

- acciones podrán ejercitarse conjuntamente o en forma separada. La opción pertenece a la víctima del daño civil.
2. La ley N° 19.300 prevé un régimen primario o básico de común aplicación a ambas responsabilidades, régimen que hace excepción a las normas del Derecho Común del *Código civil*.
 3. La ley da reglas especiales para la legitimación activa de la acción ambiental, reconociéndola a las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido un daño ambiental; al Estado a través del Consejo de Defensa del Estado y a las Municipalidades cuando así sean requeridas por cualquier persona.
 4. La responsabilidad ambiental tiene por primer objeto una prestación de hacer, la reparación material del daño en la medida que sea posible. Sin embargo, cuando tal reparación material, en los términos previstos por la propia ley, no es posible total o parcialmente, se abre paso, por aplicación del art. 3 de la ley y las normas de derecho común, a la indemnización de daños como una reparación en equivalencia.

RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR ARGENTINO

Javier Wajntraub*

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Consumidor es una disciplina que viene creciendo de manera constante a pasos acelerados, siendo tal vez uno de sus principales motivos el hecho de que representa la necesidad de soluciones a los problemas que aquejan cotidianamente a los ciudadanos.

Por su parte, más allá de su carácter innovador, nos atrevemos a afirmar que su virtud se basa más en haber encontrado la fórmula para adecuar viejas y nuevas instituciones del derecho a la resolución de los problemas que se les presentan, que en la creación de herramientas distintas a las que los operadores jurídicos acostumbraban a manejar.

Esta afirmación se aprecia en que el derecho del consumidor no puede funcionar sino al auxilio del conjunto de las normas jurídicas que resulten aplicables a las relaciones de consumo, por tratarse, en general, de cuerpos legales muy reducidos que establecen pautas y criterios de interpretación. La cuestión es clara cuando nos proponemos resolver cualquier cuestión vinculada a algún tipo de contrato, caso en los cuales debemos remitirlos a la regulación legal específica, interpretada a la luz del ordenamiento consumerista¹.

Podríamos decir: el Derecho del Consumidor cumple un papel de reformulador de institutos jurídicos, ya que su aplicación significará en todos los casos que los mismos se interpreten de una manera distinta a la concebida en el momento de su concepción.

Lo expresado intenta explicar que el derecho del consumidor no suele ser autosuficiente, y ello no es ajeno a la materia de la responsabilidad civil. Precisamente, en este caso, habremos de remitirnos al *Código Civil* y sus

* Profesor de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ A modo de ejemplo nos preguntamos, ¿cuál cuerpo legal regula las obligaciones y derechos de las partes en un contrato de compraventa de consumo?. La respuesta será el *Código Civil* o *Comercial*, sirviendo el derecho del consumidor para integrar la solución con la finalidad perseguida por esta disciplina jurídica. ¿O acaso existen normas sobre compraventa en la ley de protección de los consumidores?

normas complementarias, sirviendo el derecho de los consumidores para establecer criterios de interpretación con sus consecuentes y particulares soluciones.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El estudio del esquema que en materia de responsabilidad civil plantea el régimen protectorio de los consumidores requiere la correcta delimitación de su ámbito de aplicación, de manera que podamos establecer las circunstancias en que éste cobra vigencia.

En Argentina, la reforma integral de la ley de defensa de los consumidores del año 2008 ha ampliado en gran medida el concepto de consumidor, extendiendo, por ende, el territorio en el cual regirá el estatuto especial del consumo.

La definición legal de consumidor es, en definitiva, una decisión de política legislativa más o menos justa, donde sus límites imponen dejar sin cobertura a muchos sujetos que probablemente se encuentren en una situación de debilidad estructural merecedora de tutela, a la par de brindársele protección a ciertas personas que bien podrían arreglárselas solas en el mercado.

Si bien es cierto que el Derecho del Consumidor se funda en el diagnóstico de la existencia de una relación de desequilibrio entre las partes –usualmente– contratantes, no es menos real que muchas situaciones jurídicas que se encuadran en esa situación no gozan hoy de la armadura de la legislación tuitiva de los consumidores, más allá de que en muchos supuestos han sido excluidos intencionalmente, en el entendimiento de que cuentan con normas apropiadas para sus particulares realidades.

Por ello es que sostenemos que la amplitud de la noción de consumidor no va a estar dada por la determinación de la existencia de una situación de debilidad estructural, sino por el encuadre del adherente dentro de la categoría, lo que estará determinado por la ley. En todo caso, la desigualdad congénita del vínculo jurídico puede ser un elemento para inclinarse por la aplicación del estatuto en los casos poco claros, reforzado por el principio de interpretación más favorable. Con ello dejamos en claro que no desconocemos la existencia de situaciones en las que la calidad de consumidor queda evidente desde el comienzo, sin presentar inconvenientes, mientras que hay supuestos en los que el tema se presenta más complejo. Esta complicación:

“se resuelve por la regla de la distribución dinámica de las cargas probatorias, en la medida en que quien tiene los datos puede probarlos. Las empresas que contratan masivamente hacen llenar formularios en

los que consta claramente la finalidad, y normalmente no hay dudas al respecto”².

El término ‘consumidor’ proviene de la ciencia económica, aunque actualmente integre también el lenguaje jurídico. De esta forma, para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios. En ese sentido, participa de la última fase del proceso económico. En cambio, el empresario³, a diferencia de consumidor, adquiere el bien por su valor de cambio, esto es, para incorporarlo transformado a su proceso de producción o distribución⁴. La determinación de la noción de consumidor ha ido presentando permanentemente inconvenientes, pues se ha ido ampliando cada vez más el círculo de personas que se consideran necesitados de una especial protección en materia de consumo⁵.

El nuevo texto legal argentino modificó el concepto de consumidor dentro de esta tendencia, habiendo establecido que será consumidor

² Ricardo L. LORENZETTI, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 96.

³ Es interesante el debate acerca de la calificación de las personas jurídicas, particularmente las que persiguen fines lucrativos, en cuanto a su potencialidad para ser consideradas consumidores. Al respecto Federico Álvarez Larrondo se pregunta “¿Puede una persona jurídica efectuar actos de consumo? Desde nuestra postura, en principio, la respuesta no puede ser otra que negativa, en el supuesto de enfrentarnos con personas jurídicas que persiguen fines lucrativos (sociedades comerciales, sociedad civil), que por estar signadas por dicha finalidad, cargarán con la presunción de que el acto realizado es comercial, y por lo tanto no encuadrable en el marco de la ley 24.240, puesto que en principio, siempre adquirirán bienes para, de un modo u otro, integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestaciones a terceros, en tanto que en el común de las veces, esa es su finalidad y única razón de ser. Es decir que, si bien como regla general y en base al art. 1° de la ley toda persona jurídica es digna de protección, deberá analizarse con carácter restrictivo la prueba aportada por aquellas entidades que persiguen fin de lucro, con el objetivo de acreditar que el acto en cuestión es un acto de consumo, y que por ende no se encuentran comprendidos por lo dispuesto en el art. 2°, segundo párrafo, primera parte. No obstante, entendemos que los supuestos de excepción se presentan cuando menos remotos, por cuanto es de difícil factura acreditar que el acto en cuestión escapa a su objeto social. Supongamos, por ejemplo que una empresa comprara un inmueble para alojar a sus empleados”. (Federico M. ÁLVAREZ LARRONDO, “Las personas jurídicas ¿son consumidores?”, en LL 2001-B, 1165).

⁴ Gema A. BOTANA GARCÍA, *Curso sobre la protección jurídica de los consumidores*, coordinación de Gema A. Botana García y Miguel Ruiz Muñoz, Madrid, Mc Graw Hill, 1999, p. 28.

⁵ Javier H. WAJNTRAUB, *Protección jurídica del consumidor*, Buenos Aires, LexisNexis, 2004, pp. 22 a 24.

“toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”

y 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 o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

Por su parte, se incorporó también un texto que determina que

“se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final o de su grupo familiar o social”,

lo que en principio no es más que la explicitación de la situación en la que se encontraban en el viejo texto, los destinatarios que no han contratado directamente (*v.gr.* integrantes del grupo familiar o social del contratante), el cesionario, etc., los cuales ya eran tratados como consumidores. Lo que sí planteará algunos debates interpretativos es lo referido a la fórmula que considera consumidor “a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”, lo que, si bien importa un fortalecimiento de la tendencia amplia referida, debe encontrar límite en la finalidad del régimen protectorio y sus destinatarios y no ser funcional a una desvirtuación del sistema⁶. De alguna

⁶ Explica Atilio Alterini que lo que se propuso la nueva definición de consumidor incorporada a través de la ley 26.361 es explicitar la protección del *bystander*. De esta manera señala que “el artículo 1 de la ley 24.240 modificado por la ley 26.361, como vimos, “considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo (...), de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo. Se trata del denominado *bystander* (espectador o tercero próximo al producto o servicio), que fue abarcado como una de “las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo” por la Resolución N° 123/96 del Grupo Mercado Común del MERCOSUR. En el mismo sentido, el art. 29 del *Código de Defensa do Consumidor* brasileño, refiriéndose a las prácticas comerciales, equipara a los consumidores a “todas las personas, determinables o no”, expuestas a ellas; y un texto semejante fue incorporado en el anexo del Protocolo de Santa María del 17 de diciembre de 1996 sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo. El *bystander* fue incluido entre los legitimados activos por el daño resultante de un producto elaborado por la ley brasileña (art. 17) y por la directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/374/CEE del 25 de julio de 1985 sobre responsabilidad civil derivada de productos defectuosos”

manera, el establecimiento de situaciones equiparables a la del consumidor se relaciona con el objeto buscado por el sistema protectorio en cuanto a que éste no se limite únicamente a quienes resultan ser consumidores específicos o materiales, ya que en gran cantidad de situaciones éstos no resultan ser los necesitados de la tutela legal⁷.

Por su parte y a los fines de establecer con corrección el ámbito de aplicación de la normativa, deberemos adentrarnos en la comprensión de la idea de proveedor, para conformar así la denominada relación de consumo.

El proveedor constituye una categoría característica del derecho del consumidor y hace referencia a todo el sector oferente de productos y servicios⁸, en la medida en que se realice profesionalmente y en el marco de una relación de consumo. Los elementos que califican al proveedor son⁹:

- La noción de proveedor es deliberadamente amplia para incluir todos los sujetos que actúan del lado de la oferta en el mercado. En tanto la relación jurídica de consumo se asienta en el acto de consumo, es claro que este elemento distribuye los polos activos según los que ofrecen y los que consumen bienes. La noción de proveedor se separa de las tradicionalmente utilizadas en el Derecho Privado: comprende a todos los que ofrecen.
- La profesionalidad, pues no todos los que ofrecen son jurídicamente proveedores.
- La oferta para el consumo, quedando excluidas una amplia categoría de sujetos que ofrecen al sector empresario.

(Atilio A. ALTERINI, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor – Primera lectura, 20 años después”, en *LL*, Buenos Aires, ejemplar del día 9 de abril de 2008).

⁷ Cfr. Leonardo ROSCOE BESSA, *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, Brasilia, Ed. Brasilia Jurídica, 2007, pp. 61 y 62.

⁸ La amplitud que prima en la legislación de defensa del consumidor nos lleva a coincidir con Juan Farina en cuanto a que: “el concepto de prestación de servicios de esta ley es más amplio que el del contrato de locación de servicios que regula el Código Civil, pues comprende todo contrato por el cual no se adquiere la propiedad o disponibilidad de una cosa, sino, mediante el servicio del prestador, lograr el uso o goce de una cosa en virtud del quehacer humano o del funcionamiento de una máquina o elementos electrónicos (por ejemplo), así como cuando tiene por objeto un asesoramiento, transporte, asistencia de cualquier naturaleza, seguro, hospedaje, administración de un fondo común, etc., sin importar que se trate de una obligación de medios o de resultado. Así la locación de obra es para la ley 24.240 una prestación de servicio, como también lo es el transporte, e incluso u espectáculo público. Debemos poner mucho énfasis en esto, pues de otro modo quedarían fuera de esta ley una larga serie de relaciones contractuales de vigencia permanente en todos los ámbitos de la vida diaria” (Juan M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, 2ª ed., Buenos Aires, Ed. Astrea, 2000, p. 72).

⁹ LORENZETTI (n. 2), pp. 98 y 99.

- La noción de proveedor es una calificación transversal al Derecho Público y Privado, con lo cual puede haber proveedores en el sector público como en el privado, siempre que lo hagan con destino al consumo.
- El proveedor es definido sobre la base de la oferta profesional, que puede ser habitual u ocasional.
- Puede ser nacional o extranjero.
- El proveedor debe realizar algunas de las siguientes actividades: producción, montaje, creación seguida de ejecución, construcción, transformación, importación, distribución y comercialización de productos o servicios.

Para el Derecho español,

“tras analizar las diferentes actividades que pueden ser objeto de las relaciones de consumo, se puede concluir que el término empresario utilizado por la normativa sobre protección de los consumidores incluye todo tipo de empresario, sin limitarse solamente a los empresarios mercantiles”¹⁰.

Por su parte, para el Derecho brasileño será proveedor

“toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desarrollan actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios”¹¹,

lo que ubica a este país dentro de los que adoptaron criterios amplios para la calificación de esta parte del vínculo de consumo.

En Argentina, están excluidos de la categoría de proveedor los servicios que prestan los profesionales liberales

“que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento”.

¹⁰ Gema BOTANA GARCÍA, Eugenio LLAMAS POMBO (Coord.), en *Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, La Ley, 2005, p. 81.

¹¹ Según el artículo 3º del *Código de Protección y Defensa del Consumidor*, edición publicada por el Ministerio de Justicia del Brasil, Brasilia, 2007, p. 9.

Este es un tema, por cierto, delicado, que merece algunas reflexiones¹²:

- El caso constituye sin duda una excepción a la fórmula general que incluye en el ámbito de aplicación de la ley a todos los servicios, lo que nos debe forzar a una interpretación restrictiva del precepto.
- Consideramos profesionales liberales a quienes ejercen su arte poseyendo un título universitario y ejercen su profesión de manera independiente. Se agrega a los fines de la exclusión de la ley que el profesional deberá necesitar, además, una “matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello”. A diferencia de otras opiniones¹³ creemos que el profesional deberá estar matriculado. Ello es así, ya que tratándose de una excepción al criterio inclusivo y debiendo primar una interpretación pensada en función del consumidor (artículo 3) y no del proveedor (en este caso, el profesional liberal), la solución contraria importaría consagrar un privilegio inaceptable, por encima del que ya otorga la normativa.
- Habría, en definitiva, dos situaciones en las cuales no es de aplicación la excepción de la ley N° 24.240¹⁴: cuando se ejerce la actividad en

¹² Es interesante considerar lo expresado por el senador Petcoff Naidenoff en el debate parlamentario de la ley N° 26.361 en relación con la posición de los profesionales liberales. En esa ocasión el legislador sostuvo: “más allá de prestar un servicio, el que presta un profesional liberal con título universitario y matrícula no puede ser asemejado al concepto de proveedor, o lo que implica un proveedor, que comercializa bienes y servicios, bajo el contexto de la ley 24.240. (...) en cuanto a las obligaciones, las que se generan a través del proveedor son de resultado. En cambio, las que prestan los profesionales liberales son de medios. Esta no es una definición menor, sino que va a marcar la pauta, en función de la cual consideramos que esta exclusión es una porte significativo y que pone claros sobre oscuros”, para luego concluir en que “los profesionales liberales no son proveedores. Esto lo quiero repetir. En definitiva, un profesional liberal no es un agente de mercado ni económico, sino más bien un agente social. Y la renta que hoy se obtiene en el marco de una relación comercial o empresarial tiene una finalidad o cierra un circuito absolutamente productivo, que nada tiene que ver con la prestación que se recibe a través de honorarios profesionales, los cuales tienen un carácter alimentario” (Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica provisional de la sesión del día 19 de diciembre de 2007, pp. 6 y 57).

¹³ Diferimos muy respetuosamente con Juan M. Farina quien expresa: “advertimos que la ley no exige que el profesional esté matriculado, sino que posea título universitario que requiera su matriculación. De otro modo nos hallaríamos ante la incongruencia de considerar responsable a los fines de la ley 24.240, por ejemplo, al abogado que, fuera de la jurisdicción de su matrícula, atiende consultas, emite un dictamen o redacta un contrato” (FARINA (n. 9), p. 102).

¹⁴ Podríamos decir que sin perjuicio de no considerarla un nuevo límite a la excepción, existen algunos contornos dentro de los cuales la misma debe ser analizada. De esta manera, la jurisprudencia ha entendido que el hecho de actuar un profesional liberal en el marco de un

forma de empresa, diluyéndose la figura del profesional liberal para conformarse la de proveedor y cuando el profesional crea publicidad destinada a consumidores potenciales indeterminados¹⁵.

El análisis de esta cuestión suscita el interrogante acerca del alcance que reviste para los profesionales liberales la realización de publicidad de los servicios por ellos prestados. Se presentan, entonces, algunas hipótesis a resolver: si el artículo 8 establece que las precisiones publicitarias integran el contrato, ¿estará entonces el profesional obligado por el régimen de la ley N° 24.240 sólo en virtud de dichas precisiones? o ¿el hecho de hacer publicidad implicará la aplicación del estatuto del consumidor de manera directa al conjunto del contrato? La cuestión no es tan sencilla, por lo que:

- De aplicarse la ley N° 24.240 sólo a las *precisiones* expresadas en la publicidad nos hallaríamos ante un contrato regido en parte por el estatuto del consumidor y en parte por las normas que regulan la prestación específica, encontrándonos frente a una verdadera maraña interpretativa.
- Las dudas acerca del alcance de las obligaciones deben resolverse en función de los intereses del consumidor (artículo 37), estando éste en una mejor situación si consideramos aplicable la ley N° 24.240 al conjunto del vínculo con el profesional.

Los ponderados nos lleva a sostener que, en principio, la realización de publicidad importa una suerte de sometimiento voluntario del profesional al régimen protectorio especial de los consumidores, aunque corresponderá distinguir el contenido del anuncio, no alcanzando para involucrar al profesional en el marco de la ley N° 24.240 el sólo hecho de realizar mensajes de carácter meramente informativos¹⁶. Será necesaria, por ende, una publicidad relativa a

contrato con un consumidor, no es suficiente para invocar la inaplicabilidad de la normativa especial. De esa manera, se ha dicho: "el vínculo que unió a las partes no estuvo relacionado con la profesión liberal del sancionado -médico veterinario- sino con la compraventa de un cachorro macho, raza labrador dorado, que el denunciante adquirió por el precio de \$ 300 en la 'Clínica Veterinaria Olleros', propiedad del recurrente, por lo que la actividad comercial del sancionado se encuentra alcanzada por las disposiciones de la ley 24240". (Cám. Nac. Fed. Con. Adm. Sala II, 6 de mayo de 1999, Poggi, José María Federico c. Secretaría de Comercio e Inversiones, ED 189-471).

¹⁵ Cfr. LORENZETTI (n. 2), p. 102. Agrega el brillante jurista que "la ley brasileña los incluye, pero sometidos a una responsabilidad por culpa y no objetiva, como es la regla dentro del Código de Consumidor (art. 14, párr. 4°). Cuando se trata de empresas, la responsabilidad es objetiva".

¹⁶ El Reglamento de Publicidad aprobado por la Asamblea General de la Abogacía de España el día 19 de diciembre de 1997, establece en su artículo tercero lo que se denomina información objetiva, la que puede ser difundida al público, pues no contienen mensajes que puedan considerarse tendenciosos o persuasivos. Esos datos consisten en: identidad personal

características especiales de la prestación, que puedan ser diferenciadas de las comunes a la actividad. Todo ello deberá ser ponderado en última instancia por la autoridad de aplicación y, en su caso, por el juez.

La publicidad que realizan los profesionales es una gran herramienta para transmitir al público acerca de la disponibilidad de servicios que prestan, comunicando desde los datos básicos como: nombre, domicilio, teléfono, correo electrónico, hasta algunos más complejos como la especialidad. También puede utilizarse esta vía para informar condiciones de la prestación como: horarios, costos, si la primera consulta será gratuita, etc. Todo esto puede ayudar a las potenciales partes de un contrato a ahorrar ciertos costos. El receptor, por tener mayor certeza acerca de las características del servicio y el profesional, al evitar una información individualizada. Pero el hecho de que todo esto pueda resultar útil para los eventuales contratantes, no significa que no pueda ocasionar inconvenientes.

III. ESQUEMA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR

El estatuto del consumidor contiene una serie de normas que regulan materias propias de la responsabilidad civil, aunque no están planteadas de manera sistemática en la ley N° 24.240. Por esa razón, pareciera interesante esbozar en gruesos trazos los distintos supuestos de responsabilidad civil que se regulan en la ley de defensa del consumidor, sin olvidar que se insertan dentro de una normativa que contiene diversos preceptos referidos a supuestos puntuales de responsabilidad (incumplimiento de garantías, vicios rehdibitorios, reparación de las cosas muebles no consumibles, etc.), todos los cuales se integran, a su vez, con el resto del ordenamiento jurídico y, en particular, con todas aquellas normas que resulten aplicables a la relación de consumo.

del abogado, año de colegiación o de apertura del despacho o gabinete, ubicación del despacho donde ejerce habitualmente la profesión, y la existencia de despachos en localidades diferentes, denominación o logotipo del bufete (estudio jurídico), áreas o materias jurídicas de ejercicio preferente, licenciaturas, doctorados y otros títulos universitarios y académicos, títulos, diplomas, cursos y practicas colegiales, colaboradores profesionales integrados efectivamente en el despacho del abogado, teléfono, fax y otros medios de comunicación de los cuales disponga, horario de atención al público, lenguas o idiomas hablados o escritos ("Reglamento de Publicidad aprobado por la Asamblea General de la Abogacía el día 19 de diciembre de 1997", *Estudios sobre Consumo*, N° 45, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998, p. 98).

a) Responsabilidad precontractual

Hacemos referencia a la responsabilidad surgida de la comisión de un hecho ilícito –*lato sensu*– en el curso de las tratativas previas a un contrato¹⁷, donde la ley de defensa del consumidor contiene diversas disposiciones que resultan aplicables a los hechos producidos en el período precontractual:

- consagra, en forma expresa, un deber de información a cargo de los proveedores de cosas o servicios (artículo 4);
- declara el carácter vinculante de las ofertas al público (artículo 7);
- integra el contrato con las precisiones contenidas en la publicidad (artículo 8);
- reglamenta las condiciones y modalidades de la oferta en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales (artículo 35);
- prevé la posibilidad, en esa clase de contratos, de que el consumidor revoque su aceptación dentro de un término de cinco días (artículo 34), y
- contempla algunos supuestos de nulidad o inexistencia (artículos 14, 36 y 37).

Sin embargo, la disposición clave en la materia la constituye el artículo 37 de la ley N° 24.240, que en su parte final estatuye que la violación por parte del proveedor-oferente, durante la etapa previa a la formación del contrato o en su celebración, del deber de buena fe, el de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, dará derecho al consumidor a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas, integrando el juez el contrato en caso de ser necesario. Resulta evidente que la mencionada nulidad significará, además, la obligación del proveedor de resarcir el daño causado (artículo 1056, *Código Civil*). Igualmente, en el caso de no declararse

¹⁷ Para la caracterización de la responsabilidad precontractual, la definición proporcionada por Roberto Brebbia en su ya clásica obra sobre la materia: “Existe responsabilidad precontractual cuando, a raíz de la comisión de un acto ilícito, por lo general culposo, sucedido en el curso de las tratativas previas a un contrato, del que deriva un daño al otro precontratante, surge la obligación de resarcir el daño causado” (Roberto H. BREBBIA, *Responsabilidad precontractual*, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1987, p. 96). Por nuestra parte, nos permitimos disentir con el prestigioso maestro en importantes aspectos, entre ellos el relativo a la naturaleza de esta responsabilidad (consideramos que muchas veces las normas aplicables resultan ser las que el *Código Civil* consagra para el incumplimiento obligacional) y al factor de atribución aplicable. Respecto de este último punto, creemos, contrariamente a lo sostenido por Brebbia, que la responsabilidad precontractual se fundará en la mayoría de los supuestos en factores objetivos de atribución, tales como el abuso del derecho y la garantía. *Vide*, al respecto, Sebastián PICASSO y Daniel C. VARACALLI, “Responsabilidad precontractual y postcontractual”, en *Lecciones y Ensayos*, N° 60/61, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1994, p. 209.

nulidad alguna o, incluso, si el negocio no llegara nunca a concluirse, podrá el consumidor reclamar la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la violación por parte del proveedor de los deberes enumerados en la norma, de encontrarse configurados los presupuestos comunes de la responsabilidad civil¹⁸.

b) Responsabilidad por incumplimiento contractual

El contrato como acto jurídico generador de derechos y obligaciones, puede dar origen a distintas relaciones obligatorias, ligadas entre sí por el hecho de nacer de una misma fuente, pero independientes en cuanto a las vicisitudes que puedan afectar a cada una de ellas, por lo que el contrato que liga al consumidor con el proveedor de bienes o servicios generará al menos dos obligaciones diferentes en cabeza de este último: la obligación principal que el proveedor asuma, ya consista en el compromiso de entregar una cosa o prestar un servicio, y una obligación de seguridad, por la cual el obligado garantiza al consumidor que durante el desarrollo efectivo de la prestación planificada no le será causado daño sobre otros bienes diferentes de aquél que ha sido específicamente concebido como objeto del contrato¹⁹.

El incumplimiento de la obligación de seguridad tendrá en todos los casos carácter de incumplimiento absoluto, puesto que la conducta debida por el proveedor en virtud de aquella es, precisamente, la de mantener indemne al consumidor de cualquier daño que derive de la lesión a un bien distinto al que constituye el específico objeto del contrato. La causación de ese daño que el proveedor está obligado a evitar constituirá, por tanto, un incumplimiento

¹⁸ Señala Roberto Brebbia: “la acción de resarcimiento que origina el acto anulado que reviste los caracteres de ilícito, es independiente de la acción de nulidad, dado que exige presupuestos propios entre los cuales no se encuentra la nulidad”, razón por la cual, en diversas circunstancias (por ejemplo, en los supuestos de nulidad relativa en que el interesado deja a un lado la acción de nulidad y entabla la de daños y perjuicios), la acción por el resarcimiento de los daños puede interponerse autónomamente, BREBBIA (n. 17), pp. 189 y 190.

¹⁹ Cfr. Sebastián PICASSO y Javier H. WAJTRAUB, “Responsabilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios”, en JA, 1997-812. Cuando hablamos de la lesión a un “bien” distinto del que constituye el objeto del contrato, lo hacemos sin ignorar que el daño se define, desde el punto de vista de nuestra disciplina, como la lesión a un interés jurídico (Cfr. Alberto J. BUERES, “El daño injusto y la licitud o ilicitud de la conducta”, en *Derecho de daños, obra en homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Buenos Aires, Ed. La Rocca, 1989, p. 170). Pero dado que el interés, en su concepto mismo, implica una relación entre un sujeto y un ente que satisfice alguna necesidad suya, la lesión recaída sobre dicho ente (“bien”) generará concomitantemente un menoscabo en el interés que sobre él se asienta, configurándose de este modo el perjuicio.

definitivo del deber de seguridad, y lo hará responsable de los perjuicios ocasionados con arreglo a la garantía como factor objetivo de atribución²⁰.

En el ámbito de la prestación de un servicio, la obligación de seguridad que pesa sobre el usuario tendrá también expreso fundamento en el artículo 40 de la ley de defensa del consumidor, pero, a diferencia de lo que sucede con el caso de los productos elaborados, aquí el factor de atribución continuará siendo la garantía en todos los casos.

La obligación principal asumida por el proveedor puede, en cambio, ser incumplida tanto parcialmente como en forma absoluta. Pero mientras esta última alternativa no presenta, en el ámbito del derecho del consumo, mayores diferencias con la legislación común, no ocurre lo mismo en el caso de incumplimiento relativo. En este ámbito, y más precisamente en lo que hace a una de sus especies, esto es, el cumplimiento defectuoso del plan prestacional que constituye el objeto de la obligación, operan al menos tres institutos con caracteres peculiares:

- Cuando el proveedor se haya obligado a prestar algún servicio, y lo cumpla defectuosamente, regirá el sistema delineado por el artículo 23 de la ley N° 24.240, según el cual el prestador del servicio está obligado a corregir todas las deficiencias o defectos que se evidenciaren dentro de los treinta días de concluido el trabajo, sin costo alguno para el consumidor. Se trata de un supuesto de garantía legal²¹, que operará en todos los casos salvo pacto en contrario instrumentado por escrito. La ley de defensa del consumidor contempla también la posibilidad de que las partes instrumenten una garantía convencional en la materia. Lo que queda así delineado no es más que una aplicación específica de la ejecución forzada directa como efecto obligacional, que resulta concordante con lo estatuido en los artículos 505 inc. 1°, 625 y 629 del *Código Civil*. Va de suyo que, por aplicación del citado artículo 629 de ese cuerpo normativo, no podrá emplearse violencia sobre la persona del deudor para obligarlo a cumplir. Por añadidura, el incumplimiento de esta disposición traerá aparejada la responsabilidad administrativa del proveedor (artículos 45 y 47 de la ley N° 24.240).
- En materia de garantías para los contratos que tienen por finalidad cosas muebles no consumibles, se obligará al proveedor a reparar la cosa que

²⁰ Por excepción, en materia de productos elaborados, la obligación de seguridad a cargo del vendedor de la cosa sufre un verdadero desdoblamiento: si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa, la responsabilidad del vendedor se fundará en el factor riesgo creado, por expresa disposición del artículo 40 de la ley N° 24.240. La garantía, sin embargo, subsistirá en este caso como factor residual, cuando el perjuicio que sufre el consumidor adquirente no tenga por causa el riesgo del producto.

²¹ Cfr. Roberto VÁZQUEZ FERREYRA y Oscar E. Romera, *Protección y defensa del consumidor*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 69.

presente vicios o defectos. Y si esta reparación no resulta satisfactoria, el consumidor cuenta con las tres opciones que prevé el artículo 17 de la ley de defensa del consumidor, a saber:

- I) pedir la sustitución de la cosa por otra de similares características;
- II) devolver la cosa en el estado en que se encuentre, con reintegro del "importe equivalente a las sumas pagadas" y
- III) obtener una quita proporcional del precio.

En todos los casos, podrá reclamarse, además, la indemnización de los mayores daños sufridos. Estas dos últimas opciones tienen similares efectos que las acciones redhibitoria y *quanti minoris*, que el *Código Civil* otorga ante la existencia de vicios redhibitorios, radicando la diferencia en que en este caso, la disminución del precio o la rescisión del contrato están contempladas por la ley como remedios a la reparación defectuosa, mientras que en el caso de los vicios redhibitorios, la sola existencia del defecto autoriza a accionar, sin mención alguna a la posibilidad de exigir la reparación.

- La ley de defensa del consumidor contiene una norma específica en relación al instituto de los vicios redhibitorios. Así, el artículo 18 de la ley N° 24.240 aclara que la existencia de la garantía a cargo del proveedor que consagran sus artículos 11 y ss. no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios, lo que se explica por el hecho de que la garantía que examináramos tiene en miras fundamentalmente la reparación de la cosa, mientras que el instituto de los vicios redhibitorios apunta directamente a lograr la reducción del precio o la resolución del contrato. Agrega la ley de defensa del consumidor que "a instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil", y que "el artículo 2170 del Código Civil no podrá ser opuesto al consumidor". La doctrina, en posición que compartimos, ha interpretado que, aunque de manera un tanto confusa, la referencia a esas normas del *Código* tiene el sentido de sentar una presunción *iuris et de iure* de conocimiento de los defectos por parte del proveedor, permitiendo el ejercicio de la acción indemnizatoria que concede el artículo 2176 del *Código Civil* contra el vendedor que conocía o debía conocer los vicios ocultos y no informó acerca de su existencia. A su vez, que el artículo 2170 del *Código Civil* no pueda ser opuesto al consumidor significa que el proveedor responderá por los daños ocasionados aún en aquellos supuestos en los cuales el consumidor debía, por su profesión u oficio, conocer la existencia de los defectos²².

²² VÁZQUEZ FERREIRA y ROMERA (n. 21), p. 61.

Los tres supuestos particulares que hemos estudiado en los puntos precedentes no constituyen sino especies del incumplimiento relativo –por defecto– de la obligación principal a cargo del proveedor. Tanto en estos casos como en las demás situaciones de incumplimiento que puedan presentarse dentro de la relación de consumo, podrá el consumidor ejercer, además, alguna de las opciones que prevé el artículo 10 “bis” de la ley N° 24.240.

Debe destacarse nuevamente que el incumplimiento del proveedor genera responsabilidad objetiva en todos los casos, siendo que el artículo 10 “bis” la consagra expresamente respecto de la obligación principal y los artículos 5 y 40 otorgan carácter objetivo a la responsabilidad derivada del incumplimiento de la obligación de seguridad²³. E, incluso, en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, el artículo 30 de la ley N° 24.240 sienta una “presunción” ante el incumplimiento de la empresa prestadora que permite afirmar, allí también, la existencia de responsabilidad objetiva²⁴.

Queda así delineado en gruesos trazos el sistema de responsabilidad civil que la ley N° 24.240 consagra ante el incumplimiento de las obligaciones del proveedor de bienes o servicios, el cual, a diferencia de lo que ocurre en la legislación común, incluye expresamente un deber de seguridad a cargo del proveedor, presenta particulares características en lo que hace al incumplimiento relativo de la obligación principal a cargo de aquél –innovando en materia de vicios redhibitorios, garantías y prestación defectuosa del servicio–, y permite al consumidor ejercer alguna de las opciones contempladas en su artículo 10 “bis”. Cabe destacar que estas respuestas normativas novedades, a diferencia del *Código Civil* operan siempre a favor del consumidor y para el caso de incumplimiento del proveedor que con él contrata. Si, por el contrario, es el consumidor quien incumple con alguna obligación a su cargo, los efectos de dicha infracción al deber contractual se registrarán por la normativa común.

c) Responsabilidad extracontractual

La normativa quiere proteger al consumidor más allá de la tradicional distinción entre la responsabilidad resultante del incumplimiento contractual y la que emerge de la comisión de un ilícito aquiliano. Y es así que un cuerpo normativo que rige relaciones contractuales sienta preceptos que van mucho más allá de esa esfera, y trascienden la mera vinculación negocial entre el consumidor o usuario y el proveedor con el que contratan.

²³ En el caso de los servicios, el artículo 40 de la ley N° 24.240 sirve para fundar la responsabilidad objetiva del prestador tanto respecto del incumplimiento de su obligación principal como en relación con el deber de seguridad.

²⁴ PICASSO y WAJTRAUB (n. 19).

Dentro de los supuestos que hemos catalogado como de “responsabilidad precontractual” pueden encontrarse varios que se rigen por las normas de la responsabilidad extracontractual, por lo que nos ocuparemos de las restantes situaciones de responsabilidad extracontractual que la ley N° 24.240 contempla en forma expresa:

- En materia de daños causados por productos elaborados, la ley de defensa del consumidor responsabiliza en forma solidaria, junto con el vendedor del producto, a todos los integrantes de la cadena de distribución y comercialización del mismo. Con excepción del vendedor directo de la cosa, la responsabilidad es en estos supuestos es de carácter extracontractual, sin perjuicio de la equiparación de los efectos del incumplimiento contractual y del acto ilícito aquiliano que en este punto introduce la norma. Y es la propia ley la que establece al riesgo creado como el factor de atribución aplicable.
- En los contratos que tengan por objetivo la prestación de servicios, la normativa responsabiliza por el daño que sufra el consumidor no sólo al proveedor del mismo –supuesto éste de responsabilidad contractual– sino, también, en forma solidaria, a todas aquellas personas que han intervenido en el proceso que va desde la concepción del servicio hasta su puesta en el mercado y su efectiva prestación al consumidor. Tal responsabilidad tiene carácter aquiliano, y se funda en el factor garantía, atento que la ley no exige que el servicio resulte “riesgoso” para que la misma opere.
- Por último, el artículo 6 de la ley de defensa del consumidor introdujo la noción de servicio “riesgoso”. Consideramos que la norma complementa, así, las previsiones del artículo 1113, segundo párrafo, segundo supuesto, del *Código Civil*, permitiendo que un consumidor que no ha contratado directamente con el prestador del servicio de que se trate, pero que igualmente sufre un daño derivado de aquél, pueda responsabilizarlo invocando la mencionada norma de la legislación común.

IV. EL DENOMINADO “DAÑO DIRECTO”

La reciente reforma de ley de defensa del consumidor incorporó la figura del daño directo, la que a poco de haber entrado en vigencia ha generado un importante debate en la doctrina.

Dice el texto legal que daño directo

“es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmedia-

ta sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios”.

Al respecto, se dijo en el debate parlamentario que lo que se permite es que los usuarios y consumidores obtengan una reparación que de otra manera sería impracticable, ya que “nunca recurren a la vía judicial y son objeto de abusos de algunos proveedores inescrupulosos. El daño directo esta reglado con esa finalidad”²⁵. Nos preguntamos si el hecho que los consumidores no se presenten ante la justicia por cuestiones de poca monta no es acaso una invitación para legislar al respecto, creando tribunales que atiendan asuntos de menor envergadura.

En un importante esfuerzo por delimitar los alcances de la figura, explica Sebastián Picasso:

“la tortuosa definición proporcionada por el legislador se resume, en el mejor de los casos, en la facultad de la administración de ordenar al proveedor que indemnice al consumidor el valor de los bienes destruidos o deteriorados por un hecho u omisión suyos que constituya una infracción a la ley. Sólo a ese supuesto puede limitarse la intervención de la autoridad de aplicación, debiendo tenerse presente que, en tanto la norma en comentario importa conferir a esta última facultades jurisdiccionales –que constitucionalmente corresponden al Poder Judicial– sólo cabe interpretar sus términos estricta y restrictivamente, en atención a su carácter de excepción”²⁶.

En sintonía con ello se ha dicho: “surge indudable que la reparación se limita a los daños inmediatos por los que deberán reclamarse en su caso los mediatos en sede judicial”²⁷.

Atilio Alterini se manifiesta preocupado por el nuevo régimen al afirmar que:

“la exigencia legal de que el daño haya sido ocasionado de manera inmediata sobre los bienes o la persona del consumidor o usuario

²⁵ De la intervención del senador Nicolás Fernández (Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica provisional de la sesión del día 19 de diciembre de 2007, p. 54)

²⁶ Sebastián PICASSO, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, en Roberto VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 128.

²⁷ Federico M. ÁLVAREZ LARRONDO, “El impacto procesal y de fondo en la nueva ley 26.361 en el derecho del consumo”, en Roberto VÁZQUEZ FERREYRA (dir.), *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 44.

causa perplejidad. No parece dudoso que excluye el daño sufrido de rebote por otras personas (daño sufrido de manera indirecta, art. 1079 *in fine*, Código Civil). Pero podría entenderse que se ha referido al daño causado de manera inmediata por el incumplimiento o, lo que es lo mismo, que solo abarca como daño directo al que se haya en una conexión de primer grado con ese incumplimiento”²⁸.

En términos generales compartimos la visión mayoritaria respecto del acotado margen que tiene la figura en análisis y la dificultad que sin duda existirá para su aplicación por parte de organismos que no fueron creados ni están preparados para ello²⁹.

Pero más allá de la manera en que conceptualicemos el daño directo, nos preguntamos cuál será el procedimiento que se utilizará previo a la determinación de la existencia del mismo y sin perjuicio de una futura reglamentación, para lo cual se establece que “la autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor resultante de la infracción del proveedor o del prestador de servicios y obligar a éste a resarcirlo”. De esta manera, tenemos que el daño será una consecuencia concomitante a la configuración de un ilícito de consumo y deberá determinarse dentro del procedimiento administrativo de la ley.

La expresión ‘podrá’ nos hace pensar el que la condena deberá ser consecuencia de una petición expresa del consumidor, lo que posibilitará, además, que en el traslado de la denuncia se ejerza una suerte de derecho de defensa por parte del proveedor.

El texto legal reza:

“el acto administrativo de la autoridad de aplicación será apelable por el proveedor en los términos del artículo 45 de la presente ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor”,

lo que refuerza que es en ese marco donde se determinará la existencia del daño directo.

Otra previsión del texto legal es que, dado que la obligación de reparar el daño directo en sede administrativa se concibió con un tope equivalente de

²⁸ ALTERINI (n. 6).

²⁹ En ese sentido se ha expresado que “como punto de partida, debe hacerse entender al consumidor, que la instancia administrativa tiene como norte prevenir y sancionar las conductas disvaliosas de los agentes del mercado. Es decir, que no es un órgano pensado para resolver el conflicto puntual con el afectado” (LARRONDO (n. 27), p. 42).

“hasta un valor máximo de CINCO (5) Canastas Básicas Total para el Hogar 3, que publica el INDEC”, el legislador contempló que:

“las sumas que el proveedor pague al consumidor en concepto de daño directo determinado en sede administrativa serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto pudieren corresponderle a éste por acciones eventualmente incoadas en sede judicial”.

Por su parte, la fijación de indemnizaciones en sede administrativa, sin perjuicio de la acotada extensión del concepto de daño directo, genera sin duda severos cuestionamientos desde la perspectiva constitucional. Precisamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación opinó al respecto en el caso “Ángel Estrada y Cía.”, negando la posibilidad de que un ente administrativo resuelva la procedencia de un resarcimiento a los usuarios por parte de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios³⁰.

Con gran lucidez describe el profesor Picasso que la solución del precedente mencionado “parecería *prima facie* poner en jaque la constitucionalidad de la norma”, lo que:

“de todos modos ser matizada a la luz de los hechos de la causa, y de las consideraciones que en ella vertió la Corte. En efecto, si bien se lee, el pronunciamiento del alto tribunal subraya que la asignación de facultades jurisdiccionales a organismos administrativos se justifica en el caso de los “cuerpos expertos”,

cuya jurisdicción se circunscribe a “las materias que configuran ‘el corazón’ de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó”. A propósito de ello el autor se pregunta,

“¿son esas consideraciones aplicables también al flamante art. 40 ‘bis’ de la LDC? La cuestión invita a la duda, pues bien podría decirse que, a diferencia de lo que ocurría en la causa ‘Ángel Estrada’, aquí la ley atribuye expresamente a la administración la potestad de fijar indemnizaciones, lo que encontraría su justificación en la especialización de la autoridad de aplicación de la LDC en los distintos aspectos de las relaciones de consumo”³¹.

Creemos que la especialidad de la autoridad de aplicación está dada en la capacidad de detectar violaciones al régimen legal de los consumidores pero

bajo ningún aspecto la posible determinación de la configuración de los presupuestos de la responsabilidad civil³².

V. LOS DAÑOS PUNITIVOS

El nuevo texto de la ley de defensa del consumidor ha ingresado al ordenamiento jurídico nacional una figura nueva, ajena a nuestras tradiciones, denominada daño punitivo o multa civil. Es de esperar que la cuestión genere un intenso debate tanto en la doctrina judicial como en la de los autores, ya que se plantea ribetes de diversa índole, incluso desde la perspectiva constitucional³³.

Es evidente que tanto la futura reglamentación como la jurisprudencia que se habrá de generar a partir de este instituto, vayan delineando sus contornos, toda vez que la redacción del precepto que los establece se manifiesta con extrema laxitud, sin fijar mayores límites a la fijación de esta sanción en cabeza de los proveedores. Precisamente, parece bastar con que el proveedor “no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”, para ser pasible de esta multa.

Los daños punitivos tal como son legislados en el régimen de defensa de los consumidores consisten en un adicional que puede concederse al perjudicado por encima de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera corresponder. De esta forma se aprecia su propósito meramente sancionatorio, estando inspirados en el *Common Law*.

³² En cuanto a la necesaria especialidad del órgano y la necesaria visión restrictiva que debe tener la delegación de facultades jurisdiccionales, expresa Orlando Pulvirenti: “debe acotarse el otorgamiento de funciones jurisdiccionales, a aquellas controversias y reclamos que refieran esencialmente a la prestación del servicio y a la materia de especialización del ente; ello así establecido el carácter restrictivo y excepcional de la delegación, la que por principio general es contraria al esquema de división de poderes estipulado en la Constitución Nacional de inspiración norteamericana” (Orlando D. PULVIRENTI, “Enredados. Reflexiones sobre la nueva regulación del ENARGAS a la luz de Ángel Estrada vs. ENRE”, en LL 2006-A-886).

³³ Sostiene el profesor Picasso que: “los daños punitivos tienen naturaleza penal; sólo nos resta ahora constatar que el ‘tipo’ previsto por el nuevo art. 52 ‘bis’ de la LDC es hasta tal punto ‘abierto’ que resulta crasamente inconstitucional, pues no respeta ninguno de los principios que dimanan del art. 18 de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8 y 9; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15): no describe con precisión la conducta prohibida, ni requiere un factor subjetivo de atribución, ni precisa las pautas mínimas que habrán de guiar la graduación de la sanción, siendo del todo insuficiente la referencia a la ‘gravedad del hecho y demás circunstancias del caso’”, (PICASSO (n. 26), p. 134).

³⁰ CSJN, Fallos, 328: 651.

³¹ PICASSO (n. 26), p. 125.

Entre quienes critican la novedad, podemos encontrar los siguientes argumentos³⁴:

- El instituto es fundamentalmente extraño a nuestro sistema jurídico, que prácticamente no concibe la existencia de las denominadas “penas privadas”. Por el contrario, sabido es que rige en el una regla de oro que resulta ser exactamente contraria a los principios que informan los *punitive damages*: el responsable debe resarcir todo el perjuicio causado, pero sólo el perjuicio causado;
- En ese marco, la prevención del daño se logra fundamentalmente mediante la denominada “tutela inhibitoria”, integrada por una serie de vías que permiten impedir el acaecimiento de un daño inminente o hacer cesar el que se está produciendo;
- Es indudable que determinadas situaciones exigen del ordenamiento jurídico una respuesta más enérgica que la simple reparación del daño causado. Sin embargo, la pregunta que verdaderamente hay que formularse es si es necesario que esa respuesta provenga del Derecho Civil.

Por el lado de quienes saludan la noticia se destaca el maestro Alterini quien expresa: “es auspicioso que se introduzca la noción de *pena civil* en el sistema legal argentino. La propicia la doctrina nacional, la he apoyado y sugerí su incorporación al proyecto de Código Civil de 1998”³⁵, para luego agregar aquellos aspectos positivos de la regulación del instituto, los que se resumen en³⁶:

- Es adecuado que para fijar en monto de la multa se tome en cuenta la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, aunque habría sido preferible considerar puntualmente el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho;
- Se destaca que la multa se independice de otras indemnizaciones que pudieran corresponder;
- La responsabilidad solidaria de los integrantes de la cadena de comercialización y distribución.

Por el lado de los aspectos negativos, el distinguido jurista critica³⁷:

- Que la multa civil haya sido fijada a favor del consumidor, siendo preferente la asignación de los recursos por parte del juez en cada caso o directamente a un fondo especial con fines específicos;
- Que no se haya tenido en cuenta que ese enriquecimiento sin causa se expandiría con alcances absurdos no bien se produjera la carioquinesis de la multa, y varios consumidores o usuarios pretendieran que, por una misma causa generadora, se la fijara independientemente a favor de cada uno de ellos;
- Se sugiere que debería poder multarse una sola vez por la misma causa generadora, mediante una *multa global*, pero sin techo cuantitativo y defiriendo el juez la libre determinación del monto.

Explica Sebastián Picasso:

“la primera constatación que surge del análisis de la norma es que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidas en ella al hecho de que el proveedor incumpla sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo al texto sancionado, bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor (y cualquiera sea la gravedad de ésta), haya o no un daño realmente causado al consumidor, y con independencia de que el proveedor se haya o no enriquecido como consecuencia del hecho. La ‘gravedad del hecho’ es tenida en cuenta por la norma únicamente para graduar la cuantía de la sanción, mas no como condición de su procedencia. En cualquier caso, el juez –a quien la expresión ‘podrá’, empleada por la ley, parece otorgarle plena discrecionalidad al respecto– no se encuentra constreñido más que por su buen sentido, puesto que el artículo sólo exige el incumplimiento del proveedor para que proceda la condena a pagar daños punitivos”³⁸.

El propio autor reconoce que la norma así interpretada carece de sentido recordando que todos:

“los autores partidarios de los *punitive damages* concuerdan en la necesidad de que su imposición se vea rodeada de ciertos requisitos, que por otra parte constituyen el reflejo de los que se exigen en el derecho comparado”.

A modo de síntesis podemos decir que para poder aplicarse la multa civil, deberán reunirse los siguientes requisitos:

³⁴ Cfr. PICASSO (n. 26), p. 129.

³⁵ ALTERINI (n. 6).

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ PICASSO (n. 26), p. 133.

- El proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor;
- La parte perjudicada debe solicitar su aplicación;
- La graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso;
- La pena es independientemente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder;
- Responden por la multa civil de manera solidaria todos los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sin perjuicio de las acciones de regreso que correspondan
- Se fija un tope de cinco millones de pesos (\$5.000.000).

En relación con la incorporación de los daños punitivos, el nuevo régimen legal también ha agregado al sistema las nociones de “trato digno” y “prácticas abusivas”, pues usualmente se planteaban situaciones difíciles de enmarcar dentro de la protección contractual del sistema de cláusulas abusivas y ambiguas. Lo que se pretende, de este modo, es garantizar el trato digno del consumidor, evitando las prácticas comerciales que limiten o nieguen sus derechos.

Esta novedad se inspira, sin duda, en el *Código* brasileño, en el que se prohíben a título enunciativo ciertas prácticas por parte del proveedor, entre las que se cuentan condicionar el suministro de producto o servicio a la provisión otro producto o servicio, exigir al consumidor una ventaja notoriamente excesiva, transmitir información despreciativa referente a un acto practicado por el consumidor en el ejercicio de sus derechos, entre otras. Vale la pena destacar que muchas de las previsiones de la normativa de Brasil se encuentran insertas en el Derecho argentino dentro de la actividad específicamente regulada y que el modelo local adoptó un sistema menos casuístico y más conceptual, de manera de poder encuadrar situaciones futuras difíciles de prever en el presente³⁹. Por las razones expuestas se prohíbe “desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”, lo que incluye sin duda una gran cantidad de casos.

Se aprecian en el texto legal, más allá de la mencionada vocación conceptual de la norma, dos manifestaciones concretas de las prácticas que pretende evitarse. Por un lado, se ataca una conducta usual de los proveedores,

³⁹ Del debate en el Senado de la Nación puede extraerse esta conclusión de los dichos del senador Petcoff Naidenoff quien expresaba: “no hacemos una enumeración taxativa de cuales son las infracciones que puedan generarlas. Más bien, dejamos a libre criterio que pueda puntualizarse que, ante alguna conducta indigna, se concrete la sanción práctica” (Cámara de Senadores de la Nación, versión taquigráfica provisional de la sesión del día 19 de diciembre de 2007, p. 58).

la que nos atrevemos a calificar de dudosa constitucionalidad, basados en el principio de igualdad ante la ley, consistente en diferenciar a los consumidores extranjeros de los locales en materia de precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que se comercialicen. Igualmente se acepta una excepción para cuando “la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas” lo considere justificado. Por otra parte, el precepto refiere al supuesto de los reclamos extrajudiciales de deudas en los que se utilizan métodos con apariencia de reclamo judicial, lo que no sólo consiste en un engaño sino que coloca al consumidor en una situación vergonzante e inaceptable.

A los fines de sancionar la realización de estas prácticas indignas para el consumidor, el ordenamiento prevé precisamente, además de las sanciones ordenamiento contempladas para los supuestos de violación al régimen legal, un magistrado aplique la multa civil que se incorpora en el estatuto del consumidor a partir de la sanción de la ley N° 26.361, estableciéndose, tanto para el caso de la multa como para la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados, la solidaridad de “quien actuare en nombre del proveedor”. Entendemos que la norma no se está refiriendo a los integrantes de la cadena de comercialización y distribución, sino solo a quienes en apariencia actúan en representación del proveedor, ya que de lo que se trata es de evitar conductas que solo pueden llevarse a cabo por parte de quienes tratan directamente con el consumidor.

VI. CONCLUSIÓN

El esquema de responsabilidad civil del régimen protectorio de los consumidores aporta ingredientes con serias implicancias prácticas en la solución de los diversos supuestos que pueden presentarse. Por esta razón, no sólo es fundamental el intento de sistematizarlo sino que se explica también el esfuerzo de propender a una correcta delimitación de su ámbito de aplicación. Por su parte, figuras nuevas como la facultad de la autoridad administrativa de establecer indemnizaciones por daños y la relativa a los jueces de fijar la denominada multa civil, obligan al intérprete a redoblar los esfuerzos para brindarle orden y coherencia al sistema. Ésa es la modesta contribución que nos propusimos con este trabajo.