

Edición Homenaje a la Dra. María J. Méndez Costa,
UNL, Santa Fe, 2001

Tutela de consumidores y usuarios

Jorge Mosset Iturraspe

Decano. Profesor titular de Derecho Civil II y III

Adhiero, con el presente trabajo, al homenaje que se rinde a la profesora María Josefa Méndez Costa, en nombre de la Comunidad Universitaria, con motivo de cumplir ochenta años de vida fructífera. Nuestra querida «Pepita» ha sabido conciliar ejemplarmente sus dos militancias: la religión y el derecho, uniendo la justicia con la caridad, la equidad con el amor al prójimo. El tema elegido, si bien no guarda relación con sus «especialidades», trata de evidenciar que un «buen empresario» ha menester de una «familia buena», para desarrollar allí las virtudes que luego deberá llevar al ámbito de su trabajo.

1. Bienes o servicios seguros: libre de todo peligro, riesgo o daño

El artículo 5° de la ley 24240 dispone: «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».

No puede, a nuestro juicio, consagrarse de manera más rotunda el «deber de seguridad».

Con la salvedad de que no es una responsabilidad frente a cada daño derivado del uso o de la utilización, sino a los perjuicios que se originan en el empleo «previsible o normal», que no es otro que el que surge de la índole del bien o del servicio, de su destino o finalidad.⁽¹⁾

Y un deber de seguridad que excede a las cosas y alcanza a los servicios. Y que está presente en lo contractual y en lo extracontractual.

El deber u obligación de seguridad, que surge de manera tácita —sin necesidad de una consagración por norma legal o pacto alguno— a cargo de las empresas productoras o distribuidoras (sin perjuicio del texto recordado en el derecho argentino) tiene presencia en los más variados derechos: *duty of care*, *obligation de sécurité*, *Verkehrssicherungspflicht*, son algunas de las denominaciones con que se lo conoce.⁽²⁾

⁽¹⁾ Como el presente capítulo está dedicado a la «prevención del daño empresario», nos ha parecido oportuno comenzar con el señalamiento de un «deber fuerte», dirigido a quienes incorporan bienes o servicios al mercado; como esa incorporación puede «sorprender» en cuanto al uso o empleo y como además se exige del usuario o consumidor una conducta racional, entendemos que el deber aludido es inseparable de la «información», sobre la cual dispone el artículo 4° y de la que nos ocuparemos más adelante.

⁽²⁾ Sobre «el riesgo creado y la obligación de seguridad en los contratos», además de lo que hemos expresado en esta

«Esta tesis se extiende al mismo tiempo que la evolución hacia una responsabilidad objetiva unida a la idea de riesgo».⁽³⁾

a. El deber de seguridad en la vida de relación y en los acuerdos

Con mucha ironía recuerda Parra Lucan: «la tesis de que una cuestión tan importante —como la relativa a los daños nacidos del riesgo empresario— no puede ser abandonada en manos del Poder Judicial, sino que requiere una intervención legislativa». Esta tesis de los ochenta en los Estados Unidos y en Europa llegó a la América Latina en los noventa y aparece en algunos proyectos de reforma a leyes y al mismo Código Civil.⁽⁴⁾

Uno de los rostros del debate, el que ahora nos interesa, se conoce con la denominación del «problema de la función preventiva».

La prevención, ya aludida por nosotros, puede distinguir:

- la general, entendida como un impulso psicológico que puede experimentar el ciudadano que, conocedor de la norma, trata de evitar las consecuencias para él desfavorables que resultarían de su aplicación;
- la especial, que refiere a la influencia de una condena a indemnizar en las acciones futuras de la misma persona, y
- la prevención como actividad racional del *homo economicus*, que deriva de los costes de prevención de los accidentes, en comparación con los costes de reparación y las ventajas que para el dañador se siguen de esa conducta. Ésta es la idea que ahora nos interesa.

Las empresas productoras o distribuidoras no deben «especular» con los beneficios para, en su caso, llevar adelante la conducta riesgosa o peligrosa. Las sanciones deben ser «ejemplares», en el sentido de disuasivas. La norma recordada menciona que bienes y servicios no deben presentar «peligro alguno».⁽⁵⁾

Más de una vez hemos enfatizado acerca del rechazo, por el ser humano, de todo perjuicio o menoscabo. Pero ello no quita que esa misma persona, que aborrece del daño, cumpla

obra, nos ocupamos en *Responsabilidad por daños*, t. II, El incumplimiento contractual, pp. 86 y ss. Transcribimos allí una serie extensa de «recomendaciones» de congresos y jornadas nacionales acerca de la vigencia en nuestro derecho de esta «obligación de seguridad», tanto en lo contractual, como un deber «virtual» —artículo 1198 del Código Civil en su redacción originaria, desprendido de la buena fe objetiva, como en lo extracontractual, integrando el paquete de deberes que componen el «No dañarás» con vigencia desde el derecho romano—.

⁽³⁾ Hemos comentado ya el enfoque, a nuestro juicio erróneo, del Proyecto de reforma y unificación civil y comercial, de 1998, que transforma esta obligación «de resultado final» en una de diligencia y prudencia, que no genera responsabilidad si el deudor demuestra haberse comportado sin culpa. No es ésa la idea que preside la figura. Ni su versión tradicional. Producido el perjuicio, en relación con el uso o empleo, el único «descargo» admisible es el hecho o actuar inadecuado de la víctima.

⁽⁴⁾ Se vuelve, como en siglos anteriores, a la desconfianza en el juez —«personaje «gris» que debe limitarse a repetir las palabras de la ley— y a depositar la fe en el legislador, a través de normas cada vez menos genéricas y abstractas. Es el «defecto» que observamos en el Proyecto argentino de 1998. El abuso de las definiciones y de los adjetivos no tiene otra explicación. Basta leer los textos proyectados como el artículo 1662, donde se seña como «cosa riesgosa» a aquella que produce daños «frecuentes o graves»; el artículo 1665 que menciona las actividades «especialmente peligrosas»; el artículo 1667 dedicado a «las cosas sin riesgo propio»; etc.

⁽⁵⁾ No se distingue entre: peligro normal y peligro excesivo o especial. Bienes y servicios deben ser «inofensivos» empleados correctamente. Las graduaciones del peligro darán pie inexorablemente a excusas o escapatórias en beneficio de los dañadores.

conductas que lo posibilitan o provocan. En materia de productos y servicios se configuran esos comportamientos «facilitadores» con el uso irracional, caprichoso, anormal, diferente al previsto. Pero, reiteramos, de tales usos que originan un «reproche para la víctima» solo puede hablarse en tanto ella esté informada, anoticiada, sabedora del cómo actuar. En ciertos casos puede tratarse de algo elemental o simple, pero en otros, por ejemplo frente a una «máquina compleja», lo previsible y normal puede hallarse oculto, al menos para la persona que luego resulta damnificada.

De ahí la vinculación del tema con el denominado «consentimiento del ofendido», asentimiento a sufrir un perjuicio, aceptación del riesgo o peligro. Díez-Picazo, al ocuparse de este tema, enseña que «para que la lesión se pueda considerar como consentida deben ocurrir dos requisitos: a) que el interesado preste el consentimiento con el conocimiento que resulte exigible de los riesgos que corre y recibiendo cuando sea necesario la oportuna información si la otra parte se encuentra en condiciones de dársela, y b) que el autor de la lesión actúe en interés del lesionado y de acuerdo con la voluntad presumible de este, y con las reglas de la diligencia exigibles.⁽⁶⁾

b. La expectativa de un «contrato normal», de una negociación confiable

Hemos señalado que en la contratación no debe inferirse de la mera celebración del acuerdo —o de la firma al pie del documento que lo instrumenta— la aceptación de cláusulas abusivas, como lo son las que liberan o excusan la responsabilidad, o la limitan, o crean «fortuitos» pseudo convencionales o desnaturalizan las obligaciones pactadas.

Y ello es así en la medida en que el consumidor puede y debe depositar confianza en el tráfico, en las relaciones de consumo, en los negocios que se celebren en el mercado. La contratación debe ser «la normal» o esperable, conforme con las legítimas expectativas. Y todo lo que se aparte de esa normalidad, lo sorprendente, distinto o raro, debe considerarse rechazado. No cabe aquí hablar del «consentimiento del ofendido».

Las empresas no deben abusar de su mayor poder de negociación, de su posición dominante en el mercado, de su profesionalidad o experiencia, para obtener ventajas indebidas o excesivas o liberaciones injustas. La aceptación por las víctimas ha dejado de ser una buena excusa; el ofendido no consiente en ser dañado.

2. Los controles del productor o fabricante

En las cuestiones examinadas, que confluyen en la responsabilidad del empresario por el riesgo de empresa, no media solo una cuestión jurídica —que se concreta en la indemnización— sino también un aspecto ético de la mayor importancia. Hemos recordado la trascendencia de esta vinculación: ética y progreso, ética y desarrollo, ética y economía. No se trata de utopías. Las empresas deben mantener un comportamiento ético en todas las instancias de los procesos de producción y distribución. Una conducta ética en sus relaciones con los consumidores y, obviamente, con otras empresas, de igual o menor poderío.⁽⁷⁾

⁽⁶⁾ Díez-Picazo: *op. cit.*, p. 304. Aprecie el lector la cautela con la que el profesor español se expresa en tan delicada cuestión.

⁽⁷⁾ López Gil, M. y Delgado, L.: *De camino a una ética empresarial*, Biblos, Buenos Aires, 1996, y bibliografía allí mencionada. En el diario *La Nación* del 12-2-2001 pueden leerse dos artículos que abordan estas cuestiones: 1) de Bernardo Klillsberg, *Ética y desarrollo*, donde se señala que «las situaciones de pobreza y desigualdad en América contradicen

Y la cuestión ética viene en apoyo del clamor por mayores y mejores controles empresarios respecto de productos y servicios. Las vidas en riesgo no se «compensan». Las incapacidades no tienen una traducción dineraria; las indemnizaciones no pasan de ser paliativos. Prevenir es siempre y en todos los casos muy superior a reparar.

El derecho de daños del nuevo milenio debe ser preventivo. Pero sin un cambio cultural que ponga al ser humano como eje o centro de la sociedad y del mercado, nada puede lograrse.

Hemos mencionado a nuestro artículo 40 de la ley 24240. Veamos ahora los alcances de la «versión brasileña» de la responsabilidad del productor, artículo 12 del Código de Defensa del Consumidor⁽⁸⁾:

«El fabricante, o productor, o constructor nacional o extranjero, o el importador, responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por los defectos existentes en el proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación, acondicionamiento de los productos, así como por la información insuficiente o inadecuada sobre su utilización o riesgos. 1. El producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que del mismo se espera legítimamente, atendiendo a circunstancias relevantes, entre las cuales: a) su presentación; b) los usos o riesgos que razonablemente pueden esperarse; c) la época en que fue colocado en circulación. 2. El producto no es considerado defectuoso por el hecho de que otro, de mejor cualidad, haya sido colocado en el mercado. 3. El fabricante, o constructor, o productor, o importador no será responsable cuando prueba: a) que no colocó el producto en el mercado; b) que cuando colocó el producto en el mercado el defecto no existía; c) la culpa exclusiva del consumidor o de un tercero».

Muchos de los comentarios que el texto suscita, favorables en su gran mayoría, han sido expresados ya, antes de este capítulo. Nos queremos detener en pocos aspectos:

- se prestan a una crítica negativa los textos que posibilitan defensas empresarias, por su vaguedad o generosidad;
- ocurre así con el que relaciona el defecto del producto con la época en que fue colocado en circulación, dando pie al acogimiento de la defensa conocida como «riesgo de desarrollo»;⁽⁹⁾

los valores de la civilización occidental» y «que la falta de acceso a salud y educación limita seriamente las opciones reales de gran parte de la población», y 2) de Andrés Thompson, cuando puntualiza que «el ser humano y no el dinero debe estar en el centro de todas las decisiones». Un trabajo de Ladislao Dowbor, allí mencionado, indica que «no hay duda de que, en la punta del lápiz, mil hectáreas de tomate permitirán una producción a un costo unitario más bajo; sin embargo, si sumamos los costos del éxodo rural del desempleo, de la criminalidad, de la polución química, de los desequilibrios políticos generados por la presencia de megapoderes económicos, no hay dudas de que la sociedad, como un todo, tendrá una productividad menor. En otros términos, la mejor productividad social no es la que resulta de la simple maximización y suma de las productividades microeconómicas».

⁽⁸⁾ Citamos algunos trabajos específicos sobre esta materia, en la doctrina del Brasil: Denari, Z.: *Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparacao dos danos*, en *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, obra colectiva, 5ª ed., Forense, Universitaria, Rio de Janeiro, 1998, pp. 127 y ss.; Odete Novais Carneiro Queiros: *Da responsabilidade por vicio do produto e do serviço*, en *Direito do Consumidor*, op. cit., 8, pp. 141 y ss.; Senise Lisboa, R.: *E vicio do produto em exoneração da responsabilidade*, en *Direito do Consumidor*, op. cit., 5, pp. 89 y ss.; Bertoldi, M. M.: *Responsabilidade contratual do fornecedor pelo vicio do produto ou serviço*, en *Direito do Consumidor* cit., 10, pp. 126 y ss.

⁽⁹⁾ Se expide a favor de la solución recogida en la norma, artículo 12, Marins de Souza, J. J.: *Risco de desenvolvimento e tipologia das imperfeições dos produtos*, en *Direito do Consumidor*, 6, pp. 118 y ss. El argumento central, recogido

- la prueba de no haber colocado, el fabricante, el producto en el mercado, ha motivado ya algunos comentarios nuestros. Es una cuestión que, al menos como regla, no puede alcanzar o afectar al consumidor, ni liberar al productor. Es un tema «interno», suyo, de su propia esfera de actuación o dominio. Los hechos son claros, hay un fabricante y «su producto» está en el mercado. Cómo llegó hasta allí no es algo cuya averiguación le competa al consumidor y, por lo demás, si hubo descuidos o abandonos del productor o empresario debe cargar con las consecuencias;
- también requiere aclaraciones la denominada eximente basada en «la culpa de un tercero». No debería jugar si ese «tercero» tiene relaciones, conexiones o vinculaciones con el empresario fabricante. Si, en alguna medida, «depende» del mismo. O bien si actuó y originó el perjuicio al consumidor facilitado en su quehacer por un hecho del productor.⁽¹⁰⁾

a. El producto o el servicio no puede salir al mercado con fallas, defectos o riesgos

Entre la empresa que fabrica y el usuario o consumidor se ubican «los intermediarios», distribuidores, mayoristas o minoristas, etcétera. ¿Pueden esos «personajes» del mercado ser calificados de «terceros» y con base en la alegación de su culpa, liberarse el fabricante?

Las situaciones que pueden originarse son variadísimas: un manejo o manipulación negligente; una indebida guarda o conservación; un transporte accidentado; etcétera. Ponen sobre las espaldas del usuario o consumidor «la pesquisa», averiguación de por qué el vicio o defecto es inicuo, injusto e irracional.⁽¹¹⁾

La solución, como ya hemos comentado; no puede ser otra que la solidaridad, que alcanza a todos los intervinientes, frente a la víctima. Sin perjuicio de las acciones de regreso, de esclarecimiento de las conductas y de las culpas en las relaciones internas.

b. Como regla, ante un producto dañoso, debe presumirse la responsabilidad de quien lo incorpora o lanza

La presunción de la responsabilidad equivale, como veremos más adelante, a la inversión de la carga de la prueba. La empresa deberá demostrar hechos liberatorios. Que,

por el autor, es el «del estado de la ciencia y de la técnica», al momento en que el fabricante lanza el producto al mercado; así mismo, se basa en la imposibilidad de calcular el riesgo cuando solo «el desenvolvimiento de la ciencia y de la técnica, en un tiempo posterior, permitirían estimarlo». Pero se enfatiza en la necesidad de restear o verificar el estado de la ciencia al momento en que el producto se incorpora al mercado. En contra de la solución del Código se expide Benjamín, A. H. V., en su *Comentarios ao Código de Protecção ao Consumidor*, pp. 67 y ss., Saraiva, São Paulo, 1991.

⁽¹⁰⁾ En ocasión de considerar la situación de colaboradores, auxiliares y dependientes, hemos analizado las dificultades que existen a la hora de distinguir entre «vinculaciones» y «autonomías»; entre un obrar con la conformidad y otro «contra la voluntad»; en fin, entre «tercerizaciones» queridas o buscadas y otras fortuitas o indeseadas.

⁽¹¹⁾ Para nosotros no puede aceptarse, en el derecho argentino, el distingo que Galgano propone, en el derecho italiano, entre «responsabilidad por riesgo de empresa» y «responsabilidad objetiva». Esta, para el eminente jurista, se basa solo en la relación de causalidad entre el hecho propio y el resultado dañoso, y la relación de causalidad se basa sobre la normalidad o regularidad estadística, que estima previsible un cierto resultado dada una cierta causa; en cambio, la fundada en el riesgo ha menester de su prueba. Solo la objetiva, para Galgano, admite la prueba liberatoria, con base en la no imputabilidad causal del daño al hecho propio. Para nosotros, no hay responsabilidad objetiva sin un factor de imputación que es el riesgo de empresa —o de las cosas o de las conductas peligrosas— y siempre puede producirse la liberación con la demostración de la ruptura del nexo causal, por el hecho de la propia víctima o de un tercero independiente.

obviamente, son muy pocos y de interpretación estricta o restrictiva. Pero esta actividad probatoria aparece facilitada por la «profesionalidad», por el conocimiento de la ciencia y de la técnica, por la experiencia, etcétera.

La resistencia a estas ideas ha sido, en los últimos treinta años —del desarrollo de la tutela al consumidor—, muy firme y no dudamos en calificar de «apasionada».

Ocurre que, como afirma Rosario Ferrara, en la doctrina italiana:⁽¹²⁾ «No es injustificado afirmar que el problema de la tutela del consumidor es, probablemente, uno de los «nudos gordianos» de la sociedad contemporánea y de la democracia liberal, a cuya solución se vinculan las tentativas de organizar y gestionar el consenso social en el cuadro de una democratización industrial».

Pero aunque parezca una verdad de «Perogrullo» cabe repetir con el jurista brasileño Benjamín que «no hay responsabilidad civil por accidentes de consumo cuando no existen defectos en los productos o en los servicios».⁽¹³⁾

Y que si bien es verdad que las empresas son creadoras de riquezas y, por ende de progreso y desarrollo, también es cierto que son ellas quienes con su actuación crean los riesgos, originan los peligros y se benefician con tales riesgos y peligros. No nos puede llamar la atención, en consecuencia, que en un país tan civilizado, con consumidores idóneos o eficientes, como es Alemania, la jurisprudencia sea estricta a la hora de imponer a los empresarios⁽¹⁴⁾ fabricantes obligaciones de información, instrucción y advertencia muy estrictas. En caso de fallar tales «noticias» la empresa es *ipso jure* responsable de haber violado sus deberes de frente a los consumidores, *vis-à-vis du public*.

3. El consumidor frente a la «circulación» del producto

El parágrafo es propicio para reflexionar sobre «el valor económico de la confianza para empresas y consumidores».⁽¹⁵⁾ Desde la década de los setenta «y especialmente desde el inicio de la posmodernidad, el sistema de producción de bienes y servicios y las empresas en particular, invierten cuantiosas sumas de dinero en estrategias de confiabilidad, para poder abordar un posicionamiento en el mercado, que luego sirva para lanzar líneas de bienes y servicios complementarios o diferenciados de los que habitualmente producen o comercializan, incluso pensando también en revitalizar estas. Por un lado se trata de darle confiabilidad al sistema económico en sí mismo como soporte del bienestar; las empresas apuntan a que aquella confiabilidad se deslice hacia sus productos relacionándolos con la calidad de vida; esta generación de confianza, con herramientas específicas como la

⁽¹²⁾ Ferrara, R.: *Contributo allo studio della tutela del consumatore*, Giuffrè, Milano, 1983. pp. 10 y ss.; en esa misma doctrina pueden recordarse los trabajos de Puggioni, S., *Responsabilità da prodotto*, Pirola, Milano, 1989; Verardi, C.: *La responsabilità per danno da prodotti difettosi*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁽¹³⁾ Sus trabajos, en esta materia, son numerosos, además del ya citado comentario al Código del Consumidor del Brasil. En su obra se destaca la dirección y el impulso transmitido a la *Revista do Direito do Consumidor*, a la altura de las mejores que se publican en esta materia.

⁽¹⁴⁾ Reich, N., en el trabajo coordinado por Ghestin, *Securité des consommateurs et respomabilité du fais des produits defectueux*, L. G. D. J., París, 1987; el estudio se denomina: *L'introduction de la directive en RFA*.

⁽¹⁵⁾ Weingarten, C.: *El valor económico de la confianza para empresas y consumidores*, en *Revista do Direito do Consumidor*, N° 33, año 2000, pp. 33 y ss.; sobre estas cuestiones: Alfaro Águila-Real: *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1997; Krepp, D. M.: *Teoría de los juegos y modelación económica*, Fondo de Cultura, México, 1994; Croteau, N.: *Le contrat d'adhesion: de son emergence a sa reconnaissance*, Quebec, 1996.

publicidad y el marketing, hace que los consumidores y usuarios busquen determinadas marcas de bienes y servicios, así como empresas que comercialicen determinadas líneas, en la idea de que en tales circunstancias ahorran costos de información, mercadeo, etcétera».

Nada más opuesto a esta búsqueda de confianza que la aparición de «vicios» o «defectos» en los productos o en los servicios⁽¹⁶⁾:

- vicios en la producción y en la distribución;
- vicios ocultos y vicios aparentes;⁽¹⁷⁾
- vicios tolerables e intolerables;⁽¹⁸⁾
- vicios en la concepción, en el proyecto o en la fórmula;⁽¹⁹⁾
- vicios en la comercialización.⁽²⁰⁾

Son solo algunas hipótesis. La realidad supera en mucho las previsiones doctrinarias. Pero es importante, en la medida en que, demostrado el defecto o vicio y el daño en relación causal, nace la responsabilidad solidaria de los intervinientes en los procesos de producción, distribución y comercialización.

a. El consumidor ante el distribuidor y el mayorista

Las mismas consideraciones se aplican a los «servicios defectuosos», disconformes con las expectativas legítimas, sea en lo relativo a la seguridad, a la ausencia o deficiencia en la información sobre su naturaleza, utilidad o riesgos.⁽²¹⁾

Empero, siempre debemos observar la cuestión desde la óptica de un usuario o consumidor vulnerable, débil, desinformado y sin experiencia. Esa es la regla, al menos en nuestros países.

⁽¹⁶⁾ La doctrina sobre los vicios o defectos es muy rica y trae una larga serie de clasificaciones, de las cuales nos haremos eco muy someramente. Se parte de vicios típicos y atípicos y se los diferencia según el origen, la incidencia o gravedad, sus efectos, etc. Neto Lobo, P. L.: *Responsabilidade por vícios nas relações de consumo*, en *Direito do Consumidor*, N° 14, pp. 33 y ss.; Rosado de Aguiar, R.: *A boa-fé na relação de consumo*, *op. cit.*, N° 14, pp. 20 y ss.; Arruda Alvi, E.: *Responsabilidade civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor*, en *Revista do Consumidor*, *op. cit.*, 15, pp. 132 y ss.

⁽¹⁷⁾ Como regla, los vicios aparentes comprometen la responsabilidad empresaria, a diferencia de lo que acontece en el Código Civil. Y es así en tanto que el consumidor, por su ignorancia, puede desconocer incluso lo aparente, lo que se muestra como defectuoso. Es interesante la norma del artículo 9° de la ley 24240: «*Cosas deficientes usadas o reconstituidas*. Cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas, debe indicarse la circunstancia en forma precisa y notoria». No están fuera del comercio. Pero requieren «especial» información. Los vicios no las excluyen, pero deben comercializarse a sabiendas de tales deficiencias.

⁽¹⁸⁾ Lo señala expresamente el artículo 8° del Código del Consumidor del Brasil: «Los productos o servicios colocados en el mercado de consumo no acarrearán riesgos a la salud o a la seguridad de los consumidores, excepto los considerados normales o previsibles en atención a su naturaleza o uso, obligándose el proveedor, en cualquier hipótesis a dar una información necesaria y adecuada a ese respecto».

⁽¹⁹⁾ Como aspectos que se distinguen de la fabricación y comprometen a posibles terceros personajes.

⁽²⁰⁾ Cuando ya el producto o el servicio están a disposición del usuario o consumidor, luego de haber completado un periplo o circuito económico. Problemas de conservación, embalaje, presentación, etc.

⁽²¹⁾ Grinberg, R.: *Faca do produto ou do serviço: acidentes de consumo*, en *Revista do Direito do Consumidor*, N° 35, 2000, pp. 144 y ss.; en el mismo número pueden consultarse con provecho las investigaciones de Claudia Lima Marques: *Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos*, pp. 61 y ss.; Cavalieri Filho, S.: *O direito do consumidor no limiar do Século XXI*, pp. 97 y ss., que concluye con la siguiente sugestiva frase: «La Justicia vale cuanto valen sus jueces».

El destinatario del producto o del servicio no se relaciona con los eslabones intermedios de la cadena que vincula al productor con el comerciante. De donde sus hechos o sus omisiones no pueden alcanzarle, le son indiferentes.

Esto es importante a la hora de contemplar la situación del minorista almacenero, farmacéutico o kiosquero, para dar solo algunos ejemplos. Sabemos que puede considerarse excesiva o dura la sanción contra un minorista-vendedor, por defectos o vicios que son de fabricación; pero de no procederse así, se obliga al consumidor a una pesquisa y búsqueda que supera sus posibilidades. Más fácil resulta hacerlo al mismo minorista...

b. El consumidor frente al «almacenero» o a la farmacia

De donde creemos que aun frente a estos eslabones débiles de la cadena de producción y distribución y comercialización, debe mantenerse la solidaridad del artículo 40 de la ley 24240 y negarse la apertura de excepciones, el camino a las dispensas o liberación.⁽²²⁾

4. La información: tema clave en la tutela del consumidor

Según la ley uruguaya 17189, de 1999, las relaciones de consumo deben desarrollarse sobre la base de una información clara, veraz y suficiente, durante toda la instancia contractual.⁽²³⁾ La solución oriental es coincidente con la propuesta brasileña⁽²⁴⁾, la paraguaya⁽²⁵⁾ y la argentina.⁽²⁶⁾

La información es una constante, casi una obsesión, de la ley argentina 24240. La encontramos requerida en el artículo 4° de la ley 24240, y reiterada en una serie de textos posteriores:

«artículo 4° – *Información*. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma

⁽²²⁾ Galdós, J. M.: *El principio «favor debilis» en materia contractual*, en *Derecho del Consumidor*, N° 8, pp. 37 y ss., Juris, Rosario, 2000; en el mismo número, Stiglitz, R.: *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*, pp. 3 y ss.; del mismo distinguido jurista, *La regulación de Los contratos de consumo. Una visión en paralelo entre el Proyecto de Código Civil de 1998 y la ley de Defensa del Consumidor*, en *Derecho del Consumidor. op. cit.*, N° 11, pp. 33 y ss.

⁽²³⁾ Ordoqui Castilla, G.: *Deber de información en la ley 17189*, de 20 de setiembre de 1999, en *Revista do Direito do Consumidor*, N° 34, año 2000, pp. 45 y ss. Uruguay llega finalmente a tener una ley en la materia, luego de discusiones interminables y enconadas. Una fuerte tendencia «tradicionalista» en aquel Derecho se opuso firmemente al dictado de esta o cualquier ley en la materia. El autor señala: «No debemos olvidar que esta obligación de informar termina por cumplir una función «preventiva» en la tutela de un consentimiento con conocimiento y, por tanto, verdaderamente libre». Destacamos de Castaño Restrepo, M. I.: *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, Temis, Bogotá, 1997, obra de un gran valor sobre este tema.

⁽²⁴⁾ Brito Filomena, J. G.: *Dos direitos basicos do consumidor*, en *Código Brasileiro*, ob. ci t., pp. 106 y ss. El art. 6°, apartado III, expresa: «Son derechos del consumidor [...] la información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios, con especificación concreta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que presentan».

⁽²⁵⁾ Es la ley 1334, del 27 de octubre de 1998, que puede consultarse en la *Revista do Direito do Consumidor*, N° 30, de 1999.

⁽²⁶⁾ artículo 4° de la ley 24240: «*Información*. Quienes produzcan, imponen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos». La doctrina nacional se ha ocupado reiteradamente del asunto: Morello, A. M. y Stiglitz, R. S. y G. A.: *Información al consumidor y contenido del contrato*, en *Derecho del Consumidor*, t. I, pp. 33 y ss.; Ameal, O. J. y Compiana, M. F.: *La obligación de informar*, en *Derecho del Consumidor*, t. 10, pp. 45 y ss.

cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos».

La reglamentación del decreto 1798/94 agrega:

«Los proveedores de cosas 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 suficientes».⁽²⁷⁾

El tema de la «información» a brindar por el empresario a sus clientes es uno de aquellos que, a nuestro juicio, deben «pasar» al Código Civil, como ya ha ocurrido en otras legislaciones, según lo hemos anticipado.⁽²⁸⁾

Las funciones que se cumplen con la información y que dan respuesta a la pregunta para qué informar, son variadas:⁽²⁹⁾

- para prevenir o evitar los daños, sean daños a la seguridad o a la salud;⁽³⁰⁾
- para disminuir desigualdades o desequilibrios existentes entre las partes —dados por factores subjetivos— la falta de preparación o conocimientos —o por factores objetivos— la complejidad del producto o del servicio;
- para facilitar un perfeccionamiento del contrato sobre la base de un consentimiento libre, sano y real;
- posibilita la denominada «libertad de no querer» (Carbonnier), impidiendo abusos o aprovechamientos;
- permite una ejecución razonable, en particular el uso o empleo del bien conforme a su destino, el goce adecuado del servicio, etcétera;
- prioriza los deberes de veracidad y lealtad, como integradores de la buena fe que debe presidir las relaciones de consumo.

a. Diferencias con la publicidad y el marketing

La información no puede confundirse con la publicidad,⁽³¹⁾ definida por la directiva 450/84 del Consejo de Europa, en su artículo 2.1: «Publicidad es toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal, con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes

⁽²⁷⁾ El artículo 10 al aludir al documento que se extiende por la venta de cosas muebles, detalla otras informaciones que deben darse al consumidor; el artículo 14 menciona la información que debe brindarse en el «certificado de garantía»; el artículo 21 se detiene en la información a brindar por el prestador de servicios en el «presupuesto» otorgado al consumidor requirente; etc.

⁽²⁸⁾ Mosset Iturraspe, J.: *Contratos en general en el Proyecto de Reformas al Código Civil argentino de 1998 (Estudio comparativo con la ley 24.240 de protección al consumidor)*, en J. A. del 19–4–2000, N° 6190.

⁽²⁹⁾ Lobet Agudo: *EL deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996; Vallejo, C., *Derecho a la información*, en la obra de Bercovitz, *Comentarios a la ley General para la Defensa del Consumidor*, Madrid, 1992.

⁽³⁰⁾ En esta enumeración seguimos a Ordoqui Castilla: *op. cit.*, pp. 58 y ss.; el autor contiene interesantes referencias sobre el derecho comparado, en tema de información, en legislaciones como la francesa, española, portuguesa, etc.

⁽³¹⁾ Es excelente el trabajo de Kemelmaier de Carlucci, A. R.: *Publicidad y consumidores*, en *Revista de derecho privado y Comunitario*, N° 5, *Consumidores*, pp. 63 y ss. En el mismo número de la revista encontramos: de López Cabana, R.: *La contratación en la ley de Defensa del Consumidor*, pp. 53 y ss.; Lorenzetti, R. L.: *Tratamiento de las cláusulas abusivas en la ley de Defensa del Consumidor*, pp. 171 y ss.; Zannoni, E. A.: *Responsabilidad por daños y protección al consumidor*, pp. 251 y ss.; Roitman, H.: *Acciones del consumidor perjudicado*, pp. 299 y ss.; Richard, E. H.: *Alteración de los derechos del consumidor en forma habitual*, pp. 309 y ss.; Highcon, E. y Álvarez, G. S.: *la resolución alternativa de disputas y el consumidor ante el conflicto: ¿qué modo tiene de resolverlos?*, pp. 221 y ss.

inmuebles, los derechos y las obligaciones». Publicidad y propaganda son utilizadas indistintamente por el artículo 9° de la ley 22802, y las diferencias se consideran hoy superadas: la publicidad tiene un objetivo comercial, mientras la propaganda tiene un fin ideológico, filosófico, religioso, político, económico o social.⁽³²⁾

Comparten publicidad e información el campo de acción, la etapa precontractual en relación a las cosas y servicios ofrecidos; empero, mientras la información, como hemos visto, ilustra acerca de las cualidades, atributos y posibilidades del producto o servicio, la publicidad se propone captar, atraer, persuadir, estimular, dando a conocer masivamente un bien, resaltando sus cualidades propias; la objetividad es requisito de la información, mientras que la publicidad se define por la subjetividad de los intereses que difunda; sin incurrir en ocultamientos o inducir a error, engaño o confusión.

b. Información en las distintas etapas de la comercialización: precontractual y poscontractual

Coincidimos con la doctrina que afirma que la información constituye para la empresa, en sus relaciones con los potenciales consumidores o usuarios, una «verdadera obligación», un deber jurídico impuesto bajo sanción de originar, en caso de surgir un daño, responsabilidad civil.

En la ley 24240 la falta de cumplimiento de esta obligación de informar, seguida de un perjuicio, nacido del uso o empleo de la cosa o del servicio, es atribuible de manera objetiva, como consecuencia del riesgo de empresa, que la información disminuye y la desinformación incrementa. No es del caso buscar negligencias o descuidos. Quien lo informe debe responder, ante la prueba del daño y de la relación de causalidad con el uso o empleo de cosas o aprovechamiento del servicio.⁽³³⁾

Y este deber de información aparece en cada una de las etapas o momentos de la relación: a) muy especialmente en la formación del acuerdo, cuando se van concretando las bases objetivas y subjetivas que llevan al acuerdo o consentimiento. Como una consecuencia de la buena fe objetiva que debe privar en la negociación. El deber de informar, junto con los deberes de lealtad, protección, colaboración y seguridad, integra el ramillete de «deberes secundarios»;⁽³⁴⁾ b) en la etapa contractual, desde el consentimiento hasta la extinción, en el período de los efectos negociales, la información juega, así mismo, un rol principalísimo. Adquirido el producto o servicio, se concreta en consejos, advertencias, avisos, correcciones, que pueden estar contenidos en folletos complementarios o adjuntos al producto.

Como bien señala Ghestin, en la doctrina francesa, este deber es particularmente relevante cuando el otro «tratante» se encuentra en una legítima ignorancia, pues no tiene forma de averiguar la verdad de los hechos y no tiene otro camino que «confiar» en lo que se le dice.

⁽³²⁾ De Saboia Campos, M. L.: *Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor*, Cultural Paulista, São Paulo, 1996, y abundante bibliografía allí citada.

⁽³³⁾ Ameal y Compiani: *op. cit.*, p. 59. Ordoqui Castilla distingue las consecuencias civiles de las penales y, entre las primeras, menciona: la semejanza de la no información con el dolo-engaño o con la reticencia dolosa; la necesidad de comprender entre los supuestos de desinformación los casos llamados de «picardía comercial» o de «engaño bueno»; la configuración de un vicio del consentimiento que da pie a la acción de nulidad; la posibilidad para el consumidor de optar entre la resolución del contrato, la demanda por cumplimiento o el reclamo de una indemnización frente a los daños causados.

⁽³⁴⁾ Martins-Costa, J.: *A boa-fé no Direito Privado* cit., pp. 472 y ss., y abundante bibliografía allí citada.

Finalmente, señalamos que el artículo 37 de la ley 24240, en su última parte, prevé sanciones por la omisión del deber ahora aludido:

«En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario».⁽³⁵⁾

5. Productos de inferior calidad. Su incorporación al mercado

Una publicidad negocial —que como sabemos integra el contrato⁽³⁶⁾— que afirme que un producto es de primera calidad, cuando no lo sea, incurre en falsedad o engaño. Pero ello no significa que solo puedan incorporarse al mercado bienes o servicios de calidad excelente o de máxima calidad. Como en todos los órdenes de la vida las calidades de bienes y servicios pueden ser muy variadas y diferentes. El consumidor debe optar, elegir, para lo cual debe estar informado. No es siempre una cuestión de precios: lo más caro es de mejor calidad y a la inversa. Juegan aquí factores tales como el marketing, la publicidad, etcétera.⁽³⁷⁾

La expresión «La empresa propone y el mercado dispone» no juega de manera tan clara y sencilla.⁽³⁸⁾ Señala Risenberg, con citas que van desde Galbraith a Lipoversky, que «si examinamos con cuidado el intrincado y complejo andamiaje de que se vale la empresa para proponer, ya la capacidad de disponer del mercado merece como mínimo ser revisada». «Mucho se ha hablado de que estamos, en el nuevo siglo, ante un consumidor más racional y analítico, que examina rigurosamente precios y calidades, con un grado de lealtad de marca en caída libre, pero no menos ciertas son todas las elaboraciones teóricas acerca de las ataduras a que está sometido el sujeto ligado a la vez del inconsciente y de lo social».

Y concluye Risenberg: «El marketing entonces no crea necesidades, sí detecta la energía deseante de los consumidores en estado de latencia y la encauza hacia determinadas marcas. El deseo no es creado pero sí acelerado, acicateado, exacerbado. El marketing y la publicidad, en suma, no encienden el fuego, lo avivan».⁽³⁹⁾

De donde la importancia, ya remarcada, de la norma del artículo 9° de la ley 24240: «Cuando se ofrezcan en forma pública a consumidores potenciales indeterminados cosas

⁽³⁵⁾ Nos hemos ocupado reiteradamente de esta cuestión: la nulidad parcial respeta el principio de conservación: salvar los efectos válidos; empero, plantea el tema engorroso de la subsistencia del contrato sin «una parte» o cláusula, con lo cual ya no es el mismo sino otro diferente, y, además, para el caso de integración judicial, con qué criterio ha de efectuarse la misma. El juez no es perito negocial de ahí que, al menos en principio, no pueda «decir lo suyo» o corregir lo dicho por las partes —aunque en rigor por una de ellas—. Repetir lo anulado carece de sentido. De donde el juez integrador deberá estar al logos de lo razonable, a las buenas costumbres negociales o a la buena fe.

⁽³⁶⁾ Dice el artículo 8° de la ley 24240: «Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor». Que integran el contrato quiere decir, en buen romance, que forman parte de las bases negociales, como las restantes cláusulas escritas o expresamente incluidas. Es una verdadera conquista del «derecho del consumidor» que merece pasar al Código Civil, en un proceso de reforma y unificación.

⁽³⁷⁾ Risenberg, G.: *Marketing y publicidad: una reflexión ética*, en *Derecho del Consumidor*, N° 1 1, Juris, op. cit., pp. 49 y ss.

⁽³⁸⁾ Risenberg op. cit., p. 57.

⁽³⁹⁾ Risenberg op. cit., p. 58. Gherardini Santos, F.: *Direito do marketing*, *Revista dos Tribunais*, op. cit. Calais-Auloy, J. y Steinmetz, F.: *Droit de la consommation*, 4ª ed., Dalloz, París, 1996.

que presenten alguna deficiencia, que sean usadas o reconstituidas debe indicarse la circunstancia en forma precisa y notoria».

Insistimos, no obstante, en que las cosas o los servicios de una calidad inferior a la óptima o mejor de plaza no presentan, necesariamente, «alguna deficiencia». No hay sinonimia entre calidad inferior y vicios.

a. Productos «experimentales» o no suficientemente probados

Un producto experimental, no suficientemente probado, en estado de investigación —en la medida en que no entrañará peligros, pues si los originara no podría permanecer en el mercado, debería ser retirado de inmediato— debe comercializarse «observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos» (artículo 6º, primera parte, ley 24240).

Es incompatible que una empresa, por una parte, lucre con la comercialización de un producto «riesgoso», por las razones que fueren —incluidas las relacionadas con el estado de la ciencia y de la técnica— y, por la otra, pretenda invocar ese mismo estado «de inmadurez», para eximirse de responsabilidad.

Creemos que el tema, que ahora reiteramos, ya ha sido suficientemente considerado en esta misma obra.

Es aquello que, salvando las distancias, ha normado el artículo 1625 del Proyecto del '87, luego ley vetada: «La utilización de técnicas que se encuentran en estado de experimentación debe ser consentida expresamente por aquel a quien se preste el servicio».

b. Bienes o servicios de mala calidad. Las garantías

La empresa proveedora, obligada a responder por los vicios, defectos o fallas en los productos o en los servicios —como hemos venido exponiendo— debe, además, garantizar al adquirente «la identidad entre lo ofrecido y lo entregado y su correcto funcionamiento» —artículo 11 de la ley 24240, relativo a garantías en la comercialización de «cosas muebles no consumibles»—.

La norma es explícita en cuanto a que la garantía protege respecto a «vicios o defectos de cualquier índole» y que es indiferente que los mismos sean ocultos u ostensibles.⁽⁴⁰⁾

En concordancia con el artículo 40, tantas veces citado, se dispone que «Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores...».⁽⁴¹⁾

También en materia de prestación de servicios la ley 24240 mantiene la responsabilidad por el término de treinta días, a contar de la fecha en que se concluyó el servicio, por «las deficiencias o defectos en el trabajo realizado», autorizando a reclamar al consumidor

⁽⁴⁰⁾ La garantía, que es de origen legal, y actúa sin perjuicio de la garantía convencional, que las partes pueden haber pactado —en tanto sea más beneficiosa para el consumidor—, tiene vigencia por un plazo de tres meses. Sobre la comparación entre la ley de tutela al consumidor y los proyectos de reforma, puede consultarse de Stiglitz, R.S. y Stiglitz, G. A.: *Contratos. Parte general*, Abeledo-Perrot, *Reformas al Código Civil* 5, Buenos Aires, 1993. Sobre *Responsabilidad profesional*, en la misma colección, t. 4, Lorenzetti, R. L., Buenos Aires, 1995.

⁽⁴¹⁾ Equivale a decir que responden por el incumplimiento contractual, de acuerdo con los principios generales, ante la presencia de vicios o defectos, y además prestan una garantía, que comprende aspectos más amplios y concretos y, además, se prolonga en el tiempo. Otra vez, sin perjuicio de las acciones de regreso.

perjudicado las reformas, reemplazos de materiales utilizados, sin perjuicio de las acciones por nulidad o incumplimiento que sean procedentes (artículos 23 y 24 de la ley).⁽⁴²⁾

6. El deber empresario de evitar causar un daño y el riesgo empresario

En la culminación de este capítulo, destinado a la prevención o evitación del daño que una empresa puede causar a sus clientes, usuarios o consumidores, debemos tener muy en cuenta una apreciación que se ha vuelto común «en los análisis formalizados en torno a las legislaciones de la Unión Europea: que las normas que tienden a asegurar buenos productos en el mercado, lealtad en la publicidad y reparación integral de los daños causados al consumidor, tienden a proteger a las «empresas» que actúan legítimamente en el mercado. Se entiende que la actitud contraria implicaría subsidiar a los aventureros, cuando no a los inescrupulosos. Ese subsidio llevaría justamente a generar una desventaja comparativa de las «empresas» que observan escrupulosamente normas de control de calidad, aumentando consiguientemente sus costos. La competencia se vería así afectada indebidamente, a través de fomentar la deslealtad comercial...».⁽⁴³⁾

Empero, el propio Richard señala, a continuación, que: «El derecho del consumidor llega concomitantemente con el abandono del mercado por los «grupos de interés», que antes constituían los «grupos económicos» que dominaban las fábricas, para asegurarse hoy los ingresos mediante técnicas de ejercicio de derechos intelectuales y control indirecto de los involucrados en el mercado. La cuestión genera nuevas formas de poder y de penetración, a través de la comercialización de derechos intelectuales, del uso de marcas acreditadas, de técnicas de comercialización, de licencias, franquicias, y modalidades distintas cada día. De esta manera se aseguran ingresos dejando el riesgo para los terceros empresarios que entran en contacto con el mercado, y, a su vez, tratan de eludir los riesgos de ese mercado, particularmente frente a los consumidores».⁽⁴⁴⁾

a. El deber de adoptar las medidas razonables para no dañar y la incorporación al mercado de productos o servicios peligrosos. Daños punitivos

Hemos remarcado que, en pluralidad de situaciones, preocupadas por la ecuación costos–beneficios, las empresas se despreocupan de sus comportamientos perjudiciales y los llevan adelante conscientes de su dañosidad. Media una reiteración o despreocupación grave por la seguridad y salud de los consumidores.⁽⁴⁵⁾

⁽⁴²⁾ La norma no es clara en lo que hace al plazo de treinta días; recordemos que en el Código Civil los vicios redhibitorios tienen una prescripción de tres meses, por los vicios ocultos y graves; en la acción de nulidad por error, el plazo es de dos años, y es de diez años cuando se acciona por incumplimiento o por resolución del contrato. Mosset Iturraspe. J.: *Contratos, op. cit.*, p. 484.

⁽⁴³⁾ Richard, E. H.: *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia Nacional de Derecho, Córdoba, 2000, p. 260. Del mismo jurista: *El riesgo asegurable*, en J. A. Doctrina 12–1971. También: *Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de contratos de colaboración*, en *Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997, pp. 265 y ss.

⁽⁴⁴⁾ Richard: *op. cit.*, p. 261, con cita de Ghersi, C. (con una explicitación totalmente diversa, muy amplia y documentada), *La estructura contractual posmoderna*, en *Revista de derecho privado y Comunitario*, N° 3, *Contratos modernos*, pp. 325 y ss.

⁽⁴⁵⁾ Y por tanto un comportamiento doloso o intencional. En otros tiempos y latitudes hubiéramos pensado en una sanción de tipo francamente penal, privativa de la libertad, pero siempre con la dificultad de la imposibilidad de penar a las

Este proceder ha dado pie, en los Estados Unidos primero y luego en otras legislaciones del *civil law* a lo que se ha dado en calificar como «daños punitivos». En rigor, sanción punitiva por daños empresarios reiterados. Vimos ya que una de las manifestaciones de la tendencia a ser suave o leve con el mundo empresario pasaba por la disminución o desaparición de estos «daños punitivos», a los cuales adherimos por considerarlos un remedio fuerte ante un proceder intencional.

Se ha debatido largamente en la Argentina si son precedentes sin una reforma legal, precisamente por no tener el carácter de una reparación para las víctimas, sino de una sanción para las empresas agentes o victimarias. Y, en esta medida, participar de una naturaleza «penalizadora» y *no* indemnizativa.⁽⁴⁶⁾

Otra cuestión que ha dividido a la doctrina es la atinente al «destinatario» de la sanción punitiva, a quien cobra o percibe la suma que el «dañador tenaz y repetido» deberá pagar. Si se decidiera que la cobra la víctima, ya reparada con una indemnización, estaríamos frente a un enriquecimiento injusto, a un pago excesivo y sin causa. De ahí que se haya pensado en otros destinatarios: fondos de garantía, instituciones de bien público, etcétera.⁽⁴⁷⁾

Y otra vez la discusión acerca de si le corresponde al legislador o al juez establecer el destinatario de tales sanciones punitivas. Pensamos que la cuestión pudo zanjarse —sobre la base de una norma legal al respecto— con la creación de los denominados «fondos de garantía» —para cubrir ciertos daños, fueren anónimos o de importancia singular o de causante insolvente— y la designación de tales fondos como destinatarios.⁽⁴⁸⁾

b. Las circunstancias del caso y la gravedad de los riesgos y de los peligros

No vemos conveniencia alguna —y sí dificultades— en la idea de matizar los riesgos y peligros, o establecer escalas o graduaciones: leves, graves o gravísimos; comunes o especiales; etcétera.

Hemos enfatizado acerca del «riesgo empresario» y de las numerosas fuentes o causas originantes de este riesgo: desde la actuación intensa, hasta la incorporación de bienes y servicios al mercado; pasando por el tipo de organización, el recurso a mano de obra asalariada, la tecnología que se maneja, las complejidades del quehacer y otros.⁽⁴⁹⁾

personas jurídicas, sin un cambio legislativo. Borda, G. A.: *Comportamiento contractual de mala fe*, en *La responsabilidad*, libro homenaje a I. Goldenberg, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, pp. 243 y ss.; en la misma obra de Andorno, L. O.: *Responsabilidad por daño a la salud o la seguridad del consumidor*, pp. 479 y ss.

⁽⁴⁶⁾ Baigún, D.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: polémica conocida pero no resuelta*, en *La responsabilidad*, op. cit., pp. 869 y ss.

⁽⁴⁷⁾ Trigo Represas, F. A.: *Daños punitivos*, en *La responsabilidad*, ob. cit., pp. 283 y ss.

⁽⁴⁸⁾ El Proyecto de 1998, de reforma y unificación, dispone sobre el tema: «*Multa civil*. El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquel obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada». Esta última parte nos parece hartamente inconveniente. El tribunal no puede ni debe ser quien establece el destino de los fondos, por razones que juzgamos obvias. La opinión pública verá en todos los casos de determinación judicial un «compromiso» espurio o una salida transaccional. La determinación debe estar dispuesta en la ley que crea esta multa o esta sanción punitiva y, a la vez, los fondos de garantía.

⁽⁴⁹⁾ Osterling Parodi, F.: *Responsabilidad civil: costo comercial y costo social*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 55 y ss.; en la misma obra, de Zavala de González, M. y González Zavala, R. M.: *Indemnización punitiva*, pp. 188 y ss.; Goldenberg, I. H.: *los riesgos del desarrollo en materia de responsabilidad por productos y el daño ambiental*, pp. 341 y ss.; Lambert-Faivre, I.: *La responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea*, pp. 358 y ss., con especiales referencias a «los

Pero nada nos lleva y, estamos convencidos, nada nos autoriza a mencionar un «riesgo empresario especial» o «un peligro empresario especial», calificativos que, a estar al *Diccionario de la Academia*, tienen que ver con «singularidades» o «particularidades» de esos riesgos o peligros.

La inserción del calificativo, en una eventual reforma,^[50] da pie a un nuevo debate: ahora sobre si el riesgo o peligro es común o especial, general o particular, leve o grave, complicando la situación de la víctima y favoreciendo las defensas del empresario agente o victimario.^[51]

Basta la referencia al riesgo o peligro, por la naturaleza de la acción o del bien o por las circunstancias. Lo otro es caer en subjetividades y caprichos, que le hacen mucho mal al derecho.

seguros» y a la «utilidad de los fondos de garantía»; Larroumet, C.: *La protección de los consumidores y la responsabilidad de Los productores en el Derecho de la Unión Europea*, pp. 365 y ss.; Pizarro, R. D.: *Responsabilidad civil del que pone la marca en un producto defectuoso y en un servicio defectuosamente prestado*, pp. 378 y ss.; Lombardi, C. A.: *El deber de seguridad en la ley del Consumidor*, pp. 396 y ss., y Etcheverry, R. A.: *Publicidad engañosa, competencia y responsabilidad civil*, pp. 773 y ss.

^[50] Hemos recordado el texto del artículo 1665 del Proyecto del '98: «Quien realiza una actividad especialmente peligrosa, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, es responsable del daño causado por esa actividad. Se considera actividad especialmente peligrosa a la que, por su naturaleza, o por las sustancias, instrumentos o energía empleados, o por las circunstancias en que es llevada a cabo, tiene aptitud para causar daños frecuentes o graves...». Discrepamos radicalmente, tanto con lo de «especialmente» como con lo de la frecuencia o gravedad de los daños. Ambas expresiones están de más, frente al daño causado, son sobreabundantes o excesivas.

^[51] Franzoni, M.: La actividad peligrosa, en *Responsabilidad por daños*, *op. cit.*, pp. 121 y ss.; el autor se limita a señalar que la peligrosidad es un concepto relativo, que lo que hoy es peligroso puede dejar de serlo, o a la inversa. Pizarro, R. D.: *Actividades riesgosas*, en *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, t. I, pp. 222 y ss., con interesantes referencias al derecho comparado y a la doctrina nacional.