

La exclusión de la figura del *consumidor expuesto* en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Santiago José Peral

1. Introducción [arriba] -

La temática que abordaremos en el presente ensayo, tendrá como objetivo analizar una de las cuestiones puntuales que modificadas en el estatuto de defensa del consumidor, a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: la figura del “consumidor expuesto”, también llamado “by stander”.

Analizaremos en el presente estudio cómo se encontraba receptada la figura del “consumidor expuesto” en la LDC, luego de su incorporación mediante la ley 26.361, para pasar seguidamente a abordar cuáles serán los sujetos amparados por el régimen tuitivo del consumidor, de acuerdo a la regulación que ofrecerá el nuevo código.

Todas estas cuestiones serán expuestas a la luz de las opiniones de la doctrina autorizada en la materia, para finalmente dejar sentada nuestra opinión respecto de esta modificación en el régimen protectorio de los consumidores y usuarios, que alterará sustancialmente el ámbito subjetivo de aplicación del mismo.

2. La figura del consumidor expuesto introducida por la Ley N° 26.361 [arriba] -

La ley 26.361 dictada en el año 2008 introdujo importantes modificaciones en el régimen protectorio de los consumidores; en lo que interesa al presente ensayo, la referida ley sustituyó el art. 1 de la Ley 24.240, ampliando considerablemente el ámbito de aplicación del estatuto consumeril.

Como consecuencia de la reforma a la que aludimos ut supra, la LDC pasó a brindar protección al denominado “consumidor expuesto” o “by stander”.

El segundo párrafo del artículo 1 de la LDC, -luego de la modificación introducida por la ley 26.361-, establece que: “se considera consumidor o usuario...a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Se trata precisamente de quien sufre consecuencias a partir de la relación de consumo ajena[1].

Resulta imperioso dejar en claro qué debe entenderse por consumidor expuesto, al respecto, señala Rusconi que “se trata de una persona o grupo de ellas que no son parte de la relación de consumo “base” o “fuente”, pero que, además, no adquieren o utilizan bienes como destinatarios finales, sino que solamente se encuentran expuestos a ellos o a las consecuencias del acto o relación de consumo que introdujo esos bienes en el mercado”[2].

Continúa el autor citado analizando la figura del consumidor expuesto o tercero consumidor, y señala que, quien “de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” no es un sujeto que participa o se encuentra involucrado -vinculado- en ella; “estar expuesto a” implica ajenidad respecto de la relación de referencia. Aquí no existe vínculo jurídico desde antes, sino que el vínculo se concreta con la materialización de los efectos de una relación de consumo que refleja sus consecuencias hacia terceros[3].

En lo que respecta a los fundamentos de la incorporación de este nuevo sujeto al régimen tuitivo, la doctrina ha sostenido que la misma busca “asegurar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad civil, cualquiera fuere el camino o la vía para esa incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes”[4].

Existen opiniones dentro de la doctrina, que consideran fructífera la legitimación conferida al consumidor expuesto, en orden a: 1)- contemplar la situación de los potenciales consumidores frente a campañas publicitarias o prácticas comerciales; y 2)- en los casos en que se encuentre implicada la seguridad de los productos o servicios incorporados al mercado[5].

Sobre la particular figura del consumidor expuesto, sostiene Santarelli que no cabe lugar a hesitación alguna de que la figura del consumidor expectante tiene utilidad a la hora de controlar la actuación de los oferentes en el mercado de cara a los potenciales consumidores; es decir que la legitimación reconocida es el primer paso para un control de la oferta, y en particular para todo el iter precontractual, constituyéndose en una herramienta necesaria para el control de la publicidad, las prácticas comerciales desleales aún por aquél no contratante[6].

Como puede observarse la protección brindada al sujeto expuesto a una relación de consumo por parte del estatuto de defensa del consumidor, fue bien receptada y, me animo a decir celebrada por autorizada doctrina en la materia.

La incorporación del by stander en nuestro régimen de consumo, significó la recepción normativa de una tendencia que ya venía vislumbrándose en nuestra jurisprudencia.

La tendencia jurisprudencial a la que aludimos ut supra nos conduce a hacer referencia al famoso Caso “Mosca Hugo c/ Provincia de Buenos Aires y Otros” del 6 de marzo de 2007, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció legitimación al actor, que sin ser parte de una relación de consumo, -en el caso concreto se trataba de un espectáculo deportivo-, se vio expuesto a ella, sufriendo lesiones por las cuales se responsabilizaron a los organizadores del evento.

En el Caso Mosca, en lo que respecta a la relación de consumo, la Corte Federal sentó una pauta interpretativa esencial: “...el derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la

Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos”. En conclusión, el fallo deja sentado un principio contundente que debe ser remarcado: “el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales o bilaterales” [7].

Es importante destacar que la pauta interpretativa sentada en el fallo Mosca y referenciada en el párrafo anterior, es concordante con la fijada en otros precedentes jurisprudenciales como el del Caso Zubeldía[8], donde se sostuvo que: “...la protección de la seguridad es un derecho previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional...la seguridad, que en este caso debe ser entendida como simple derecho a asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno, es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes organizan eventos que importan algún riesgo potencial para los asistentes, así como también de las autoridades públicas encargadas de la respectiva fiscalización...”[9].

Resulta evidente, a la luz de los precedentes citados, que nuestra jurisprudencia venía afirmando ciertos principios fundamentales vinculados a la figura del sujeto a expuesto a la relación de consumo, tornándose imperiosa la necesidad de que esa realidad jurisprudencial se materializase en la normativa protectoria de los consumidores y usuarios. Esa necesidad fue atendida por la ley 26.361 que, en el año 2008, introdujo al “consumidor expuesto” entre los sujetos amparados por el estatuto de defensa del consumidor.

3. La protección del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial. La desaparición de la figura del *consumidor expuesto* [arriba] -

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCom) sancionado por Ley 26.994, en vigencia desde agosto de 2015, introduce algunas innovaciones en materia de defensa del consumidor.

Excede al objetivo del presente trabajo analizar todas las cuestiones relativas a los derechos del consumidor que, a partir de ahora, se encuentran tipificadas en el nuevo código; sin embargo, haremos hincapié en una de ellas que gira en torno a la reducción del ámbito subjetivo de aplicación del régimen de consumo.

El CCyCom regula específicamente los “contratos de consumo” dentro del Título III, del Libro Tercero de “Derechos Personales”, resultando criticable la técnica legislativa escogida por el hecho de que se introdujo el análisis de la relación de consumo, bajo el título de “contratos de consumo”, cuando la primera excede al marco meramente contractual, pudiendo presentarse relaciones de consumo que no derivan de un contrato, como aquellas entabladas entre un proveedor y un “consumidor no contratante” o “consumidor equiparado”[10]. No

obstante lo señalado, adentrarnos en una crítica de la técnica legislativa adoptada, en este caso particular por el nuevo código, excede la finalidad perseguida por el presente ensayo.

El art. 1092 del CCyCom[11] define a la relación de consumo, precisando también lo que debe entenderse por consumidor, delimitando de esta manera el ámbito de aplicación del régimen tuitivo de los consumidores o usuarios.

Como se puede observar a simple vista, el CCyCom, al excluir como sujeto destinatario de protección al “consumidor expuesto” o “by stander”, acota el ámbito subjetivo de aplicación del régimen tuitivo.

A nuestro entender el acotamiento al que aludimos resulta absolutamente negativo, ya que la desaparición de la figura del by stander constituye un verdadero retroceso en la protección de los derechos del consumidor que brinda nuestro ordenamiento jurídico. Con esta modificación en el ámbito de aplicación, introducida por el nuevo código en su art. 1092, se desmorona, en nuestra opinión, uno de los mayores logros alcanzados por la reforma introducida a la LDC por la Ley N° 26.361.

La doctrina mayoritaria entiende que la figura del consumidor expuesto prevista en la LDC y eliminada por el CCyCom admitía dos interpretaciones posibles: (i) la que lo ciñe al damnificado real y efectivo como consecuencia de una relación de consumo de la que no es parte, y (ii) la que lo sitúa en un ámbito más amplio, que concierne a la tutela preventiva en el mercado y a los intereses colectivos (XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2011). De esta forma, la protección de la LDC alcanzaba a quienes no resultaban consumidores en virtud de una relación contractual o como usuarios, pero podían padecer consecuencias derivadas de relaciones de consumo[12].

A los fines de tratar de comprender el hecho de que, pese a las numerosas opiniones doctrinarias que defienden y avalan la figura del consumidor expuesto, el CCyCom haya decidido excluirlo del ámbito de protección, resulta necesario analizar los fundamentos sobre los que se sustentó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que hoy en día ya ha sido sancionado mediante la Ley 26.994 y se encuentra a la espera de su entrada en vigencia.

En los fundamentos del CCyCom, al aludirse a las definiciones de la relación y el contrato de consumo, se hace referencia a que tales definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones realizadas por la doctrina. Al analizar la figura del “consumidor expuesto” señala que su incorporación en el art. 1 de la LDC, mediante la modificación introducida por Ley N° 26.361, ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), el cual contempla dicha figura sólo en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general[13].

Continuando con el análisis de los fundamentos, de los mismos se extrae que, en virtud de que en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil la figura del consumidor expuesto se

encuentra prevista, pero limitada a las prácticas comerciales abusivas, resulta irrazonable la recepción que de la figura en cuestión realizó la ley 26.361, considerándose que la referida ley interpretada literalmente ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud[14].

Teniendo en cuenta las consideraciones extraídas de los fundamentos citados ut supra, compartimos las posiciones doctrinarias que efectúan críticas a los mismos.

En primer lugar, resulta objetable que se señale que las depuraciones realizadas al concepto de consumidor por parte del nuevo código, son consecuencia de observaciones efectuadas por la doctrina, sin aclarar cuál es la doctrina en la que se apoya, asumiéndose una postura doctrinaria unívoca, situación que se aleja de la realidad toda vez que hay una cuantiosa doctrina que avala la figura hoy derogada[15], tal como queda demostrado con los aportes doctrinarios citados al comienzo de este trabajo, los cuales se muestran a favor de la protección brindada por la ley al consumidor expuesto.

En segundo lugar, en lo que respecta al fundamento que sostiene que la redacción de la LDC carece de restricciones por lo que su texto ha generado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud, compartimos lo sostenido por parte de la doctrina que considera este argumento inadecuado toda vez que omite considerar la novedad del instituto que, desde su incorporación por la Ley N° 26.361, sólo contaba con menos de 5 años desde su creación, por lo tanto no se dio a la jurisprudencia el tiempo suficiente para que pueda delimitar o delinear adecuadamente el contorno de la figura del consumidor expuesto[16].

Desde nuestra perspectiva no hay lugar a dudas que la modificación introducida por el CCyCom respecto de este tema, representa un retroceso en la protección que el estatuto de consumo brinda a consumidores o usuarios en nuestro derecho, como así también la misma se presenta en franca contradicción para con el principio interpretativo fundamental que venía siendo sentado por la Corte Federal, en los fallos “Mosca” y “Zubeldía” citados anteriormente.

El consumidor expuesto en el nuevo código que regirá las relaciones civiles y comerciales de los argentinos, tendrá limitada su vigencia tan sólo al ámbito de las prácticas comerciales abusivas, tal como surge de los fundamentos del Anteproyecto[17] y de una confusa redacción del art. 1096 del CCyCom[18].

Ante el panorama planteado, subsisten aún ciertas dudas acerca del futuro del consumidor expuesto en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente porque lo dispuesto en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se contrapone con la doctrina legal sentada por la Corte en el caso “Mosca”. A esto debe agregarse que, cuando la Corte Suprema a nivel nacional dictó la sentencia en el mencionado caso, la figura del consumidor expuesto no se encontraba prevista en la LDC, -como tampoco se encuentra prevista ahora tras la reforma del CCyCom que la eliminó-, en aquél momento la Corte actuó en su carácter de intérprete constitucional del concepto de “relación de consumo”[19].

Al respecto coincidimos con la doctrina que sostiene que la reforma del CCyCom no limita la posibilidad de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantenga la interpretación de la relación de consumo fijada en “Mosca”, por ser ella la máxima intérprete de la Constitución Nacional, y por tratarse aquél de un concepto constitucional consagrado en el artículo 42 de la misma[20].

4. Nuestra opinión [arriba] -

Tal como quedó de manifiesto a lo largo del presente ensayo, a nuestro entender, la modificación que el CCyCom introducirá en el estatuto de defensa del consumidor, específicamente en lo relativo a la exclusión de la figura del “consumidor expuesto”, constituye una regresión en la protección que nuestro derecho brinda a consumidores y usuarios.

La exclusión del by stander traerá aparejada confusión, en virtud de que se contrapone a la doctrina emanada de importantes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, tales como el caso “Mosca” o “Zubeldía”. Consideramos que esta confusión deberá ser resuelta por un nuevo pronunciamiento de la Corte, que delimite con mayor claridad la extensión que habrá que otorgarle al concepto de relación de consumo a partir del nuevo código.

A nuestro entender, resulta negativa esta reducción del ámbito subjetivo de aplicación de la LDC, ya que la figura del “consumidor expuesto” funcionaba como un verdadero límite que la ley imponía a los proveedores a la hora de introducir sus bienes o servicios dentro del mercado.

La desaparición de la figura en análisis, desalentará las inversiones de los proveedores destinadas a prevenir potenciales daños a la sociedad de consumo, despreocupados de tener que responder por los daños que los bienes o servicios que comercializan pudieran ocasionarle a consumidores o usuarios expuestos a relaciones de consumo ajenas. Consideramos que la ausencia de la figura del by stander en el estatuto consumeril, provocará que los proveedores disminuyan sus esfuerzos tendientes a introducir bienes o servicios de calidad en el mercado, al verse eximidos de tener que afrontar potenciales demandas judiciales por parte de la gran masa de consumidores expuestos.

Esta nueva regulación de los derechos de consumidores y usuarios propuesta por el CCyCom, paradójicamente generará situaciones de mayor vulnerabilidad en aquellos sujetos que, sin contratar con proveedores los bienes o servicios que éstos comercializan, seguirán estando expuestos a sus prácticas comerciales abusivas, a la publicidad engañosa desplegada por éstos para captar consumidores, con total desprotección por parte del régimen tuitivo. Sin embargo, corresponde señalar que, pese a la deficiente redacción del artículo 1096 del CCyCom, parece ser, que el consumidor expuesto conservará su vigencia, al menos frente a las prácticas comerciales abusivas.

Consideramos que la temática abordada en el presente ensayo, reviste notable importancia no sólo para el derecho del consumidor, sino también para otras ramas como el derecho de daños, ya que dejará en situación de vulnerabilidad a muchísimas personas, frente a potenciales daños derivados de productos elaborados, o de servicios prestados en el mercado en forma deficiente por parte de proveedores irresponsables e inescrupulosos.

Ante el panorama descrito, como defensores de los derechos de los consumidores sólo nos queda ser optimistas, y esperar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su carácter de intérprete de nuestra Carta Magna, ratifique en futuros pronunciamientos el principio interpretativo sentado en torno a la relación de consumo en el caso “Mosca”, lo que permitiría a la valiosa figura del “consumidor expuesto” subsistir en nuestro derecho como sujeto alcanzado por la protección que brinda el microsistema del consumidor.

Notas [arriba] -

[1] Cfr. Picasso-Vázquez Ferreyra, “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”. La ley, 2009, Tomo I pág. 51-52. Comentario de Fulvio G. Santarelli.

[2] Cfr. Rusconi Dante D. “Manuel de Derecho del Consumidor”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 163.

[3] Ibid.

[4] Mosset Iturraspe, Jorge, en “La ley de defensa del consumidor. Ley 24.240 (modif. por leyes 24.568, 24787, 24.999 y 26.361) ”, Mosset Iturraspe - Wajntraub - Gozaíni. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pág. 13.

[5] Cfr. Hernández, Carlos, “Los contratos de consumo. Algunas tendencias actuales” en “Derecho de la empresa y del mercado” Dir. Araya - Bergia. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 76.

[6] Cfr. Santarelli, Fulvio G., “Novedades en el régimen de contratación con el consumidor”, pág. en Reforma a la ley de defensa del consumidor. Dir. Roberto Vázquez Ferreyra. La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 138.

[7] Cfr. Picasso-Vázquez Ferreyra, Op. Cit. Tomo III pág. 13. Comentario de Jorge Mario Galdós.

[8] CS, 07/02/2006, “Zubeldía, Luis y otros c. Municipalidad de La Plata y otro”. LA LEY, 2006-B, 630 y JA, 2006-II-696.

[9] Cfr. Picasso-Vázquez Ferreyra, Op. Cit. Tomo III pág. 3. Comentario de Jorge Mario Galdós.

[10] “Resulta objetable que se regule la relación de consumo dentro del Título del CCyCom dedicado a los contratos de consumo, toda vez que el contrato es sólo una de las posibles causas de una relación de consumo. Así, la relación de consumo puede surgir no sólo del contrato, sino de actos unilaterales o de hechos jurídicos”. (Rivera Julio César-Medina Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Comentario de Martín Sigal. La Ley. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2014, Tomo III, pág. 715).

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

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

[12] Rivera Julio César-Medina Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” Comentario de Martín Sigal. La Ley. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. La Ley, 2014, Tomo III, pág. 718.

[13] Cfr. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Págs. 130 y ss. (disponible en fecha 07/02/2015).

[14] Ibid.

[15] Cfr. Rivera Julio César-Medina Graciela, Op. Cit. Comentario de Martín Sigal, pág. 719.

[16] Cfr. Rivera Julio César-Medina Graciela, Op. Cit. Comentario de Martín Sigal, pág. 719.

[17] Cfr. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf> Págs. 130 y ss. (disponible en fecha 07/02/2015).

[18] Art. 1096 CCyCom: “Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2ª del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”. La doctrina critica el presente artículo, puesto que no se refleja la intención declarada en los Fundamentos, toda vez que, atento a su redacción, no queda incluido el consumidor expuesto (Cfr. Rivera Julio César-Medina Graciela, Op. Cit. Comentario de Martín Sigal, pág. 732).

[19] Cfr. Rivera Julio César-Medina Graciela, Op. Cit. Comentario de Martín Sigal, pág. 719.

[20] Idem, pág. 720.

Fuente: Publicación: Revista Argentina de Derecho

Comercial y de los Negocios

Número 13 - Agosto 2015

Fecha: 27-08-2015 Cita: IJ-LXXXI-311