

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LAS "RELACIONES DE CONSUMO"
(con especial consideración del concepto legal de "consumidor"
y del resarcimiento de daños por productos defectuosos)

Por *Camilo Tale*

I.INTRODUCCIÓN

Han sido muy importantes los cambios que la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 (en adelante con la abreviatura LDC) y las posteriores leyes modificatorias de ella (leyes 24568, 24787, 24999 y 26.361 de abril de 2008), produjeron tanto en el derecho de los contratos como en el derecho de daños.

Para aquilatar la trascendencia de esta legislación hay que tener en cuenta que el ámbito de aplicación de sus disposiciones comprende la mayoría de los acuerdos contractuales que realiza la gente. Ya era muy amplio el alcance originario de la LDC (promulgada en octubre de 1993), el cual fue extendido por la doctrina y la jurisprudencia, y se dilató aún mucho más con la amplia reforma efectuada por la ley 26.361, que ensanchó el concepto de consumidor y el concepto de proveedor, así como el campo de relaciones que son abarcadas por sus normas.

Hasta fines de 1993 no existía en nuestro país una regulación *general* para las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios que protegiera especialmente a éstos. Existían algunos sectores de la producción y comercialización de bienes y servicios que contaban con una regulación legal especial más o menos extensa; así sucedía por ej. con el comercio turístico: la actividad de las empresas de viajes y sus relaciones con sus clientes han estado normados por preceptos legales, decretos y resoluciones de la Secretaría de Turismo. Estaban especialmente reglamentadas ciertas actividades industriales y comerciales que podían poner en riesgo la salud o la integridad física, por ejemplo, la elaboración, conservación, manejo y expendio de alimentos; así el denominado Código Alimentario llegó a ser un cuerpo legislativo muy voluminoso, permanentemente aumentado y modificado. Asimismo estuvo siempre muy regulada la fabricación, conservación y comercialización de los productos farmacéuticos. El contrato de ahorro previo para la adquisición de bienes determinados fue materia de regulación por un decreto nacional emitido hace setenta años, hoy todavía vigente, aunque con muchas modificaciones y adiciones, el decreto nacional 142.277 de 1943.

Fue con la ley 24.240 que se instituyó un régimen *general* de protección para el adquirente de productos y de servicios. Poco después se dictó el decreto reglamentario de dicha ley, 1798/94, aún vigente, con reglas importantes, y se emitieron muchas

resoluciones, como por ej. la Resol. 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Protección del Consumidor, que contiene una lista de cláusulas que se deben considerar abusivas y la Resolución 906/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería que regula entre otras cosas el tamaño mínimo que debe tener la letra de las cláusulas de los contratos y de los textos en que el proveedor brinde información; dispone que debe tener al menos 1,8 mm de altura (art. 1º). Asimismo se dictaron varias leyes modificatorias de la LCD, que he mencionado *supra*.

Para advertir la importancia que ha tenido esta legislación en el campo de la responsabilidad civil, consideremos un supuesto, nada raro: el daño que puede recibir un consumidor o un usuario, causado por un producto defectuoso, por ej. el que resulta de la explosión de una botella de vidrio que contiene agua gaseosa, o el que causa un alimento tóxico como consecuencia de un vicio de elaboración. Antes de que se aprobara el art. 40 de la LDC (lo cual se hizo en 1999, por la ley 24.999), este supuesto no tenía una solución indemnizatoria en nuestro ordenamiento legal en lo que respecta al fabricante que no había vendido el producto directamente al consumidor. Porque para responsabilizar a tal fabricante era necesario, conforme a la ley, que se probara que el defecto del producto había resultado de su culpa (art. 1109 C.C.); pero demostrar eso era generalmente imposible. Tampoco podía aplicarse al caso la responsabilidad sin culpa que establece el art. 1113 C.C., porque en éste se exige que el legitimado pasivo sea el dueño o el guardián de la cosa de la cual resulta el perjuicio, y el fabricante, en el momento en que se produce el daño, ya no es ni el dueño de la cosa ni el guardián de ella. Tampoco servía para responsabilizar al fabricante la "obligación tácita de seguridad", tan asentada en la doctrina y en la jurisprudencia, pues dicha obligación tiene existencia en el ámbito contractual, y en el caso del fabricante que no ha vendido la cosa defectuosa al consumidor de ella, no existe contrato entre ambos.

Por ello es que los juristas y los tribunales, para dar solución favorable a la víctima en estos casos, forzaban la interpretación de las leyes, de diversas maneras. Una vía fue reputar que el fabricante no vendedor se encuadraba en el supuesto de responsabilidad civil del primer párrafo del art. 1113, en cuanto éste dispone que "la obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren [...] *las cosas de que se sirve*"; decían algunos juristas que el fabricante "se sirve de la cosa" porque con ella obtiene rédito en el mercado; claro está que éste no era el sentido que tenía tal regla, no era sentido que el legislador quiso darle.

Hubo sentencias que condenaron al importador de automóviles a reparar los perjuicios sufridos por el comprador del rodado, originados en la fabricación de éste; los tribunales fundaron estas decisiones en que el importador había creado el riesgo del que derivó el daño, al traer el vehículo al país. La solución es razonable, pero no tenía asidero legal, pues la ley atribuía responsabilidad por el riesgo de la cosa sólo a quien fuese el dueño o el guardián de ella al tiempo de suceder el daño (art. 1113, 2º párr., 2ª. parte), calidad que obviamente el importador no tenía.

Como vemos, antes de que se aprobara el art. 40 de la LDC (en 1999) no existía regla legal que reconociera el deber de resarcir del fabricante no vendedor por el daño

irrogado por un producto defectuoso, salvo que se probase culpa suya en relación con el daño. Con esta innovación legislativa que ha sido el art. 40 se ha ampliado mucho el ámbito de la responsabilidad sin culpa.

La temática de la responsabilidad civil en las relaciones entre proveedores y consumidores o usuarios es muy extensa. Para la presente disertación he tenido que hacer necesariamente una selección de temas relevantes, que deja a un lado otros varios asuntos importantes. Y dentro de los temas escogidos en esta ocasión, trataré detenidamente acerca del concepto de "consumidor" a los efectos de la LDC y la responsabilidad civil por los productos defectuosos y por la prestación dañosa de servicios; acerca de otros varios temas haré una exposición sumaria.

II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LDC

La primera cuestión problemática es el ámbito de aplicación de esta regulación, tanto en lo que respecta al objeto, o sea a las especies de relaciones jurídicas alcanzadas, como a los sujetos que están regidos por ella.

Relaciones comprendidas

La ley 24.240 en su redacción originaria abarcaba los contratos a título oneroso que tuviesen por objeto la adquisición o locación de cosas muebles o la adquisición de "inmuebles nuevos destinados a vivienda y lotes de terreno con ese fin, si la oferta es dirigida al público en general" o también la prestación de servicios. Con la modificación de 2008 el campo de aplicación comprende toda forma de "adquisición o utilización de bienes y servicios" entre un proveedor y un consumidor o usuario, sean de modo oneroso, sea de modo gratuito.

En la locación de inmuebles se trata de la utilización de un bien, y por tanto tal contrato está incluido en el régimen actual de la LDC, siempre, claro está, que el locador sea un "proveedor" en el sentido en que lo define esta ley.

El texto legal actual dice "*bienes*", que es vocablo más amplio que "cosas" y es más amplio que "productos", que son los términos que contenía la LDC en su tenor originario. La compra de un billete de lotería, que importa la adquisición de un crédito condicional del adquirente, se denomina adecuadamente un "bien", y sería inapropiado decir que es un "producto" o que es una "cosa" en el sentido técnico jurídico. Lo mismo acontece respecto de la contratación de un seguro, de juegos en casinos o de un contrato de ahorro previo para la adquisición de bienes determinados.

En los países europeos excepto España la legislación protectora del consumidor no incluye la prestación de servicios, que sí están comprendidos en las legislaciones de los países iberoamericanos, que suelen usar la expresión "bienes y servicios". En lo que atañe a la prestación de servicios hay que señalar que en la doctrina y los tribunales la interpretación del término "servicio" ha sido muy amplia en esta materia, pues incluye en la categoría de "servicio" prácticamente toda especie de prestación que no sea la entrega de cosas. El vocablo "servicio", tal como lo entienden los jueces y los juristas, en el contexto de la LDC no se limita al significado que hallamos en el Código Civil donde se define y regula el contrato de locación de servicios. Allí "servicio" significa un trabajo; pero el sentido que se atribuye a dicho término en la LDC es la acepción de "servicio" en el léxico de la economía, que expresan las últimas ediciones del Diccionario de la Real Academia Española: "prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales". En este sentido se habla, por ejemplo, de "servicios" bancarios, en relación con las operaciones de préstamo, depósitos de dinero, cuentas corrientes, operaciones en cajeros automáticos, depósito de efectos en cajas de seguridad... Y también se incluyen en el término "servicios" los seguros ("servicio de cobertura de riesgos"), el uso de tarjetas de crédito y la provisión de acceso a la internet, los gimnasios y natatorios que dan el uso de sus aparatos y de la piscina a los clientes. También el uso de garajes y playas de estacionamiento. Es el mismo sentido lato en que se suele usar el término cuando se distinguen las "empresas de servicios" de las empresas de producción de cosas.

Con respecto a la relación entre la empresa concesionaria de una ruta ("empresa de peaje") y el usuario que transita por ella, la mayoría de las sentencias judiciales sustentan que se rige por la LDC .

La LDC excluye expresamente su aplicación a los servicios prestados por "profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello" (art. 3º). Sin embargo, conforme a la doctrina y la jurisprudencia las relaciones de las clínicas y demás entes asistenciales en relación con los servicios médicos que se presten en el ámbito de aquéllas, se rigen por las normas de la LDC. También las relaciones entre las empresas de medicina prepaga y sus clientes y las de las obras sociales con sus afiliados.

Concepto de consumidor

La determinación del concepto de consumidor ha sido precisamente el tema de una de las comisiones en las últimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil (las XXIII Jornadas Nacionales, realizadas en Tucumán en 2011); se han presentado allí casi cuarenta ponencias acerca de lo que debe entenderse por "consumidor" a los efectos de la LDC, que es un punto bastante problemático.

Establecer los contornos o límites del concepto de "consumidor" es muy importante, para saber en cada caso si se aplican o no las reglas de la LDC. El régimen para las relaciones entre "consumidores" y "proveedores" tiene normas especiales en muchos aspectos, entre ellos: se usa el proceso judicial más abreviado que rija en la jurisdicción (art. 53); son inválidas las cláusulas abusivas (art. 37); no se requiere dar plazo de quince días para resolver el contrato en caso de incumplimiento (art. 10 bis); el consumidor tiene la facultad de dejar sin efecto, dentro de los diez días siguientes, el contrato celebrado en su domicilio, o por teléfono o por internet (arts. 32 ss); tiene un régimen especial de garantía que grava al fabricante, al importador y al vendedor por desperfectos del producto (arts. 11 ss.); rigen el beneficio de gratuidad en el proceso judicial (art. 53) y la facultad de realizar el reclamo en sede administrativa para obtener el cumplimiento de la ley o llegar a una conciliación con el proveedor o para lograr, en caso contrario, que se le aplique una multa administrativa (arts. 45 ss.), es posible que se impongan multas civiles (*punitive damages*) a pedido del consumidor (art. 52 bis). Y en lo que concierne específicamente a la responsabilidad civil, el consumidor tiene el derecho de obtener resarcimiento de cualquiera de los sujetos de la cadena de comercialización, aunque no haya culpa de ellos.

Conforme a la LDC, pueden ser consumidores tanto las personas físicas como las personas jurídicas (art. 1º). Esto era así ya desde la redacción originaria de la ley 24.240. También lo es en los regímenes de los países iberoamericanos en general, por ej. ley 8078 (Código de Defensa del Consumidor) de Brasil (art. 2º), Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores 19.496 de Chile (art. 1º), ley 29.571 de 2010 de Perú (art. IVº.1.1), Ley Orgánica de Defensa del Consumidor 2000-21 de Ecuador (art. 7º), Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario 1334/98 de Paraguay (arts. 3º y 4º), Ley de Defensa del Consumidor 17.250 de Uruguay (art. 3º), Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor 7472 de Costa Rica (art. 2º), Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de Venezuela de 1/2/2010 (art. 4º).

En la LDC se mencionan distintos supuestos en que una persona física o jurídica es considerada "consumidor".

Uno es el que puede denominarse "*consumidor contratante*", que es quien ha acordado con el proveedor la adquisición de un producto o servicio. Para ser más exactos en relación con la ley y con la interpretación judicial hay que decir, en lugar de "consumidor contratante", el consumidor que es "*parte de una relación de consumo*". Esta expresión "relación de consumo", si bien es inapropiada desde el punto de vista gramatical, pues no es adecuado hablar de "relación de consumo" entre dos personas (salvo en un episodio de tipo antropofágico), sin embargo es la denominación que utiliza desde su modificación de 2008 (arts. 1º y 3º) y que ha receptado la doctrina. También la Constitución Nacional desde su reforma en 1994 habla de la "relación de consumo" en el art. 42.

Expresa la LDC que "relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario" (art. 3º). La "relación de consumo" en la mayoría de los casos es un contrato, pero puede no serlo, por ejemplo la relación jurídica entre una

obra social y un afiliado de ella cuando no se han vinculado mediante un contrato, sino que se trata de una afiliación obligatoria *ex lege*. En el caso de la relación entre el paciente y el hospital público se discute si existe contrato o no existe contrato; pero tal discusión se torna intrascendente con respecto al régimen legal aplicable, ya que al fin y al cabo lo que importa es que se trata de una "relación de consumo", en la que el proveedor es una persona jurídica estatal (conforme al art. 2º LDC) y se aplican en consecuencia la LDC y toda la reglamentación correspondiente.

Asimismo se abarcan en el concepto de "relación de consumo" en la jurisprudencia argentina las etapas previas a la celebración del contrato, por ej. cuando el cliente está presente en el establecimiento antes de contratar, o está ingresando para ello al local comercial, o deja su rodado en la playa de estacionamiento del comercio. También la situación de quien está en el recinto en que se venden productos o servicios y recibe un daño de un producto que no compra, por ej. el caso en que explotó una botella de champagne en un supermercado e hirió a un cliente que caminaba por uno de los pasillos del establecimiento. Asimismo comprende la publicidad que se hace de los productos y servicios, independientemente de toda contratación de ellos. En esta categoría se incluyen también las situaciones en que alguien resulta dañado en el lugar en que se comercializan productos y servicios, aunque el daño no provenga de un producto o servicio. Es el caso de quien sufre una caída en un piso resbaloso de un establecimiento comercial, o padece lesiones por defecto en un ascensor; y de quien estaciona en el supermercado y recibe un daño en su rodado aunque no haya contratado nada en el establecimiento. Los tribunales suelen prescindir de la vinculación entre el percance de la víctima y el hecho de que contrate; puede incluso faltar toda intención de adquirir algo, como es el caso de quien en un centro de compras sólo hace un paseo, o acude allí para encontrarse con alguien.

Lo dicho hasta aquí corresponde al primer género de consumidor que menciona la ley. Después está el consumidor que no tiene vinculación jurídica con el proveedor (no hay entre ellos contrato ni "relación de consumo"), pero usa el bien o el servicio. Dice la ley: "se considera consumidor o usuario a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios *como destinatario final*" (art. 1º, 2º párr.). Es el caso del familiar, amigo o cualquier persona para quien se ha comprado la cosa o se ha adquirido el servicio, o el familiar, amigo o persona cualquiera que comparte el uso de la cosa o servicio con quien lo ha adquirido, por ej. el que es invitado a cenar y se intoxica con el alimento que compró el dueño de casa. Este segundo género de consumidor puede denominarse "*consumidor fáctico*". Dentro de este supuesto están los usuarios de energía eléctrica, gas, conexión a la internet o cualquier servicio domiciliario, que ha sido contratado por uno, pero que usan todos los que habitan un inmueble. Otro ejemplo es el acompañante del automovilista en relación con la empresa que cobra peaje: es consumidor en relación con dicha empresa concesionaria del mantenimiento de la ruta.

La ley 24.240 en su redacción originaria expresaba: "Se consideran consumidores o usuarios las personas física o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social...", y después mencionaba los objetos comprendidos. Consumidores, a los efectos de la LDC eran solamente quienes

contrataban con el proveedor. En consecuencia, si un producto defectuoso causaba daño a quien no lo había comprado al proveedor, por ej. a un familiar para quien había sido comprado, conforme a la LDC este damnificado no estaba amparado por esta legislación protectora. La reforma de 2008 corrigió esta grave deficiencia de la ley originaria, pues incluyó en el concepto de consumidor a todo el que usa o consume la cosa, aunque no haya contratado con el proveedor.

Está muy discutido el caso de las víctimas del daño en el seguro de responsabilidad civil. Algunos juristas dicen que el damnificado también debe considerarse consumidor, pues es quien se beneficia con la prestación, y por tanto está comprendido en el supuesto del art. 1º, 2º párr. LDC: "se considera consumidor o usuario a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios *como destinatario final*". Otros opinan de modo contrario, y alegan que cuando el propietario del automotor contrata esta clase de seguro su interés no es beneficiar a la víctima sino protegerse a sí mismo para evitar el quebranto que le produciría ser condenado a indemnizar el daño. Contra este argumento hay que hacer notar que aunque el beneficiar a la víctima no haya sido la intención del asegurado, en los hechos la víctima es quien se beneficia de la prestación del seguro, o sea, es quien obtiene provecho de este "servicio", especialmente en caso de insolvencia del responsable del perjuicio causado. Además, si bien la intención particular de los contratantes no es beneficiar a la víctima, una función de esta institución jurídica en la sociedad, para la cual también existe, es proteger a la víctima, y es por ello que muchas veces los seguros de responsabilidad civil son legalmente obligatorios, como sucede con los seguros de responsabilidad civil de los automotores y los seguros de responsabilidad civil que por imperio de la ley 25.599 deben contratar las empresas de viajes estudiantiles.

Algunos autores incluyen a la víctima en el tercer género de "consumidor" que distingue la LCD, el que denomina "expuesto a una relación de consumo". Sin embargo, como dije, puede incluirse en el concepto de "consumidor fáctico". Varios tribunales han resuelto que la franquicia obligatoria de \$ 40.000 que establece la Resol. 25429/97 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (Anexo I, cláusula 4ª) es inválida por ser una cláusula de limitación de la responsabilidad civil y por tanto es nula en los contratos con consumidores y es inoponible a la víctima del accidente de tránsito, por encuadrarse éste en la categoría de persona "expuesta a una relación de consumo". En cambio, otro tribunal juzgó que tal damnificado no está incluido en el concepto de "expuesto a una relación de consumo", porque conforme a los antecedentes de la norma respectiva introducida por la ley 26.361 (la directiva sobre la materia de la Unión Europea y el Código brasileño de Defensa del Consumidor) el legislador quiso proteger sólo a quien hallándose próximo a un producto defectuosos, sufries daños causados por él.

El tercer tipo de consumidor que menciona la ley es el más problemático, por lo incierto que son sus límites conforme al enunciado legal, que dice: "*quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo*" (art. 1º *in fine*). Esta persona es lo que en el derecho del mundo anglosajón se denomina *bystander*, o sea el que está junto al producto o servicio, el que está ubicado cerca del producto o del servicio, el

"circunstante" (quien está alrededor); puede ser totalmente ajeno respecto de quien ha adquirido el producto o servicio, pero sufre un daño causado por éste. Un ejemplo es el del vecino contiguo a un edificio en construcción que recibe daños en su casa causados por la acción de la empresa constructora del edificio. Otro ejemplo es quien resulta damnificado por la explosión de una botella, sin que tenga ninguna relación con quien adquirió dicha cosa del proveedor, por ej. el transeúnte que es herido por el envase de bebida que explota y que se hallaba servido en una mesita en la vereda de un bar. O también uno que tiene relación con quien adquirió la botella, pero que no iba a consumir su contenido, por ejemplo un amigo que visita la casa de quien compró la botella defectuosa, que se halla en una repisa y explota. Al respecto hay un caso en la jurisprudencia de un trabajador que contrajo silicosis, una enfermedad progresiva e irreversible, de resultados de trabajar en una lavandería de vajilla, donde usaba un jabón que contenía un compuesto de silicio, durante quince años ; el tribunal condenó a la empresa que había provisto el producto a pagar una indemnización al trabajador; no mencionó la aplicación de la LDC, lo cual no era posible con el texto que regía en la época, pero hoy es posible aplicarla en el caso, si se quiere incluir al trabajador en el concepto "expuesto a una relación de consumo"; en este caso la "relación de consumo" existe entre el fabricante del jabón y el empleador que lo adquirió.

Si el envase de bebida gaseosa explota cuando un empleado del supermercado que la compró la recibe del fabricante que la ha remitido, y resulta herido dicho dependiente, éste no es "consumidor" para el régimen de la LDC, porque no hay "relación de consumo" entre él y el fabricante y tampoco la hay entre el fabricante y el propietario del supermercado, de modo que el empleado en este caso no está comprendido en el concepto de "expuesto a una relación de consumo".

Algunos autores han definido esta categoría como "todo aquel que resulta damnificado como consecuencia de una relación de consumo de la cual él no participa". Por supuesto que esta definición tan abarcadora no puede admitirse, ya que conduce al absurdo de que si sucede un accidente de tránsito protagonizado entre una empresa de transporte público de pasajeros y un peatón, el cual no es parte de la relación de consumo pues no es un pasajero, sino alguien que se hallaba en la vía pública, esta persona es consumidor, pues el daño que recibe es consecuencia de la "relación de consumo" que existe entre la empresa transportadora y sus pasajeros.

Determinar si un damnificado está comprendido en esta tercera especie de "consumidor" es importante, para muchas consecuencias jurídicas. Una de ellas es el plazo de prescripción: dado que no tiene vínculo contractual con el responsable del daño, si se lo reputa "consumidor" se beneficia con el lapso trienal de prescripción de la LDC (art. 50); si no es consumidor, el término prescriptivo es de dos años, conforme al art. 4037 C. C.

Es muy problemática esta tercera categoría que trae la ley, ya que sus límites son inciertos, como puede verse. Y ello indudablemente genera inseguridad jurídica. El texto anterior de la LDC era incorrecto en lo tocante al concepto de "consumidor", pues comprendía sólo al consumidor contratante; pero el texto actual es excesivamente amplio, desmesurado, y además, de contornos totalmente indefinidos, en lo que

concierno al "expuesto a una relación de consumo". Más circunscripto, más claro y más razonable en su alcance es la regla respectiva del Código del Consumidor de Brasil, que dispone que *en caso de daños causados por productos defectuosos* "se equiparan a los consumidores todas las víctimas del evento" (art. 17).

Las tres categorías mencionadas hasta ahora están expresamente en la ley. Hay otras tres categorías que no se encuentran explícitamente en ella, pero que son afirmadas por algunos juristas, las cuales menciono a continuación.

La cuarta categoría es la de los *subadquirentes*. La LDC, respecto de los defectos o vicios de las cosas muebles, establece el régimen de garantía en favor "del consumidor y de los sucesivos adquirentes" (art. 11). Pero no nada dice acerca de los subadquirentes en relación con todas las otras normas de la ley. ¿Debe entenderse que toda regla de la LCD que ampare al consumidor también se aplica al subadquirente? Si se responde afirmativamente, ¿cuál es el fundamento que puede darse para incluir al subadquirente en el concepto de consumidor? Carlos Alfredo Hernández y Sandra Frustagli, profesores de la Universidad Nacional de Rosario especializados en el derecho del consumidor, dicen que en realidad el subadquirente está implícitamente incluido en el segundo género de consumidor que he considerado: "quien adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma onerosa o gratuita, como *destinatario final*". No lo adquiere de un proveedor; pero la ley no dice que tenga que adquirirlos de un proveedor. La mencionada interpretación es el mejor fundamento de los que pueden proponerse para incluir el subadquirente en el concepto de consumidor de la LDC. Otros fundamentos propuestos son inconducentes. Uno de ellos es que se trataría de un crédito "*propter rem*", o sea un crédito que se trasmite al transmitirse la cosa; contra esto hay que decir que en la doctrina es algo muy aceptado que las obligaciones *propter rem* y los créditos *propter rem* no sólo deben ser obligaciones y créditos vinculados con la cosa, sino que además se requiere que la ley les dé el carácter de obligación *propter rem* o de crédito *propter rem*, lo cual no sucede en este supuesto. Otra explicación posible es que se trataría de una cesión implícita que el consumidor hace de su derecho al subadquirente; pero no parece verdadero que en la intención de las partes exista realmente esta intención de que se transmitan al subadquirente los derechos del estatuto del consumidor.

Una quinta categoría de "consumidor" vimos como novedad en la ponencia que presentó el profesor cordobés Rodolfo Zavala González en la últimas Jornadas de Derecho Civil, en Tucumán: es el *damnificado indirecto*. Un ejemplo: los padres de un consumidor cuando ocurre la muerte de éste (en cualquiera de las cuatro acepciones o categorías de "consumidor" antes consideradas), v. gr. los padres del pasajero que fallece en un accidente de tránsito o por causa de un producto defectuoso que adquirieron de un proveedor. ¿Tienen la calidad de consumidor con respecto a la empresa de transporte de la cual su hijo era pasajero al suceder el siniestro, y por ende pueden invocar la responsabilidad solidaria que el art. 40 impone a todos los miembros de la cadena de comercialización? En la referida ponencia se responde afirmativamente y se dice que se deben aplicar las reglas generales del Código Civil, según las cuales los damnificados indirectos tienen derecho a ser indemnizados por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que ellos reciben (arts. 1078 y 1079) .

Finalmente, se ha discutido si quien firma como fiador de un consumidor se beneficia con el régimen de protección del consumidor (por ej. en lo que concierne a la invalidez de las cláusulas abusivas y a la facultad de realizar reclamo contra el proveedor en sede administrativa), cuestión que, por motivo de brevedad, solamente menciono.

El consumidor empresario

Una cuestión muy problemática en lo que respecta al concepto de consumidor es el "*consumidor empresario*", que en la jurisprudencia ha tenido soluciones muy disímiles.

Los juristas autores del proyecto de LDC habían limitado a las personas físicas el ámbito de aplicación de este régimen protector; pero los legisladores, con buen tino, incluyeron las personas jurídicas ya en el tenor originario de la LDC, sancionada en 1993. Conforme a la LDC las personas jurídicas pueden ser "consumidores" a sus efectos, y está bien que lo sean, porque a menudo se hallan en una posición de debilidad contractual, v.gr. en lo que atañe a la información acerca del producto o servicio que adquieren.

Una tesis contraria defiende Gabriel Stiglitz, jurista platense dedicado al derecho del consumidor: "El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas. Desde el punto de vista conceptual, son consumidores también las personas jurídicas, pero cuestión distinta es resolver si éstas requieren de una protección especial, conferida por un sistema jurídico específico. Parece incuestionable la respuesta negativa, pues la protección acentuada que se otorga al consumidor se sustenta en la carencia de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones económicas y jurídicas. Y ello no ocurre como regla con las personas jurídicas, que presuponen conocimiento y experiencia en el mercado, asistencia técnica, etcétera". Esta opinión es refutable, pues la experiencia en el mercado que puede tener una persona jurídica no siempre es relevante para la clase de producto, de servicio o de bien de que se trate, o para la especie de operación en cuestión: en una empresa normalmente hay personas que tienen conocimiento adecuado acerca de su la específica actividad productora o de aquello que comercializa, pero la empresa (o sea sus propietarios, gerentes, personal técnico, empleados, operarios, etc. en su conjunto) puede ser tan ignorante como un consumidor de carne y hueso en lo que concierne a otros productos, servicios o bienes que adquiere de un proveedor, respecto de quien existe la "brecha informativa" que justifica el régimen jurídico especial de protección. Además, la falta de conocimiento y de experiencia no es el único hecho que sirve de fundamento al régimen de protección del consumidor, sino que también hay otros varios aspectos que hacen vulnerable al consumidor, como son la situación monopólica en que a veces se halla quien comercializa determinado producto o servicio, su superior "poder de negociación", etc.

En su tenor originario, la LDC disponía: "No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios *para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*" (art. 2º). El decreto reglamentario disponía al respecto: "Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros *cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica*". En realidad, esta regla del decreto, en lugar de reglamentar o interpretar el mencionado punto de la ley, contrariaba la ley, pues ampliaba el ámbito de los sujetos excluidos de la categoría de consumidor: la ley excluía su aplicación sólo en el caso de bienes o servicios que se integren al producto o servicio, mientras que el decreto disponía que la ley no se aplicara para todo bien o servicio que se relacione, aunque sea de manera genérica, con el proceso de producción o comercialización.

El texto actual de la ley no conserva aquella norma transcrita y establece como requisito para que un sujeto sea "consumidor" al efecto de sus disposiciones, que sea "*destinatario final*" del producto o servicio (art. 1º). Esta locución suscita dudas en cuanto a su alcance.

Pueden discernirse muy varios supuestos en que un comerciante, un empresario o una persona jurídica titular de un establecimiento empresario, adquiere un bien o un servicio de un proveedor, como son los siguientes:

- 1. Adquisición de cosa o servicio para ser revendido, en lo cual consiste su actividad comercial, por ej. productos alimenticios que compra un despensero para revenderlos, o un hotel para servirlos a sus huéspedes; servicio telefónico que adquiere el dueño de un locutorio para proveerlo a sus clientes.
- 2. Adquisición de cosas que son materia prima o ingredientes del producto que revende o del servicio que produce en su actividad comercial, por ej. la sal o la harina que compra una panadería, las semillas que compra un agricultor, el yeso que compra un artesano o un artista para realizar obras que vende.
- 3. Adquisición de cosas que son ingredientes indirecto del producto que vende, por ej. compra de combustible para el horno de una panadería; adquisición de abono químico por un agricultor.
- 4. Adquisición de elementos que no se incorporan de ningún modo en el producto que comercializa, pero que son necesarios o convenientes para lograr la producción del bien o servicio, por ej. compra de automóvil y megáfono que realiza empresa de publicidad, para hacer con ellos la publicidad que le encargan sus clientes; adquisición por el odontólogo de instrumentos para usarlos en las prácticas con sus pacientes, compra de camioneta por una empresa constructora para transportar materiales de construcción; compra de automóvil por una empresa de cobranzas, que usará para cobrar las deudas ajenas que le encarguen; compra de máquinas por un restaurante, para usar en su cocina; adquisición de caldera por un hotel para el sistema de calefacción central, compra de tractor por un agricultor; la compra de elementos de utilería

por una empresa de espectáculos teatrales o televisuales; la compra de una computadora para componer música que adquiere un músico que lucra con su arte, mediante la venta de sus composiciones .

- 5. Adquisición de cosa para ser usada por los clientes de su actividad comercial, por ej. aparatos de teléfono para un locutorio, compra de automóvil para explotar como taxi, adquisición del hotelero de aparatos de aire acondicionado para los cuartos.
- 6. Adquisición de cosa o servicio que no sirve para lograr el producto o servicio de la propia actividad comercial, pero que es necesario o útil para los fines de la empresa o para su funcionamiento, por ej. una empresa fabril que contrata el tratamiento de sus efluentes para descontaminarlos, la adquisición de alarmas y servicio de monitoreo, o servicio de vigilancia en un establecimiento comercial, el servicio de teléfono que usa un comerciante, un préstamo bancario que obtiene una persona para aplicar el dinero a una actividad industrial o comercial, la compra de aparatos de aire acondicionado para los empleados de la empresa, la compra de almanaques para obsequiar a sus clientes, compra de alimentos y bebidas para el refrigerio de los empleados de la empresa, adquisición de un viaje para que un gerente de la empresa tenga una reunión de negocios en una ciudad, contratación de una cuenta corriente bancaria por una empresa para depositar los pagos que recibe de sus clientes y para librar cheques a sus proveedores, adquisición por un instituto educativo de un *software* a medida para calcular promedios, imprimir boletines de calificaciones y otros usos, compra de escritorios y computadoras para las oficinas administrativas de la empresa. Otro caso de este género es el contrato entre la entidad financiera que emite la tarjeta de crédito y el comerciante "adherido", que recibe de sus clientes los pagos con dicha tarjeta (¿este comerciante, respecto de este contrato, es "consumidor" en relación con la entidad financiera, conforme a la LDC?).

Respecto de la primera de estas seis situaciones que he discernido, no existe discusión: no se aplica la LDC, porque está muy claro que el empresario no es un "destinatario final".

En el último de los supuestos, la adquisición de bienes y servicios que no sirven para producir lo que hace a la propia actividad comercial, aunque sea útil para los fines de la empresa, por ej. cuando se contrata la colocación de alarmas y el servicio de monitoreo, es evidente que se aplica la LDC, porque el empresario adquirente del producto y el servicio es destinatario final de éstos.

El problema existe para con las situaciones intermedias. Son supuestos dudosos, respecto de las cuales son divergentes los criterios de los autores y de los tribunales.

En el caso, resuelto antes de la reforma de 2008, de la adquisición de un automóvil por una empresa constructora, para ser usado por ingenieros directivos de ella para

recorrer e inspeccionar las obras en construcción y visitar a los proveedores de materiales, el tribunal condenó a indemnizar a la concesionaria que vendió el vehículo, con fundamento en la LDC, los perjuicios derivados de un vicio de fabricación del rodado . Pero otra sala del tribunal juzgó que respecto de la compra de automóvil por una empresa de cobranzas para realizar su actividad comercial, que no se aplica la LDC . En una causa judicial reciente se decidió que no es consumidor a los efectos de la LDC la empresa que realizaba tareas de desmonte al comprar una máquina para realizar esos trabajos .

El estado de la cuestión, después de la reforma de 2008, puede sintetizarse en estas dos opiniones contrarias:

1) Con la supresión del segundo párrafo del art. 2º LDC (que decía “no tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios *para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*”) por la ley 26.361, debe interpretarse que se incluyen en la categoría de consumidor todos los empresarios que adquieran bienes o servicios para incorporarlos a procesos productivos para obtener otro producto final o para producir un servicio. Quedan comprendidos, en consecuencia, todos los casos mencionados en los ítems 2, 3, 4, y 5 de la enumeración anterior.

2) Dichos empresarios están excluidos del concepto de consumidor porque no son “consumidores finales”, como requiere la LDC, art. 1º. Esta opinión considera que si lo que se adquiere es útil para lograr el producto o servicio que la empresa comercializa, ya no actúa como “destinatario final”. Por tanto, comprende en el concepto de consumidor solamente los casos que pertenecen al ítem 6 de la enumeración precedente. Un caso judicial en que se aplicó este criterio: el tribunal negó la calidad de consumidor respecto de la contratación de servicio telefónico por el propietario de un restaurante y una hostería, para ser usado en tales actividades comerciales .

El fundamento de la primera tesis, o sea de la más amplia en admitir la calidad de consumidor del empresario, estriba en la *vulnerabilidad* en que se halla cuando actúa fuera del ámbito de su actividad comercial. ¿Por qué en el derecho se protege especialmente al consumidor? Porque es más vulnerable en varios aspectos, entre ellos en lo que respecta a la información; la “brecha informativa” que existe entre él y el proveedor, el cual conoce o puede conocer las características específicas del producto o servicio, que el primero suele desconocer. Además, hay varios otros aspectos de debilidad negocial del consumidor que justifican que exista un régimen jurídico especial, tuitivo, entre ellos: la índole monopólica del proveedor de determinado producto o servicio, el hecho de que el adquirente tiene que pagar antes de recibir la cosa o el servicio y su muy inferior “poder de negociación” (*bargaining power*).

En el caso de los empresarios que adquieren un producto o un servicio, están aquellos que no son realmente vulnerables, porque dominan o pueden dominar la actividad, por sí o por sus colaboradores o asesores, en lo que atañe al objeto que comercializan (que es lo que sucede en el primero de los supuestos que se han deslindado: el que vende pinturas conoce de pinturas, o puede y debe conocer de ello,

y tiene fácil acceso a dicho conocimiento). En cambio en las otras situaciones discernidas, aunque el producto o el servicio sirva a la actividad productiva del empresario o le brinde lucro o sea integrado al proceso de producción, el empresario no tiene el conocimiento suficiente acerca del producto o servicio y por ello se admite su calidad de consumidor o usuario ("consumidor empresario").

Una consecuencia de este criterio en el terreno de la responsabilidad civil, que es la materia específica de la presente disertación, es que la empresa a la que se le reconoce la calidad de "consumidor", en caso de perjuicios por productos defectuosos, por incumplimiento de los deberes de información o por cualquier clase de incumplimiento, tendrá las facultades que le otorga al consumidor la LDC, y en consecuencia podrá demandar al proveedor el resarcimiento de todos los daños, entre ellos, los lucros cesantes que padezca en su actividad profesional o comercial, por causa del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso o con mora del producto o del servicio.

Hay que considerar también los supuestos mixtos, por ej. el dueño de un pequeño restaurante ubicado junto a su vivienda familiar, que compra un pedido de carne, para elaborar comida para sus clientes y también para su consumo doméstico; quien ha adquirido un automóvil para usarlo tanto en su actividad industrial o comercial, como para las necesidades personales y familiares, v. gr. el traslado de los hijos al colegio. En los casos de esta índole que conozco que han decidido los tribunales, aplicaron la LDC .

Como puede advertirse, en el caso de la ley argentina el concepto de "consumidor" es amplísimo. Y además son problemáticas las fronteras de este concepto, motivo por el cual me he detenido en su consideración.

La categoría de "proveedor"

Consideremos ahora el concepto de "proveedor", a los efectos de la ley, que también es problemático, sobre todo por la expresión del art. 2º LDC que dice "que desarrolla de manera profesional".

La LDC define el proveedor de la manera siguiente: "Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que *desarrolla de manera profesional*, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios" (art. 1º).

Dice que puede ser una persona jurídica de naturaleza pública, de modo que se incluyen bienes que comercializa el Estado y servicios que éste presta, por ej. en el caso de una empresa estatal de provisión domiciliaria de gas o de electricidad, alojamiento y servicios en hoteles que pertenecen al Estado nacional o a un Estado provincial, prestaciones médicas en hospitales públicos. ¿Respecto de cuáles

prestaciones el Estado debe ser considerado "proveedor" en el sentido de la LDC y respecto de cuáles no se aplica la LDC? No he visto estudios al respecto. Un caso discutido es el de los cementerios municipales; la LCD menciona expresamente los cementerios privados allí donde establece el ámbito de aplicación de sus normas (art. 1º, párr. 1º *in fine*), pero nada dice de sobre los que pertenecen al Estado .

Es proveedor quien desarrolla "actividades de producción de bienes y servicios". "Si consideramos estrictamente los términos de la LDC en que se caracteriza el proveedor, podemos advertir que su alcance es amplísimo. Así por ejemplo una señora que se dedica a elaborar pasteles para vender, una humilde elaboradora, para la ley argentina de defensa del consumidor es indiscutiblemente una proveedora; una mujer que en sus momentos libres "teje para afuera", como se dice, y confecciona un *sweater* u otras prendas cada tantos días, es proveedora según la LDC. Así también el mecánico de autos, el albañil, el plomero, el más humilde pintor de obras... Si bien normalmente estos contratos no se judicializan, lo cierto es que están en el ámbito de regulación de la LDC.

Aunque en el art. 2º, en el cual se caracteriza al proveedor, no se menciona expresa y específicamente al vendedor, hay que entender que está comprendido dentro del concepto más amplio de "comercialización".

"Comercialización" comprende también el caso de los intermediarios que de modo profesional actúan en la venta de bienes y servicios a consumidores, por ej. el agente de viajes que es intermediario entre el organizador de viajes y el viajero, y contrata con éste un viaje que es organizado por aquél; el banco que promueve y vende al público el uso de unidades en el régimen denominado "tiempo compartido" .

En el caso de la petrolera más poderosa del mundo que adquiere en un kiosco minúsculo sandwiches o un artículo de papelería, tal empresa petrolera es para la ley argentina usuaria o consumidora y el kiosco es proveedor. En la compra de harina al supermercado que realiza un modesto elaborador y vendedor de pastelitos no es consumidor; en cambio el multimillonario que compra a la fábrica el modelo más costoso de automóvil, con detalles hechos a encargo, es consumidor para la ley argentina. No hay que asociar la magnitud económica del sujeto o el volumen de su actuación en el mercado con una u otra categoría.

Un ejemplo de "concesión de marca" es la empresa que no elabora aceite, conservas, etc., pero concede su marca a quien realmente fabrica el producto; las cadenas de supermercado suelen poner su marca de esta manera.

¿Qué debe entenderse por "desarrollar la actividad de manera *profesional*" en este texto?

Tanto en el habla común como en el léxico jurídico el término "profesional" se emplea en diversos sentidos. Un significado del término refiere al ejercicio de las denominadas "profesionales liberales", que importan conocimientos científicos o técnicos de cierto nivel, adquiridos en estudios sistemáticos y la habilitación para realizar la actividad, que requiere de un título académico y matrícula profesional.

Evidentemente no es este el sentido, pues la LDC excluye expresamente a tales profesionales liberales (art. 2º, 2º párr.). Además, profesionales en este sentido sólo pueden serlo las personas físicas, y el proveedor puede ser una persona jurídica; la gran mayoría de las veces es una persona jurídica.

Otro sentido de "profesional" es quien realiza una actividad con especial conocimiento de ella. pero esto, aunque suele darse en un proveedor, no siempre es así.

Una acepción de actividad "profesional" en el ámbito mercantil es la que se realiza con fin de lucro; así, en el Código de Comercio se habla de la "profesión de comerciante" (arts. 1º, 2º, 23, 33) . Pero éste no puede ser el significado que tiene el término en el art. 2º de la LDC, porque abarca expresamente las prestaciones a título gratuito. Por tanto, el fin de lucro no sirve para caracterizar lo "profesional" a los fines de la LDC.

Un cuarto sentido del término "profesional" refiere a la habitualidad de una actividad. Podría, entonces, interpretarse que para que uno sea "proveedor" debe realizar la actividad de elaborar productos, o venderlos, etc. habitualmente; sin embargo en el art. 2º leemos que también es proveedor quien realiza la actividad *ocasionalmente*, que es lo contrario a *habitualmente*. Pueden ser pocas ocasiones, e incluso una sola ocasión, pues eso significa "ocasionalmente"; por tanto la habitualidad no sirve como criterio caracterizador.

No existe otra acepción de "profesional", ni en el habla ordinaria, ni en el léxico técnico del derecho.

En consecuencia, no tenemos un concepto nuclear que nos permita definir lo "profesional" en el sentido de la ley; y éste es precisamente el término que utiliza la ley para determinar quién es proveedor.

En el caso del "consumidor" hay un concepto clave, que puede servir como piedra de toque para discernir cuándo uno es consumidor y cuándo no lo es, al efecto de la LDC, que es el concepto de "destinatario final", aunque este término importa un importante problema de interpretación, como he mostrado. Hay un concepto nuclear de "consumidor", aunque sea dudoso su radio de alcance. Pero en el caso de "proveedor", el concepto definitorio que menciona la ley, "de manera profesional", aparece anulado por los términos de la misma ley, como se ha explicado.

Esta incertidumbre que suscita el texto de la ley es un grave problema. Véase el caso de la locación de inmuebles. No hay duda de que una empresa que se dedica a negocios inmobiliarios, por ej. el administrar propiedades (repararlas, darlas en locación, etc.) o una empresa constructora que de modo habitual entrega casas en alquiler con fin de de lucro es un proveedor para la ley (después de la reforma de 2008, pues antes la locación de inmuebles estaba excluida del campo de aplicación de la LDC). Y también lo es la empresa propietaria del *shopping center* en los contratos en que cede el uso de un local a un comerciante. Ahora bien, ¿en el caso de un particular que sea rentista y tenga cinco casas en alquiler, es un "proveedor" y por ende los

respectivos contratos de locación se rigen por el derecho especial del consumidor? ¿Y aquel que compra cada cuatro años una casa para arreglarla, refaccionarla y venderla, obteniendo así una ganancia, es un "proveedor" a los efectos de la LDC?

Para salir de este atolladero, puede interpretarse que si la actividad se hace con fines de lucro, aunque se realice en una sola ocasión, es "proveedor"; y si la actividad se hace sin fines de lucro, se requiere la habitualidad para que quien la efectúa sea "proveedor" para el derecho del consumidor. Este es un criterio externo a la ley.

Y aún queda por precisar qué se entiende por "fin de lucro". Si ello significa el propósito de obtener ganancia con la venta, quedan comprendidos en la categoría de "proveedor" los jóvenes de un grupo parroquial que expenden alimentos elaborados en las tradicionales "ferias de platos".

Hay que acotar que la jurisprudencia ha considerado proveedores también a sujetos que no proveen el producto o servicio pero se hallan en una situación de proximidad con la provisión del producto o servicio, por la cual facilitan la obtención del producto. Es el caso de los *malls* o de los *shopping centers*. Puede obtenerse una condena resarcitoria contra el propietario del *shopping center* por casos de daños en una escalera mecánica del inmueble, por ejemplo. Esto desborda el concepto de proveedor que describe la LDC, porque la empresa propietaria del *shopping center* no produce ni comercializa las cosas que puede adquirir el consumidor; pero, como dije, los tribunales la han incluido en dicho concepto.

III. DISTINTOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL (SINOPSIS)

Expondré el repertorio de situaciones en que se genera el deber del proveedor de resarcir perjuicios del consumidor, sin desarrollar cada una de ellas. En la sección siguiente me detendré en una de tales situaciones: los daños que resultan de productos defectuosos o de la prestación de servicios.

1 – *Perjuicios que hacen al "interés de prestación"*, o sea los que se causan cuando no se ha cumplido con la entrega del producto o la prestación del servicio, o con su calidad o cantidad o con el tiempo debido. Son los cuatro casos clásicos de incumplimiento: el incumplimiento total, el cumplimiento defectuoso, el incumplimiento parcial y la mora. En todos ellos la responsabilidad es objetiva, o sea que hay responsabilidad del proveedor aunque el daño no sea consecuencia de una culpa suya. Esto resulta del art. 10 bis de la LDC (que fue incorporado por la ley 24.787), que no requiere la culpa y que dispone que sólo se exime de responder por caso fortuito o fuerza mayor. Al respecto, también hay que mencionar el art. 17 *in fine* LDC, que

dispone el deber de indemnizar para el caso de que la reparación del producto con desperfecto no resulte satisfactoria.

Conforme al art. 8° LDC todo cuanto se ha dicho en la publicidad (por diario, revista, radio televisión, volante o por cualquier medio que sea) se tiene como incluido en el contrato entre el proveedor y el consumidor, aunque no se haya puesto en una cláusula. La mera publicidad no es vinculante, pero si el consumidor contrata con el proveedor, puede exigir todo lo que se hubo dicho en la publicidad, y si el proveedor no cumple porque lo prometido es imposible, deberá indemnizar los perjuicios; un ejemplo de esto, fallado en nuestros tribunales: un instituto educativo terciario que en la publicidad había dicho que otorgaba títulos docentes oficiales, pero no tenía autorización para hacerlo y no pudo otorgarlos, fue condenado a indemnizar a los alumnos perjudicados en su expectativa de ser profesores. La publicidad engañosa no sólo genera responsabilidad civil cuando el producto o servicio carecen de las características mencionadas o sugeridas en la publicidad, sino también cuando se expresa en ello una utilidad que no tiene.

Aquí se incluye la responsabilidad por perjuicios derivados de vicios redhibitorios. Al respecto son aplicables las reglas del Código Civil (a las cuales remite expresamente en este punto la LDC en su art. 18), con la excepción de la norma del art. 2170, que exime al enajenante de responsabilidad por tales vicios si el adquirente debía conocerlos por su profesión u oficio, norma inaplicable en las relaciones de consumo, según prescribe la LDC (art. 18 inc. b).

La LCD establece la solidaridad entre los miembros de la cadena de comercialización respecto de las obligaciones de garantía por desperfectos del producto (art. 13), pero la obligación de aquellos no es solidaria en el caso del mero incumplimiento, o sea, cuando no se ha entregado la cosa o no se ha prestado el servicio (conforme al art. 701 C.C. hay obligación solidaria sólo cuando un contrato o la ley lo establecen "expresamente" y "en términos inequívocos").

2 - *Perjuicios irrogados por infracción del deber de información.* El art. 4° LDC expresa que "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". Aquí se reconoce el derecho del usuario o consumidor a la información de una manera indiferenciada, ya que en realidad hay dos clases bien distinguibles de deberes de información: a) los que surgen de un contrato ya celebrado y b) los que existen en la etapa precontractual. Los primeros tienen dos finalidades: una es que el consumidor o usuario conozca los riesgos del producto, para que así los evite y la otra es que el consumidor aproveche adecuadamente el producto (al respecto, el proveedor debe informar el modo o modos de usarlo, lo necesario para conservarlo y para evitar roturas, etc.). Y con respecto al deber de información que tiene el proveedor en la etapa precontractual, y que por tanto no se ubica en este segundo supuesto del repertorio, sino en el cuarto supuesto de esta enumeración, también tiene dos finalidades: una es que el consumidor conozca los riesgos del producto o servicio, de manera que si no quiere correrlos, no lo

adquiera (por ejemplo un juguete que es inadecuado para la edad de su hijo) y la otra es que conozca las propiedades del producto y su utilidad en relación con sus necesidades y el valor económico total que deberá pagar por él (y en su caso, por su instalación, adaptación, insumos actuales y futuros, etc.), para que su consentimiento contractual sea genuino. El deber de información respecto de ciertas cosas puede ser muy amplio; la ley no lo puede detallar, ni circunscribir; es imposible que la ley determine todo lo que hay que informar para cada tipo de servicio o de producto que se comercializa, en cada situación. Es imposible reglamentar esto acabadamente; puede hacerse sólo en parte. Si en tal circunstancia debe informarse tal aspecto respecto de tal producto, es algo que queda generalmente librado al juicio criterioso del proveedor, y para el caso de controversia judicial, al juicio criterioso del juez.

La consideración de los fines del deber de información sirven de guía para determinar qué hay que informar en general y en cada caso concreto, y con cuánto detalle. Lamentablemente el texto de la ley no expresa tales fines, que he mencionado *supra*.

Como consecuencia de la infracción del deber de información hay responsabilidad civil si de ello resulta daño, por ejemplo el caso de un contrato de viaje en el que la empresa no le informó al cliente que para ingresar a determinado país era necesario un certificado o vacuna y se frustra el viaje porque al viajero le prohíben ingresar a dicho país pues carece de tal requisito. Este deber resarcitorio se indica en el art. 37 LDC, último párrafo.

3 - *Perjuicios derivados de la infracción del deber de consejo*. En general los comerciantes no tienen el deber de aconsejar al cliente lo que sea mejor para éste. El comerciante está obligado a informar diversos aspectos del producto que vende al cliente, y también informarle si el producto es idóneo o no lo es para las necesidades del cliente, como dije; pero no está obligado a hacerle conocer la existencia de otros productos que él no vende y que serían más convenientes para el cliente, o más económicos, etc. No está obligado a referirle que otros vendedores tienen productos menos costosos o más adecuados para sus necesidades. No está obligado a remitir a un cliente a la competencia para que satisfaga mejor su interés. Este deber de aconsejar existe en el profesional liberal (el médico, el abogado, el ingeniero, etc.); conforme a la buena fe toda la conducta de un profesional (en este sentido del término) debe, por obligación moral y jurídica, tender al mayor bien del cliente. No obstante lo dicho, hay casos de comerciantes que al mismo tiempo son profesionales en el sentido estricto referido, por ej. los contactólogos. Ellos son profesionales liberales, requieren de un título académico que los habilite para ejercer la profesión, pero también son comerciantes y están habilitados a comerciar con los lentes de contactos y productos accesorios; ejercen, por tanto, al mismo tiempo como comerciantes y como profesionales liberales; como consecuencia de ello, son proveedores en el sentido de la LDC y tienen también el deber de aconsejar, porque son profesionales liberales. Lo mismo se aplica a otros profesionales que en su calidad de profesionales pueden ejercer el comercio, por ej. los farmacéuticos, los veterinarios

y los agentes de viajes. Este deber de información no está en la LDC, pero lo apporto, como una conclusión doctrinaria y con fundamento en el principio general de la buena fe en materia de contratos (art. 1198 C.C.).

4 – *Perjuicios causados en la etapa precontractual.* En un ítem anterior se ha distinguido, dentro del deber de información, el que tiene el proveedor antes de la formación del contrato. Su infracción, por falta de información o por información errónea o inadecuada, si causa daño, genera responsabilidad civil. Ello procede conforme a los principios generales, pero también lo prevé la LDC (art. 37, últ. párr.). Otro caso de responsabilidad por hechos cometidos en el periodo precontractual es la publicidad engañosa que cause perjuicio.

5 – *Perjuicios que conciernen al "interés de incolumidad" o seguridad física.* Aquí tenemos los daños que resultan de productos o servicios defectuosos o peligrosos. La jurisprudencia lo ha extendido a daños que sufre el consumidor en el lugar en que se comercializan los productos o servicios, aunque no sean causados por éstos (por ej. en escaleras mecánicas).

Este ítem lo desarrollo detenidamente en la sección siguiente del presente artículo.

6 – *Daños por incumplimiento de obligaciones en tiempo poscontractual.* Se habla a veces de "responsabilidad poscontractual", pero es en realidad es una responsabilidad derivada del contrato, por incumplimiento de obligaciones que surgen después que se extinguieron las prestaciones específicas del contrato. Un ejemplo: un laboratorio farmacéutico que pone un producto en el mercado, las farmacias lo venden al público y después se descubre que una cantidad de unidades de tal fármaco causaron daños por un error en su elaboración, por ej. porque contienen un ingrediente en dosis errónea, como sucedió en Perú hace unos años, por lo cual pacientes que lo consumieron recibieron serios daños neurológicos; en tal caso, es obligación del laboratorio informar acerca de dicho suceso al público en general y a los demás adquirentes del producto que pueda identificar, para que acudan al médico. Otro ejemplo es la empresa de viaje que conoce que un viajero se ha infectado con un virus en una localidad de la India, que en nuestro país es desconocido; debe informar a los demás integrantes del grupo de viajeros, ante la eventualidad de que hayan contraído la misma infección, para que el diagnóstico respectivo no sea tardío y se eviten o se palien en lo posible los daños a su salud. El decreto reglamentario de la LDC, 1798/94, reconoce estos deberes: "Los proveedores de productos o servicios que posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo tengan conocimiento de su peligrosidad deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores, mediante anuncios publicitarios" (art. 4º). En rigor, además de este deber de informar al público en general mediante anuncios publicitarios, existe la obligación de informar a todo consumidor del producto riesgoso que el proveedor

pueda identificar, con fundamento en el principio que manda no dañar a otro (*alterum non laedere*), que se aplica a las acciones y a las omisiones.

La propia LDC contiene una regla específica para otro supuesto de "responsabilidad poscontractual" en su art. 12: "Los fabricantes, importadores y vendedores de las cosas mencionadas en el artículo anterior debe asegurar un servicio técnico adecuado y el suministro de partes y repuestos".

7 - *Perjuicios causados por discriminación y por trato no digno*. La LDC, después de su reforma de 2008, dispone: "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" (art. 8° bis). Se considera que esta enumeración de los modos de trato indigno no es taxativa ; un ejemplo que no está expresamente mencionado allí es el control sobre las personas a la salida de locales comerciales para evitar hurtos, cuando ello se hace de modo ofensivo o abusivo. La violación de la prohibición de discriminar al consumidor, así como el trato no digno, generan responsabilidad civil, independientemente de la adquisición de un producto o de un servicio. Ilustro con un caso fallado en nuestros tribunales: Una mujer había contratado una tarjeta de crédito que incluía como prestación adicional un "seguro de desempleo". Ella después fue despedida en su lugar de trabajo; reclamó el pago del seguro referido, pero la entidad financiera emisora de la tarjeta incumplió con dicha obligación y pretendió cobrarle a la mujer los cargos por las compras hechas con dicha tarjeta, sin aceptar la compensación con su crédito, que ella invocó; además, envió a la clienta varias cartas en la cual la trató de morosa y la amenazó con intereses, embargo de sueldo, juicio, remate de bienes, inclusión de su persona en base de deudores morosos, etc. Después de seis meses, y luego de reclamar en la oficina de defensa del consumidor, la mujer logró que la entidad financiera le entregara un certificado de que nada debía. El tribunal condenó a ésta a indemnizar a la clienta por el trato indigno y le aplicó además una multa civil (*punitive damages*) .

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS O PELIGROSOS Y EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El deber de seguridad

La LDC menciona el "deber de seguridad" u "obligación de seguridad" (art. 5°). Esta "obligación de seguridad" fue reconocida por las leyes anteriormente en diversos contratos: en el contrato de transporte de persona (art. 184 C.C. para el transporte

ferroviario, y extendido por analogía al transporte efectuado por los otros medios); más tarde en el contrato de espectáculo deportivo (ley 23.184, después modificada por la ley 24.192) y en el contrato de educación (art. 1117 después de la reforma de la ley 24.830). La jurisprudencia lo ha admitido respecto de varias otras especies contractuales, respecto de las cuales ha entendido que existe una garantía tácita que promete uno de los contratantes al otro, de que éste no resultará damnificado por causa de las prestaciones y que si recibiere un daño, se obliga a repararlo (por ej. en el contrato de juego en parque de diversiones, el contrato de guardería infantil, el contrato de servicio gastronómico). Esta "obligación tácita de seguridad" integra las obligaciones del contrato, juntamente con las obligaciones específicas de la especie contractual de que se trate.

La LDC establece este "deber de seguridad" del proveedor para todos los contratos con consumidores y para todas las "relaciones de consumo". Se trata de un deber de garantía, en virtud del cual el proveedor debe indemnizar al consumidor o usuario damnificado, aunque no haya culpa del proveedor en la producción del perjuicio. Según la clase de contrato puede haber diversas obligaciones específicas de seguridad que son obligaciones de medios, por ej. proveer salvavidas a los pasajeros de un barco, colocar cinturones de seguridad en las butacas de un ómnibus, tener abierta una salida de emergencia en la sala de cine para el caso de incendio o tumulto, lavar con desinfectante las copas en que se sirven bebidas, contratar un guía especializado, etc.; pero además existe una "obligación de seguridad" genérica que es una *obligación de resultado*. Conforme a la doctrina general sobre el "deber de seguridad", en caso de daño el proveedor sólo se exime si sucede alguna de las tres circunstancias eximentes clásicas que quitan la relación causal: el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho inevitable de tercero ajeno o el hecho de la propia víctima.

La LDC dice en el art 5° que "las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

Este enunciado es muy amplio, pero abarca sólo los daños causados por las cosas o servicios. Sin embargo, tenemos en la jurisprudencia muchos casos de condenas a indemnizar por caídas del consumidor en locales comerciales en pisos resbalosos o en escaleras mecánicas, así como accidentes en otras instalaciones, que no encuadran en el art 5°, porque no son perjuicios causados por productos o servicios defectuosos que comercialice el proveedor. Hay un precedente de la Corte Suprema de Mendoza de 2002, muy citado por otros tribunales, de una persona que pretendió ingresar al supermercado por la puerta de salida; los sensores de su presencia no estaban de su lado, y por ello cuando quiso pasar, las puertas de vidrio se cerraron, fue aprisionada, cayó al suelo y sufrió fractura de cadera. El tribunal dijo: "Es verdad que la norma se refiere específicamente a los servicios prestados y a los productos enajenados, *pero es también una pauta general aplicable por analogía, relativa a la seguridad que deben prestar las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece*". El tribunal, aunque le atribuyó una parte causal del perjuicio a la víctima en un veinte por ciento (pues había carteles que decían "ingreso" y "salida" en cada una de las

respectivas puertas), le atribuyó responsabilidad al supermercado, con el fundamento en el deber de seguridad referido, pues el mecanismo no prevenía los daños en el caso de que un cliente ingresara por la puerta que no correspondía, hecho que era previsible. Otros casos que hallamos en los repertorios jurisprudenciales en que se juzgó infringido el "deber de seguridad" del proveedor que reconoce la LDC: persona en silla de ruedas que después de haber hecho una compra se cae por chocar contra las guías de una puerta corrediza que estaban por encima del nivel del piso, en la salida de un hipermercado ; caída de quien estaba sentado en un taburete en un casino ; caídas en escaleras resbalosas de mármol a la salida del cine en un centro de compras ; accidentes ocasionados por barandas de contención ; tropiezo con una rejilla en mal estado a la salida de una estación de tren subterráneo . A menudo los tribunales han reconocido en casos de esta índole que hubo causalidad parcial del propio damnificado y por ende, ordenaron la indemnización parcial de los daños.

Dispone el art. 6° LDC en su primer párrafo: "Las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos". El art. 5° expresa una norma genérica para toda cosa o servicio; el art. 6° 1° párr. es una norma específica para las cosas o servicios cuya utilización sea riesgosa.

Existen reglamentaciones específicas para la elaboración de diversos productos y servicios, de índole preventiva, que en general pertenecen al derecho administrativo. Pero además y más allá de todas esas normas reglamentarias, rige esta regla general de la LDC, que manda poner todos los medios que sean "razonables" –como dice el texto legal– para evitar daños.

Regla de la responsabilidad por productos defectuosos o peligrosos y servicios dañosos

Dispone el art. 40 de la LDC:

"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".

Concepto de producto defectuoso

La doctrina define el producto defectuoso como "el que no tiene la seguridad que se puede legítimamente esperar", concepto que expresa una norma del derecho comunitario europeo .

El defecto puede ser: a) originario del producto cuando fue extraído de la naturaleza (por ej. pescado que estaba contaminado en el lago) o del ingrediente cuando fue recibido por el fabricante, o b) un vicio de diseño (que por tanto afecta a todas las unidades fabricadas) o c) un vicio de fabricación (que tiene el producto individual, o la respectiva serie o partida) o d) un vicio originado en la conservación o manipulación.

Legitimados pasivos

La víctima está facultada para exigir la reparación del daño a todos los que integran la cadena de comercialización: "el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio" (art. 40). Así por ej. son responsables la empresa que ha fabricado el automóvil y el concesionario que lo vendió al usuario por los daños que resultan a éste en un accidente de tránsito, derivados de un vicio de fabricación del rodado, como se decidió en una causa judicial . También el fabricante y el concesionario son solidariamente responsables de cualquier otro perjuicio en caso de desperfectos mecánicos por defecto de fabricación . Claro está que si el fabricante no venda directamente el producto al consumidor sino que éste lo adquiera de un revendedor, el fabricante se exime de responder en caso de vicios que la cosa haya adquirido después que aquél se desprendió de ella, y que sean ajenos al fabricante.

También es responsable quien ha fabricado una parte del producto que otro arma, por ej. el que fabrica autopartes en la industria automotriz; pero se entiende que es responsable solamente respecto de los daños que resultan del defecto de la parte que ha fabricado.

"Quien pone la marca" puede ser una empresa que se limita a negociar el uso de la marca, sin que intervenga en la elaboración del producto ni en su venta. Asimismo, en el contrato de franquicia (por ej. para la fabricación de helados) el franquiciante se encuadra en el concepto de "quien pone la marca" . Otro caso es el productor de la uva que le pone su marca al vino que es elaborado por otra empresa. También se incluyen los revendedores que no fabrican la cosa pero le ponen su marca, por convenio con el fabricante real, v. gr. los grandes supermercados que ponen su marca a conservas, vinagres, gaseosas, yerba mate, etc.; de todos modos estos sujetos son responsables también por su calidad de vendedores, conforme al art. 40. También están incluidos en el concepto de "quien pone la marca" los bancos en ciertos negocios inmobiliarios; así, se condenó a un banco que aportó su nombre a un proyecto para la construcción de inmuebles, que resultaron defectuosos ; y se condenó a otro banco, porque en la

publicidad había creado apariencia de garantía y respaldo en un sistema de "tiempo compartido" que nunca comenzó a funcionar.

Responsabilidad objetiva y su fundamento

Se entiende que el art. 40 atribuye a cada proveedor, sea el fabricante o no, responsabilidad objetiva en caso de daños causados por productos o servicios; de modo que no se eximen aunque prueben que no hubo culpa suya en la causación del daño.

La razón que justifica la atribución de responsabilidad sin culpa es el "riesgo de empresa".

En el caso del proveedor que ha contratado con el consumidor concurre como fundamento la "garantía de indemnidad" que pesa sobre el proveedor, y que se juzga implícita en el acuerdo contractual ("obligación tácita de seguridad").

En el caso de la responsabilidad de quien pone la marca en el producto o servicio, ella se funda en el principio de protección de la confianza, además del referido "riesgo de empresa".

La cuestión de la responsabilidad objetiva del revendedor

El art. 40 LDC establece la responsabilidad de todos los sujetos de la cadena de comercialización, incluido el revendedor minorista, sin que se requiera la culpa de éste. Esto hace a nuestro régimen legal diferente de todos los países europeos, en los cuales el revendedor minorista es responsable sólo en ciertos casos en que media una determinada conducta suya, por ejemplo cuando no revela el nombre del elaborador del producto que ha causado el daño (la razón de esto es que se impide a la víctima dirigirse al fabricante para demandarle indemnización) o cuando habiendo conocido el riesgo no lo informó al consumidor. La Directiva respectiva de la Unión Europea dispone que el vendedor que no sea fabricante ni importador responde solamente cuando el fabricante o el importador no pueden ser identificados o cuando la actividad del vendedor ha podido afectar la seguridad del producto (Dir. 92/59, arts. 2º y 3º). En general todos los países europeos han adoptado este régimen. En Iberoamérica, he visto tres países que atribuyen responsabilidad sin culpa al vendedor minorista: Panamá, Venezuela y Perú, en sus legislaciones de los últimos años; probablemente han seguido en esto la ley argentina, la cual han seguido indudablemente en otros puntos. Esta regla es muy protectora del consumidor, pero conduce a resultados que pueden ser excesivos. Así por ej. el caso de un propietario de una pequeña farmacia que ha cumplido con todas las normas reglamentarias que rigen la adquisición y

conservación del producto, el cual ingresó a la farmacia con un defecto de elaboración o de conservación anterior que no pudo ser conocido de ninguna manera por el dueño de la farmacia, éste compró el producto a un laboratorio autorizado, mantuvo la cadena de frío, pero el producto vino, como decimos, con un vicio de fabricación o un vicio de conservación que ocurrió antes de que él lo recibiera; según la LDC es responsable de los daños, a pesar de ser totalmente ajeno al vicio y aun cuando su giro comercial sea de muy escaso volumen, desproporcionado con el valor del daño que se le impone indemnizar. Esto ha generado objeciones en parte de la doctrina, que propone que se modifique la ley, de modo que el revendedor se libere cuando concurren las siguientes circunstancias: que el vicio del producto sea totalmente ajeno a su conducta; que lo haya ignorado y no haya podido conocer su existencia en razón de su profesión u ocupación, que le haya sido imposible controlar la calidad del producto, que no haya asumido una garantía expresa sobre la seguridad de él y que manifieste el nombre del fabricante y, en su caso, del importador y del vendedor mayorista.

Quienes están a favor del régimen de responsabilidad objetiva del vendedor del art. 40 responden que la norma se funda en que es más difícil a la víctima que al revendedor identificar al causante del vicio, que el revendedor suele estar en mejor posición económica que la víctima para absorber el daño y que la norma incentiva al revendedor para que seleccione productos y fabricantes. Además, dicen que en todo caso el minorista puede cubrirse mediante la contratación de un seguro de responsabilidad civil.

En el caso de que el vendedor minorista vaya a sufrir un gran quebranto de resultas de pagar el resarcimiento, puede invocar la 2ª. parte del art. 1069 y obtener la morigeración de la indemnización que dispone dicha norma para el caso de que no haya dolo del responsable y el importe resarcitorio sea excesivo en relación con su patrimonio. Algunos doctrinarios han dicho que dicha regla no es aplicable para los supuestos de responsabilidad objetiva (como es el que ahora considero), pues dicho artículo está ubicado en el título *De los actos ilícitos* y el art. 1067 define los actos ilícitos como aquellos que se realizan con dolo, culpa o negligencia; pero esto es un error: si para el supuesto de mera culpa del responsable la ley establece que el resarcimiento puede ser atenuado, *a fortiori* ello corresponde en el caso de que no haya nada de culpa en el responsable .

A menudo los abogados olvidan alegar el art. 1169; el criterio de los tribunales es que la morigeración tiene que ser pedida por el interesado, los jueces no pueden aplicarla de oficio, pues si lo hacen se vulneraría el derecho de defensa del damnificado.

Responsabilidad solidaria

El referido art 40 establece la responsabilidad *solidaria* del fabricante, del importador, del minorista y demás sujetos que menciona. Sin embargo la mitad de las sentencias que he visto sobre el punto aplican el precepto como si se tratara de una responsabilidad *concurrente*. Algunos tribunales consideran explícitamente la cuestión, se oponen expresamente a la regla del art. 40 y resuelven *contra legem*; dicen que aunque el art 40 disponga la responsabilidad solidaria, corresponde la responsabilidad concurrente, porque la responsabilidad de cada uno de los sujetos que allí se mencionan tiene una causa distinta. En la doctrina. es bastante común que se enseñe que la obligación solidaria se distingue de las obligaciones concurrentes en que en la primera hay una sola causa eficiente de la obligación, mientras que en el segundo caso hay dos o más obligaciones que emanan de causas distintas. Otro argumento que suele expresarse en favor de la índole de obligaciones resarcitorias concurrentes de los distintos responsables del art. 40 es que allí se establece el derecho al reintegro que tiene quien indemnizó al consumidor contra quien ha causado realmente el daño, pues en las obligaciones solidarias no hay reintegro, sino contribución entre los codeudores solidarios. Pero esta explicación no parece acertada, porque en la obligación solidaria también puede haber reintegro total: cuando un codeudor "de favor" ha firmado en calidad de codeudor solidario, y no aprovecha en nada la contraprestación de su obligación, si lo demandan y paga la obligación, tiene derecho al reintegro total de lo que pagó, y no a una contribución proporcional.

El encuadrar la obligación indemnizatoria como obligación solidaria o por el contrario, tenerla como obligación concurrente es importante para diversos efectos, entre ellos, la interrupción de la prescripción. En el primer caso la demanda judicial hecha a uno de los codeudores solidarios interrumpe el curso de la prescripción respecto de los otros codeudores solidarios (art. 713 C.C.); al contrario, en las obligaciones concurrentes la ley no otorga dicho efecto. De modo semejante sucede para el caso de mora de uno de los codeudores (art. 710 C.C.). Sin embargo hay un aspecto en el que al damnificado le conviene que la obligación de los responsables de indemnizar sea concurrente, y no solidaria: dispone el art. 705 C.C. que si el acreedor demanda a uno solo de los codeudores solidarios no está facultado para demandar después a los demás, salvo que el primero resulte insolvente (art. 705); no hay esta limitación en el caso de deudores concurrentes.

En casi todos los países europeos e iberoamericanos que se refieren al punto se ha establecido la responsabilidad *solidaria* de todos los responsables para el caso de daños causados por los productos defectuosos.

Las eximentes

La LDC dispone en el art 40 que cualquiera de los sujetos de la cadena de comercialización quiera eximirse de indemnizar, tiene que probar la ajenidad de la causa ("Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena"). Se interpreta que hay "ajenidad" de la causa si hay caso fortuito,

hecho inevitable de tercero extraño o hecho de la propia víctima que haya causado el daño. La carga de la prueba de esta eximente la tiene el proveedor, conforme lo establece esta regla de la LDC. Así por ej. en el caso de una prótesis mamaria que se desinfló y causó además del daño inmediato que es la insatisfacción de la prestación, otros daños a la usuaria, se controversió en el juicio cuál había sido la causa. El perito manifestó que este fenómeno puede deberse a veinte causas distintas que enumeró, la mayoría de ellas encuadradas en el hecho de la propia víctima (por ej. ciertos esfuerzos, relaciones sexuales muy intensas, la práctica de ciertos deportes), o por diversos hechos del propio organismo (v. gr. el desarrollo de tejidos). El tribunal dijo que, dado que el perito no pudo saber cuál de todas estas causas es la que produjo en este caso el resultado, entonces existe la responsabilidad del proveedor. Si el proveedor no prueba que el daño resultó de una causa ajena al producto, debe indemnizar.

Otros ejemplos acerca de la carga de la prueba de la eximente: A uno que se hallaba en un local bailable lo agredieron otros asistentes con golpes de puño y con un botellazo; el tribunal condenó a resarcir al dueño del establecimiento porque no se acreditó que hubiese intervenido para evitar el hecho el personal de vigilancia con que contaba el establecimiento, y por ende el propietario no probó que el daño resultó del hecho inevitable de un tercero ajeno. Un cliente que se hallaba dentro de un hipermercado fue golpeado por placas de yeso que se hallaban contra una pared; él no probó que estuvieran mal colocadas ni ningún hecho imputable al proveedor, y éste no demostró que el cliente las hubiera movido para verlas; se condenó al proveedor a indemnizar, pues no probó el hecho de la víctima.

Hay casos en que está claro que el daño ha sido causado por el hecho de la misma víctima o de un tercero por quien el proveedor no es responsable, y sin embargo los tribunales le han atribuido responsabilidad al proveedor, con fundamento en la referida "obligación de seguridad". Un ejemplo de esto es la sentencia emitida hace dos años, en el caso sucedido en el hotel Llao Llao en Bariloche, en donde un bebé sufrió quemaduras con el agua corriente en el baño del cuarto, cuando la madre lo bañaba. Según surge del mismo relato de los hechos que hace el tribunal, la mujer no habría mezclado el agua caliente con la fría, y los jueces sostuvieron que el hotel tenía el deber de informar a los huéspedes que el agua sale a una temperatura que puede causar quemaduras. Otro ejemplo: se condenó al dueño de una playa de estacionamiento por el robo de automóvil realizado por asaltantes con armas de fuego: "el robo a mano armada no puede ser considerado un caso fortuito a los fines de eximir de responsabilidad al propietario de una playa de estacionamiento por la sustracción de un rodado, ya que actualmente no es un hecho imprevisible". El criterio es injusto. En cambio, en otra causa se resolvió con acierto que el asalto con arma de fuego puede eximir de responsabilidad en tal caso. En otra causa judicial, se trataba de una persona que esquiaba en un complejo turístico y fue atropellada por un *snowboardista*; el juez de primera instancia condenó a la empresa a indemnizarla, pero la Cámara revocó la sentencia atinadamente, con el fundamento de que el daño fue causado por el hecho de un tercero por quien la empresa no debe responder.

Distinto es el caso en que el daño resulta de un hecho de la víctima que a su vez fue ocasionado por el deficiente modo de prestarse un servicio por el proveedor. Un ejemplo de esto: Una mujer en la estación de trenes subterráneos puso el pie en el hueco entre el andén y el pozo de la vía y resultó herida por el paso del tren: dijo la Corte Suprema que "si la falta que se imputa a la víctima es una consecuencia de una omisión previa del prestador", no vale para quitar la causalidad de la empresa, pues ésta "debió adoptar las medidas necesarias para asegurar el ordenado ascenso y descenso de los pasajeros de los trenes, ya sea, por ej. mejorando las frecuencias de las formaciones para evitar las aglomeraciones en los andenes o instruyendo a su personal para que el servicio se desarrolle, principalmente en las horas pico, sin tropiezos ni peligros" .

Ampliación pretoriana de los supuestos de los arts. 5º, 6º y 40 de la LDC

Aunque el art. 40 se refiere solamente a la responsabilidad causada por el producto o por la prestación del servicio, y los deberes de seguridad que prescriben los arts. 5º y 6º también se refieren sólo a los productos y servicios, la jurisprudencia los ha extendido a la toda la actividad del proveedor relacionada con la provisión de la cosa o servicio. Así, han aplicado tales normas, en el caso de las empresas proveedoras de gas a domicilio, no sólo a los daños causados por el gas mismo, sino también a todo daño causado por la actividad de la empresa de gas en relación con el servicio, por ej. el hundimiento de una vereda por deficiencias en los trabajos para la instalación o la reparación de cañerías, como se juzgó en algunas controversias .

Los arts. 5º y 6º de la LDC se refieren a los defectos de las cosas que pueden causar daño físico al consumidor. Con respecto al art. 40 hay que interpretar que incluye también el daño a las cosas del consumidor, pero siempre que el producto o servicio lo causen. Sin embargo, a veces los tribunales han extendido el concepto de "producto defectuoso" y aplicaron el art. 40, de modo de abarcar la indemnización de otra clase de perjuicios. Así por ej. en el caso de quien fue incluido en una lista de morosos porque otro, usurpando su identidad, obtuvo una tarjeta de crédito e hizo compras con ella; los jueces condenaron al banco emisor de la tarjeta y al banco que la administraba, con fundamento en el art. 40, "porque participaron en la fabricación y comercialización de un producto *defectuoso* que ha ocasionado daño" .

Otra ampliación tribunalicia del deber de seguridad reconocido por el arts. 5º ha sido el reputar que se ha violado tal regla en los casos de asaltos en perjuicio de clientes dentro de los baños de *shopping centers*.

V. LA PRESCRIPCIÓN

El art 50 de la LCD establece que el plazo de prescripción para las acciones judiciales emergentes de dicha ley es de *tres años*. No menciona el día en que debe comenzar a contarse dicho lapso; por tanto, se aplican al respecto los preceptos del Código Civil y la doctrina sobre inicio del curso prescriptivo para las obligaciones en general y la doctrina sobre el inicio del cómputo para las obligaciones resarcitorias en particular.

Algunos ejemplos de plazos prescriptivos que han quedado modificados por el lapso trienal que instituye la LDC son: en el transporte de pasajeros y en el transporte de cosas, cuyo plazo es de un año en el Código de Comercio (art. 855, reformado por ley 22.096); en el contrato de transporte por agua es de un año (arts. 293 y 345 de la ley 20.094; la obligación de pagar el precio de la locación, las obligaciones de intereses y las que se pagan en periodos es de cinco años en el Código Civil (art. 4027 C.C.); el contrato de seguro tiene un plazo de un año en la ley respectiva (art. 58 ley 17.418); el plazo de la acción de nulidad por error, dolo o falsa causa es de dos años en el Código Civil (art. 4030); la acción por ruina en la construcción de inmuebles tiene un plazo anual de prescripción en el Código Civil (art. 1646 C. C.); en caso de vicios redhibitorios, las acciones *quanti minoris* y redhibitoria en caso de vicios redhibitorios tienen un lapso prescriptivo de 3 meses en el Código Civil (art. 4041) y de seis meses en el Código de Comercio (art. 473).

Antes de esta reforma de 2008 de la LDC algunos tribunales, en el caso de controversia entre el asegurador y el asegurado, aplicaban al reclamo de éste el plazo de prescripción anual, con el argumento de que la norma especial prevalece sobre la general; pero con el nuevo texto del art. 50 este argumento ya no puede sostenerse .

Uno de los problemas de interpretación que ha suscitado el art. 50 es si el plazo prescriptivo trienal que establece rige solamente para las acciones que tienen fundamento en alguna de las disposiciones de la LDC, o si rige también respecto de todos los demás derechos y obligaciones contractuales que vinculan a las partes según las reglas del Código Civil, el Código de Comercio y cualquier legislación complementaria en puntos que no están especialmente previstos en la LDC, por ej. la responsabilidad por ruina de la obra que tienen las empresas constructoras (art. 1646 C.C.). Entiendo que la recta interpretación de dicho texto legal es que rige para todas las acciones del consumidor . Hubo un fallo plenario sobre este punto, de la Cámara Nacional de 12/3/2012, referido al contrato de seguro, que por amplia mayoría (24 contra 8) resolvió que rige el plazo de tres años para cualquier acción del asegurado .

El art. 50, luego de su reforma por la ley 26.361 dispone que si en otra ley, sea general o especial, existe un plazo distinto, el consumidor puede prevalerse del que sea más beneficioso para él: "Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario". Así por ejemplo las deudas por hospedaje y las deudas por enseñanza en los colegios tienen un lapso prescriptivo de un año (art. 4035 C.C.); si el consumidor es demandado, puede invocar tal regla del Código Civil. Como aplicación del art. 50 LDC se resolvió en una causa judicial que si la aseguradora abona

al consumidor damnificado la suma asegurada por hurto que había padecido en playa de estacionamiento del proveedor, aquélla, al subrogarse en los derechos del consumidor se beneficia con el plazo de prescripción decenal del art. 4023, más favorable al consumidor que el lapso trienal del mismo art. 50 .

Esta regla no es justa. Pues la diferencia de trato en favor del consumidor debe admitirse allí donde haya un fundamento para ello, por ej. la brecha informativa que suele existir entre el proveedor y el consumidor justifica los especiales deberes de información del primero; el hecho de que son desproporcionados los gastos de un juicio, pues suelen superar el valor de lo que el consumidor reclama, justifica la gratuidad del reclamo administrativo y también la gratuidad del proceso judicial. En cambio, en lo que concierne a los plazos de prescripción, no hay razón que justifique un trato más favorable al consumidor que al proveedor: los fundamentos de la duración de los plazos de prescripción son los mismos respecto de cada una de las partes: el evitar tener que guardar los comprobantes de pago de las prestaciones y la pérdida de confiabilidad de la prueba acerca de los hechos que sucede cuando pasa cierto tiempo, no requieren un lapso distinto para cada uno de las partes de la "relación de consumo".

Al respecto, es plausible una acción de inconstitucionalidad por violación del "principio constitucional de igualdad" (que se dice establecido en el art. 16 de la C.N.). El art. 50 de la LDC le permite al consumidor prevalecerse del plazo de prescripción que le sea más favorable, pero, obviamente, el proveedor no goza de tal beneficio. Por tanto, se viola el "principio constitucional de igualdad de trato del legislador" y también el "principio del trato equitativo en las relaciones de consumo", que está en el art. 42 de la C. N. Normalmente el principio del trato equitativo se alega en favor del consumidor, porque en la mayoría de los casos el trato inequitativo sucede en perjuicio del consumidor. En los hechos y en los contratos cuando hay trato inequitativo, ello es en perjuicio del consumidor; pero en el caso de una norma legal como ésta que se objeta, el trato inequitativo existe en perjuicio del proveedor.

Como dije al comienzo de la exposición, necesariamente debí hacer una selección de temas, que ha dejado de lado otros asuntos importantes de la responsabilidad civil en este ámbito de las "relaciones de consumo", como son: la responsabilidad por los "riesgos del desarrollo", los daños a los intereses supraindividuales y las "acciones de clase", el trato privilegiado que se le da en la LDC a las empresas de transporte aéreo (art. 63) y la consiguiente posible impugnación de inconstitucionalidad, la extensión de las consecuencias dañosas resarcibles en el caso de daños por productos defectuosos y la indemnización del "daño directo" en sede administrativa, que establece el art. 40 bis LDC, después de la reforma de 2008. –