del Cód. Civil. Por lo tanto, se exigirá para su procedencia que el fabricante-productor conozca los vicios de la cosa vendida, que no los haya manifestado al consumidor, y además, que éste opte por la rescisión del contrato, en lugar de demandar una acción *quanti minoris*.

Frente a este esquema resultó novedoso e innovador el aporte realizado por los doctores López Cabana y Lloveras en un recordado artículo sobre el tema en cuestión⁴⁸. Estos autores planteaban responder al problema analizado, sin recurrir a la ficción de la obligación tácita de seguridad, a través de una interpretación amplia de los arts. 520 y 521 de nuestro Cód. Civil.

A su criterio, debían entenderse comprendidos los daños al consumidor por productos defectuosos dentro del concepto de daños intrínsecos en cuanto "el daño sufrido por el comprador deviene interno a la trama del contrato" ya que "ningún otro fin verosímil cabría asignar a la compra de un producto que no sea el de consumirlo"⁴⁹.

En el segundo supuesto -fabricante-no vendedor- la responsabilidad es extracontractual, a pesar de debiles esfuerzos doctrinarios por reputarla contractual⁵⁰.

Sin embargo, se ha generado un interesante debate sobre cuál ha de ser el fundamento de esta responsabilidad extracontractual.

Cierto sector de la doctrina⁵¹ sostiene que el productor-

⁴⁸ López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 548.

⁴⁹ López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 553.

⁵⁰ Se han esbozado distintas tesis al respecto, que se encuentran sistematizadas en el nombrado estudio de López Cabana - Lloveras. Ellas son: la tesis del negocio fiduciario, de la cesión de derechos, de la relación contractual clásica, la tesis de la acción directa, la tesis de la acción subrogatoria, y la tesis del contrato a favor de terceros. Ver López Cabana - Lloveras, *op. cit.*, p. 553.

⁵¹ Conf. Llamblas, *op. cit.*; Salerno, *op. cit.*; Bustamante Alsina, *op.*

fabricante debe responder en virtud de la violación del principio genérico del *naminem laedere* consignado en el art. 1109 del Cód. Civil. Otro sector²², hace descansar el fundamento de la responsabilidad en una interpretación extensiva del párr. 2º del art. 1113 del Cód. Civil. Así, redefine el concepto de "dueño" o "guardián" que establece la letra del citado artículo e introduce la teoría del riesgo provecho. Se sostiene que debe responder quien es el dueño o guardián del producto al tiempo de su lanzamiento al mercado, es decir, en el momento en que se introduce el riesgo²³.

Finalmente, en el último caso se discute en doctrina²⁴ si debe extenderse o no la obligación de seguridad al vendedor no fabricante. Las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981), sin llegar a resolver la cuestión, establecieron causales de exoneración²⁵ para el comerciante minorista, que, a nuestro juicio como luego lo veremos, aumentan el principio de seguridad jurídica en las transacciones comerciales.

Éste es el esquema actual en que se desenvuelve la temática de los daños al consumidor en la legislación vigente. En el próximo apartado estudiaremos la nueva base normativa que intenta el Proyecto de ley que estamos analizando, y que según sus propios autores busca tomar "las necesarias precauciones legislativas... en función de la tutela del débil jurídico"²⁶.

6. SOLUCIONES APORTADAS POR EL PROYECTO

El tema que nos ocupa, es regulado por el art. 18 del Proyecto. Éste establece: "Si del producto o del servicio

cit. También ha sido la postura mayoritaria de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

²² Conf. López Cabana - Lloveras, op. cit.; Trigo Represas, op. cit.; y la posición minoritaria de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

²³ Ver López Cabana - Lloveras, op. cit.

²⁴ A favor se expresan Bustamante Alaina, op. cit.; Millner, Mauricio. La responsabilidad civil por productos elaborados, LL, 143-456. En contra: Llambías, op. cit.; Trigo Represas, op. cit.

²⁵ Ellas son: a) que el vicio sea de fabricación, b) que el vendedor no tenga ni deba tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión, c) que le sea imposible controlar la calidad del producto, y d) que no asuma personalmente esa garantía.

²⁶ Alierini - López Cabana - Stigitz, op. cit., p. 1004.

resulta daño, responderán el productor, el fabricante, el importador, el vendedor, el proveedor, y quien haya puesto su marca en el producto o servicio. La responsabilidad será concurrente, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que ha sido ajeno a la causación del daño²⁷. El esquema se complementa con los arts. 19 y 20 que regulan el plazo de prescripción, y la extensión del resarcimiento respectivamente. A propósito del art. 18 digamos que aunque no prevea expresamente la responsabilidad por daños al consumidor²⁸, ello surge implícitamente de la fórmula que emplean los autores ("si del producto o servicio resulta daño"). Este artículo establece la responsabilidad objetiva y concurrente de todos aquellos vinculados no sólo al proceso productivo (productor y fabricante) sino de aquellos relacionados con la distribución y comercialización de un producto o servicio (importador, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en ellos).

La responsabilidad es objetiva en virtud de la aplicación del art. 1113 del Cód. Civil con un criterio amplio y pragmático que pone fin a las discusiones doctrinarias comentadas. Ello es así en razón de que se responsabiliza a "todo aquel que se sirve" (conforme los términos estrictos de la fórmula original del art. 1113) de una cosa riesgosa. Por ello los autores del Proyecto prevén la imputación de responsabilidad aun de "quien haya puesto su marca" (art. 18) en el producto o servicio.

La responsabilidad es concurrente en razón de la coexistencia de distintas obligaciones —una por cada uno de los sindicados por el artículo como responsables—, cuyo objeto —la reparación del daño causado por el producto defectuoso— y el sujeto activo —el consumidor-víctima— son idénticos²⁹. La concurrencia de los obligados a reparar el perjuicio es en proporción a su grado de participación en él. Según los mismos autores³⁰ el artículo en cuestión recepta las recomendaciones efectuadas por las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) y las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil (Punta del Este, 1986), así como

²⁷ Así lo hace el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial que cuenta con media sanción del Congreso Nacional.

²⁸ Conf. Liambias, Jorge, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones*, Bs. As., Abeledo-Perrot, t. II.

²⁹ Conf. Alterini - López Cabana - Stiglitz, op. cit.

también coincide con la solución adoptada por el art. 2176 del Proyecto de Unificación²⁰.

Finalmente, digamos que el art. 19 del Proyecto establece un plazo de prescripción para la acción por daños y perjuicios de cinco años, conforme a la solución arribada en el art. 3933 del Proyecto de Unificación, tomada del Código Civil italiano de 1942²¹.

En cuanto a la extensión del resarcimiento se comprenden las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles, con expresa inclusión del daño moral resultante (art. 20).

Antes de pasar al siguiente apartado, dedicado al análisis de las soluciones aquí reseñadas, queremos destacar que el Proyecto legisla saludablemente un solo régimen de responsabilidad en consonancia con la moderna doctrina y el Proyecto de Unificación del derecho privado.

7. ALGUNOS INTERROGANTES QUE NOS SUGIERE EL PROYECTO

Como ya lo señalamos, creemos que el Proyecto en cuestión constituye la punta de lanza del derecho del consumo. No obstante mantenemos algunas diferencias que se centran —en nuestro criterio— en un impreciso acotamiento de ciertas figuras legales que, por el carácter puntual del Proyecto, sería aconsejable establecer.

Nuestras críticas se centran en los siguientes temas:

- a) Ámbito de aplicación del régimen propuesto (art. 1°).
- b) El concepto de consumidor (art. 1°).
- c) La responsabilidad concurrente e indiscriminada de todos los eslabones de la cadena de comercialización (art. 18).
- d) La ausencia de límite monetario en la reparación del daño (art. 20).
- e) La no regulación del instituto del seguro.

El primer interrogante se plantea en el art. 1° cuando establece el ámbito de aplicación de este régimen. En efecto, dicha norma sostiene que "las disposiciones de esta ley se aplican a las relaciones jurídicas establecidas entre quienes

²⁰ Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Bs. As., Abeledo-Perrot, p. 118.

²¹ Ver las notas explicativas del Proyecto de Unificación.

que ocasionalmente, producen o comercializan cosas, o proveen servicios, y los consumidores". Este artículo regula, por lo tanto, las relaciones jurídicas establecidas entre el consumidor-victima y quien le provee un producto o un servicio defectuoso.

Nos permitimos sostener que consideramos disvalioso que dicho artículo incluya a aquellas vinculaciones celebradas por proveedores ocasionales. Creemos que la profesionalidad debería ser el elemento determinante para atribuir responsabilidad por daños al consumidor.

Entendemos que esta disposición introduce un factor de grave perturbación en las pequeñas relaciones negociales que se dan accidental y cotidianamente, por ejemplo, entre vecinos⁴². Piénsese en aquel vecino que ante nuestro requerimiento nos "regala" la lata de palmitos que "nos saca de apuro". Si tal producto enlatado generara daños en nuestra salud, ¿sería justo que respondiera nuestro amable y ocasional proveedor? Creemos que no: su falta de profesionalidad lo inhabilita para conocer cuándo un producto es defectuoso. Además, como se trata de un producto envasado, la imposibilidad de verificar su inocuidad se convierte en un elemento relevante⁴³.

Nuestra posición encuentra apoyatura en el art. 402, a, del *American Restatement of Torts*⁴⁴ que establece que "la responsabilidad especial del vendedor de un producto por

⁴² Sostiene Maurice Milner, refiriéndose a la *strict liability*, que "no es aplicable al vendedor ocasional de mercaderías que no ejerce la actividad como parte de su comercio; por ejemplo, el ama de casa que en una ocasión vende a la vecina un frasco de dulce o un kilo de azúcar, o el particular que vende su automóvil. La razón de ello es que estos casos carecen del fundamento inicial de la responsabilidad estricta aplicable al comercio de la venta de alimentos, esto es, que su cliente se ve obligado a depender de él en cuanto a la calidad de dichos alimentos". Ver Milner, *op. cit.*, p. 864.

⁴³ A mayor abundamiento, consideramos que de ser aprobada esta norma, se vería gravemente afectado el principio que hemos llamado "la normal solidaridad entre vecinos"; en este caso, la desconfianza y la inseguridad imperarían entre ellos.

⁴⁴ El *American Restatement of Torts* es un texto preparado por el American Law Institute que refleja la opinión de los más destacados juristas norteamericanos en cuestiones reguladas por jurisprudencia contradictoria o confusa. No tratándose de una compilación de fallos judiciales ni de un Código con sanción legal, el *Restatement* tiene por objeto sistematizar el derecho vigente para facilitar la labor del intérprete. Ver Bustamante Alcina, *op. cit.*

daño físico al usuario o consumidor" se da cuando "ha vendido un producto en condiciones defectuosas que resulten más peligrosas que lo razonable... Será responsable por el daño físico que sea causado... si a) el vendedor habitualmente vende productos semejantes"⁶².

El segundo interrogante que planteamos también surge del art. 1º. Precisamente cuando se define el término "consumidor". Allí se sostiene que "se consideran consumidores a las personas físicas que contratan con relación a 'cosas o servicios', para satisfacer necesidades personales, familiares o domésticas". Creemos que es desaconsejable limitar el concepto de "consumidor" sólo a las personas físicas. En efecto, consideramos que el derecho debería buscar proteger al débil jurídico⁶³, sea cual fuere la naturaleza de ese sujeto —persona física o persona jurídica—. Creemos que esto es así en razón de que pueden estar en una situación de debilidad tanto una persona de carne y hueso como el humilde orfanato de nuestra historia inicial.

En este sentido, se orienta el Proyecto de ley elaborado por el senador Luis León⁶⁴ que parte de un concepto amplio de consumidor⁶⁵. También podemos citar la Carta del Consejo de Europa de 1973 que sostiene que "un consumidor es una persona física o jurídica a la cual le son vendidos o suministrados bienes y servicios para su uso privado"⁶⁶.

El tercer interrogante se nos presenta en el acápite del art. 18 del Proyecto; éste establece que "si del producto o del servicio resulta daño responderán el productor, el fabricante, el importador, el vendedor, el proveedor y quien haya puesto su marca en el producto o servicio", fijando luego la responsabilidad concurrente de todos ellos.

Como se ve, la responsabilidad establecida por este artículo comprende —entre otros sujetos— al vendedor no fabricante⁶⁷. Creemos que tal inclusión es disvaliosa en el

⁶² Millner, *op. cit.*, p. 251.

⁶³ Las recientes XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariolche, 1988) sostuvieron, refiriéndose a los criterios del Proyecto de unificación Legislativa, que "el de protección debería atender a la debilidad antes bien que a la calidad de personas físicas".

⁶⁴ Fue aprobado por la Honorable Cámara de Senadores el 30 de octubre de 1988 y, desde esa fecha cuenta con media sanción legislativa.

⁶⁵ Ver Messina de Estrella Gutiérrez, *op. cit.*, p. 80.

⁶⁶ Ver el citado texto en Stigitz, *La protección*.

⁶⁷ Respecto de él, digamos que "al masificarse las mercancías fue de-

supuesto de productos envasados. En efecto, al vendedor no fabricante le resulta virtualmente imposible verificar la inocuidad de ellos. A veces, aunque quisiera hacerlo, no estaría capacitado para entender en la materia debido a los complejos procesos de industrialización. En otros términos el comerciante es un mero intermediario o "correo" de la oferta emitida por el fabricante al estampar su marca en el producto⁷¹. Debemos agregar a este hecho, que la mayoría de las veces los vicios de que adolecen los productos envasados son defectos de fabricación, y, por lo tanto, imprevisibles e inevitables. Es por ello que —como dijimos— al comerciante le resulta materialmente imposible ejercer un control de calidad sobre el producto. Además, consignemos que el pequeño y mediano comerciante no se encuentra en la posición de las grandes empresas fabricantes para "absorber o distribuir el incremento en el costo del producto que significa la contratación de seguros de responsabilidad"⁷².

Por todo ello, concluimos que el vendedor no fabricante no debería, por regla, ser responsabilizado en los términos del art. 18 cuando se tratara de productos envasados y correctamente identificados, que adolecieran de vicios de fabricación de imposible verificación material por el comerciante. No obstante ello, debe exigírsele, en virtud de su profesionalidad, el control de la autenticidad del origen y la fecha de vencimiento del producto⁷³. Esta postura fue sostenida en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en La Plata en 1981, por la Comisión encargada de la Responsabilidad por productos elaborados⁷⁴.

Esta solución no exime la responsabilidad genérica que le asigna el mencionado art. 18 al vendedor-no fabricante,

jando de ser un intermediario activo y, por lo general, imprescindible entre la producción y el consumo, para devenir en un eslabón más, ya no necesario, en el proceso de venta". Trigo Represas, *op. cit.*, p. 668.

⁷¹ La moderna doctrina norteamericana sostiene que entre el fabricante de productos envasados y el consumidor existe una relación a todas luces contractual cuya naturaleza no se ve afectada por la mera intermediación del comerciante. El mencionado fabricante emite su oferta al rotular su producto y lanzarlo al mercado. La oferta se perfecciona con efecto diferido cuando el consumidor adquiere el producto. Ver Allanak, *op. cit.*

⁷² Allanak, *op. cit.*, p. 349.

⁷³ Ver CI⁴CivCom, La Plata, Sala III, 27/10/83, "Capresella de Hernández Bardi c/Bocabela, José y otro", LL, 1985-D-38.

⁷⁴ Ver nota 55. Allí se enumeran las causales de exoneración del vendedor no fabricante, contempladas en las citadas Jornadas.

simplemente acota el ámbito de la responsabilidad de quien, en las actuales condiciones del mercado, no resulta sino "un profano de las mercaderías que le toca revender"⁷¹.

El último interrogante que nos plantea el Proyecto se centra en el art. 20. Este sostiene que "la indemnización comprenderá las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, e incluirá el daño moral". Ante el silencio de esta norma y en consonancia con la atribución de responsabilidad objetiva que hace el art. 18 ya citada, inferimos que los autores no han considerado oportuna la limitación monetaria de la extensión del resarcimiento.

Creemos que dicha falta de limitación desalienta la iniciativa privada e impide el establecimiento de mecanismos aseguradores que garanticen el cobro de la indemnización por parte de la víctima. Fundaremos esta observación analizando especialmente los dos problemas que ella plantea:

- a) La limitación indemnizatoria.
- b) El instituto del seguro.

Como se sabe, la mayor parte de las leyes modernas que crean hipótesis de responsabilidad objetiva, establecen como contrapartida la limitación⁷² de la responsabilidad a través de topes monetarios máximos y no por medio de la distinción entre las consecuencias inmediatas y mediatas del hecho dañoso. Un claro ejemplo de ello lo establece el art. 1113 del Proyecto de Unificación⁷³.

La utilidad de este "techo indemnizatorio" es doble. Por una parte, este régimen limitativo promueve la iniciativa privada al hacer posible cuantificar con anterioridad el costo del riesgo empresario a asumir⁷⁴. Por otra parte, esta limitación es necesaria para que sea posible la actividad

⁷¹ Trigo Represas, op. cit., p. 569.

⁷² Se sostuvo en el I Congreso Internacional del Derecho de Daños (Buenos Aires, 1959) que "cabe distinguir conceptualmente la tarificación de la limitación de la responsabilidad. La primera presume el daño y lo cuantifica. La segunda exige la prueba del perjuicio y opera como tope máximo". (Despacho de la Comisión n° 3: Límites del resarcimiento en la responsabilidad objetiva).

⁷³ En el mismo sentido se orientan el Código portugués y la ley de Quebec sobre seguro de automóviles, entre otros. Ver López Cabana, Roberto, La atribución objetiva de responsabilidad con limitación indemnizatoria en la unificación del derecho privado, LL, 1958-C-826.

⁷⁴ Es muy importante destacar que este sistema de ninguna manera busca eliminar el riesgo empresario; por el contrario, pretende hacer posible la determinación del capital arriesgado.

aseguradora por dos razones: como negocio rentable para el empresario asegurador y como medida de protección accesible para un mayor número de asegurados. La inexistencia de un límite indemnizatorio eleva irrazonablemente el monto de las primas, tornando al negocio del seguro de azarosa rentabilidad, que se agrava especialmente en las actuales condiciones económicas⁷⁹.

En razón de lo expuesto, somos partidarios de la limitación indemnizatoria. Sin embargo, creemos que tal tope no debería funcionar⁸⁰ cuando se diera alguna de las siguientes causales:

a) Cuando del hecho dañoso deriva la muerte de la víctima.

b) Cuando el demandado debió —en razón del riesgo de la actividad emprendida— razonablemente asegurarse⁸¹.

Fundamos la primera causal en nuestra convicción de que el valor vida siempre es superior a cualquier valor de naturaleza económica.

La segunda causal es utilizada por el art. 1113 del Proyecto de Unificación. Destacamos que la decisión de asegurarse o no está asentada en un criterio de razonabilidad en función de la magnitud del riesgo generado por la actividad emprendida.

En síntesis, nos permitimos afirmar que si el art. 20 analizado estableciera una limitación indemnizatoria se lograrían armonizar los dos valores en juego: el interés de la parte empresaria de que su riesgo no sea limitado y el del consumidor-víctima de que el daño producido le sea reparado.

⁷⁹ Confirma esta aseveración la reciente suspensión del aseguramiento de los accidentes de trabajo dispuesta por la Cámara de empresas que agrupa a las compañías aseguradoras.

⁸⁰ En estos supuestos regiría el principio de reparación plena.

⁸¹ El tema del seguro es conflictivo. Sobre él existen dos posturas extremas que reputamos igualmente disvaliosas: por un lado, el "seguro obligatorio", el cual no se adecua a la actual coyuntura económica; y por el otro, la prescindencia total del seguro, lo cual aborta la posibilidad cierta de socializar el daño. Por ello, consideramos acertada una posición intermedia como la adoptada por el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

8. CONCLUSIONES

a) El fenómeno de la masificación de la producción a la par de mejorar las condiciones de vida, ha acrecentado sustancialmente los riesgos del consumo.

b) La clara diferencia de poderes entre el proveedor de bienes y servicios (empresario) y quien los adquiere (consumidor) coloca a este último en un estado de debilidad.

c) La función del derecho consiste en equilibrar esta desigualdad a través de la protección del débil jurídico. Esta se materializa en el instituto de la protección jurídica del consumidor.

d) Esta protección será ilusoria sin la garantía de un acceso amplio y rápido a la justicia. Por ello el reconocimiento de los intereses difusos se vuelve imperativo.

e) Dentro de los derechos reconocidos a los consumidores, adquiere especial relevancia el derecho a la seguridad y adecuada protección de su salud.

f) Los productos en mal estado que afectan la salud o la seguridad de quien los consume generan "responsabilidad por daños al consumidor".

g) La imputación de responsabilidad debe dirigirse —en principio— al fabricante ya que él es quien introduce el riesgo generando un provecho que luego los demás eslabones de la cadena de comercialización comparten.

A) No obstante ello debe admitirse la responsabilidad concurrente de estos últimos, aunque debe ser limitada en los casos de productos envasados.

i) La atribución de responsabilidad al fabricante por daños al consumidor, es objetiva en los términos del art. 1113 del Cód. Civil.

j) El oportuno Proyecto Alterini - López Cabana - Stiglitz establece la responsabilidad objetiva y concurrente de todos los eslabones de la cadena de comercialización.

k) Frente a este esquema es necesario señalar nuestras diferencias de criterio respecto del ámbito de aplicación de la ley, del concepto de consumidor, de la extensión indiscriminada de la responsabilidad, de la falta de limitación monetaria del resarcimiento y de la ausencia de regulación sobre el seguro.

4) Sin embargo, estas observaciones no invalidan la trascendencia del Proyecto y su contribución al crecimiento y desarrollo del derecho de consumo que se proyecta necesariamente al siglo XXI.