

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD DE PRODUCTORES Y PROVEEDORES EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL

A) LOS PRODUCTOS ELABORADOS

§ 119. **RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN LA LEY 24.240.** – La ley 24.240 establece un régimen de responsabilidad a cargo de quienes vuelcan bienes y servicios en el mercado, procurando la mejor tutela para los adquirentes en una relación de consumo. Sienta para esto el principio de la responsabilidad objetiva, se aparta del régimen que establece el Código Civil en materia de vicios redhibitorios (arts. 17 y 18, ley 24.240) partiendo de la base indudable de que todos los bienes que hoy se vuelcan al mercado son *productos elaborados*. El veto al art. 40 de la ley 24.240 efectuado al promulgarla no afecta, en nuestra opinión, la protección que dicho artículo dispensaba en forma expresa, pues tal tutela surge de los principios generales de nuestro ordenamiento positivo, no sólo para las “relaciones de consumo” (art. 42, Const. nacional) sino para todos los supuestos de adquisición de bienes y servicios ofrecidos en el mercado.

Pese al veto del art. 40, otras normas de la ley 24.240 consagran, a favor del consumidor y del usuario, la responsabilidad objetiva del fabricante y de quienes intervienen en la cadena de comercialización, hasta llegar al adquirente final.

Entendemos que esta responsabilidad objetiva, más allá de la ley 24.240, surge frente a cualquier persona (física o jurídica) que resulte dañada en su integridad corporal o en su patrimonio por los productos o servicios defectuosos puestos en el mercado por el fabricante o prestador de servicio, conforme pasamos a estudiarlo seguidamente.

§ 120. **EL PROBLEMA.** – La producción artesanal, que durante centurias fue la única manera de producir bienes, se ha ido superan-

do desde fines del siglo XVIII, y hoy está prácticamente reemplazada por la producción masiva mediante la fabricación en serie; los bienes así producidos son lanzados al mercado a través de diversos canales de comercialización en los que se insertan las figuras del importador, el mayorista, el distribuidor —en sus diversas expresiones— y el minorista, lo cual trae como consecuencia que, frecuentemente, no exista una relación directa entre productor y consumidor¹.

Además, es común que los bienes resulten creación de la actividad de varios fabricantes, siendo cada uno elaborador de una parte del producto, pues, generalmente, éste suele ser preparado, fraccionado, envasado o mejorado por la empresa que lo lanza al mercado.

El adquirente que ha sufrido el daño por vicio del producto se halla frente a una compleja red de responsables, con la mayoría de los cuales él no ha contratado. Rara vez el adquirente ha contratado directamente con el fabricante del producto, y en no pocas ocasiones se halla ante la insolvencia del vendedor directo, con quien sí existe el vínculo contractual. ¿A quién puede demandar el comprador o usuario que resulta perjudicado por un producto? ¿A su vendedor directo, al fabricante, al mayorista, al distribuidor?

Esta serie de interrogantes ha determinado que la doctrina y la jurisprudencia busquen una respuesta adecuada, para lo cual hubo que rever los criterios clásicos de responsabilidad. Se plantea, además, si el fabricante que no vendió directamente el producto al consumidor debe considerarse responsable ante éste.

Pero el problema no queda solucionado aquí, pues si se acepta la responsabilidad del fabricante, hay que resolver si ésta es contractual o aquiliana; y por otro lado, si es responsabilidad subjetiva u objetiva².

a) *NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN EXPLÍCITA.* El 25 de julio de 1985 el Consejo de la Comunidad Europea aprobó una Directiva en materia de responsabilidad por el daño causado por los productos defectuosos, como culminación de un largo y difícil itinerario, que comenzó con la presentación al Consejo correspondiente de una propuesta de la Comisión en septiembre de 1976. Se trata de un paso importante, tanto para alcanzar una mayor protección de los consumidores

¹ BORAGINA - AGOGLIA - MEZA, *Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*, JA, 1990-IV-886.

² PRADO, *Responsabilidad civil por productos elaborados*, ED, 122-985; refiriéndose a este problema pleno de interrogantes, señala que, en la actualidad, se intenta avanzar sobre las fronteras de la responsabilidad civil, pues ellas han quedado estrechas frente a los problemas que la sociedad moderna crea.

como para contribuir a la homogeneización de las reglas del mercado común y, consecuentemente, a la libre circulación de mercancías dentro de éste³.

Respecto del primer objetivo (protección de los consumidores), la Directiva establece un régimen de responsabilidad para los productores que debe considerarse satisfactorio, tanto por su amplitud como por su simplicidad y automatismo. Incluso temas tan delicados como el de los riesgos del desarrollo han recibido una solución razonable.

Además, esta Directiva atribuye al productor de mercaderías la responsabilidad por los daños causados por un defecto del producto; esto conlleva la novedad de establecer una responsabilidad objetiva con carácter imperativo.

En función de esta responsabilidad objetiva no es necesaria la existencia de culpa en el productor; por lo tanto, no se impone al damnificado la carga de su prueba. Basta con que pruebe el daño, el defecto del producto y el nexo de causalidad entre el defecto y el daño⁴. Tampoco se admiten cláusulas que limiten o supriman la responsabilidad del productor con relación a la víctima⁵.

b) *EL TEMA EN NUESTRO PAÍS.* La falta de una regulación legislativa que adopte explícitamente principios semejantes a los de la Directiva mencionada nos obliga a acudir a las normas contenidas en el Código Civil acerca de responsabilidad contractual y extracontractual. Sobre esa base, jurisprudencia y doctrina vienen procurando hallar soluciones equitativas, a fin de evitar el desamparo que sufriría el adquirente del producto dañoso, si no se otorgara cierta flexibilidad y extensión a las normas de nuestro derecho.

c) *RESPONSABILIDAD OBJETIVA COMO PRINCIPIO RECTOR EN ESTA MATERIA.* Según ANDORNO, sólo el régimen de la responsabilidad objetiva del fabricante permitirá resolver adecuadamente el problema de la protección del consumidor o usuario, pues esta época de enormes progresos científicos y tecnológicos en la producción masiva de bienes, requiere una concepción "solidarista" del derecho. Coincidentemente se expiden GOLDENBERG y LÓPEZ CABANA, para quienes siempre que en los casos de riesgo de desarrollo no se interrumpa el nexo causal adecuado entre la nocividad del producto y el daño causado, no cabe sino la responsabilidad del productor, quien debe garantizar al con-

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 262.

⁴ Art. 4º de la Directiva, citado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 262.

⁵ Art. 12 de la Directiva, citado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 263.

sumidor la inocuidad de lo que introduce en el mercado. Se trata –dicen– de una responsabilidad objetiva, en la que no corresponde investigar los elementos subjetivos propios de la conducta del proveedor profesional de productos. Sin embargo, el camino no ha sido fácil y la discusión no ha concluido⁶.

Tradicionalmente la responsabilidad contractual se hizo reposar en la idea exclusiva de culpabilidad. La doctrina sólo admitió en forma sistemática la introducción de una cuña en la responsabilidad subjetiva, *por vía de la obligación de seguridad*, aplicada al contrato de transporte, de espectáculos públicos, al concertado entre un establecimiento sanitario y un paciente, etcétera⁷.

§ 121. **RESPONSABILIDAD POR LOS “PRODUCTOS ELABORADOS”**. – Se trata de una expresión –incorporada más o menos recientemente al léxico jurídico– que amplía la responsabilidad de los empresarios más allá de los estrechos límites y soluciones que brinda nuestro Código Civil al tratar los *vicios redhibitorios* como defectos ocultos de la cosa que la hacen impropia para su destino. La noción de productos elaborados tiene en cuenta los daños que pueden producirse debido al grado actual de tecnificación en la producción y comercialización de bienes y servicios.

Conforme expresa ALCOVER GARAU⁸: “es a partir de los años cincuenta y sesenta de este siglo [XX] cuando las cuestiones englobadas en la responsabilidad civil del fabricante adquieren importancia en los países capitalistas más avanzados, y en especial en Estados Unidos. Y en este sentido se considera que es un fenómeno típico de la segunda era industrial”. Y agrega que este fenómeno ha sido propiciado “por la generalización de los eventos dañosos y su alto costo social debido a la cada vez más tecnificada e ingente producción en serie, el surgimiento de ideologías políticas y sociales que estiman que el desarrollo económico no debe sacrificar el social, la aparición de un amplio movimiento de protección a los consumidores y las nue-

⁶ ANDORNO, *Responsabilidad por productos elaborados*, Zeus, 19/12/90, p. 6; GOLDENBERG - LÓPEZ CABANA, *Los riesgos del desarrollo en la responsabilidad del proveedor profesional de productos*, JA, 1990-I-919.

⁷ BUERES, *Responsabilidad contractual objetiva*, JA, 1989-II-964, expresa: “También la idea de responsabilidad negocial fue referida por un sector de la opinión a la responsabilidad del deudor por acto ajeno con fundamentos varios (la garantía o el riesgo). En fin, se avizoraron responsabilidades objetivas en el dominio de los arts. 1118 y 1119 (referidos a los dueños de casas de hospedaje y establecimientos públicos, capitanes de buques y patrones de embarcaciones), cuyo colocamiento en el título de los actos ilícitos extracontractuales es equivocado, ya que se trata de auténticos deberes contractuales”.

⁸ ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante*, p. 20.

vas orientaciones de la responsabilidad civil, hechos todos ellos relacionados entre sí y significativos por igual”.

§ 122. **PRINCIPIO GENERAL. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR PRODUCTO ELABORADO?** – Por producto elaborado se entiende toda cosa mueble, natural o industrial, destinada a la comercialización, en cuyo proceso de creación, transformación o desarrollo, así como en la preparación para su consumo o uso haya intervenido la actividad humana, sin olvidar que también cabe ubicar dentro de este concepto a los productos naturales, pues requieren de la intervención del hombre, tanto en lo relativo a su desarrollo (p.ej., la aplicación de fertilizantes, etc.) como a su conservación, fraccionamiento o envase.

Se ha dicho en un fallo: “Se puede individualizar a los llamados *productos elaborados*, como las cosas muebles, obtenidos a raíz de la transformación de otras cosas por la actividad del hombre en el proceso de industrialización, propia de la fabricación masiva o en serie, destinada al consumo público más o menos indeterminado”. Luego agrega: “Un edificio o las construcciones de mampostería incorporadas en forma permanente a un fundo, no producidas en serie, sino que han sido realizadas en base a proyectos particularizados e individuales, no constituye por vía de principio, un producto elaborado a los fines de la doctrina de la responsabilidad extracontractual del fabricante”. En otro fallo se sostuvo: “Todo autoriza a incluir, dentro de la genérica denominación de *productos elaborados*, una gama innumerable de cosas, incluso un automóvil”⁹.

Señala PRADO que los productos así obtenidos pueden clasificarse en finales o intermedios. Los primeros, son destinados al consumo (actual o futuro) o al uso (bienes durables) por los miembros de la comunidad. Los segundos, en cambio, son adquiridos como materia prima (insumos) para la elaboración de otros productos.

Como señala ALCOVER GARAU: “La regla general es que se considera producto a todo bien mueble con excepción de los productos naturales que no sufran una transformación inicial, siendo irrelevante su carácter de bien de consumo o de producción, así como si es materia prima, parte componente o producto final”¹⁰.

El producto elaborado causante del daño puede llegar al adquirente mediante diversas vías, las que, a su vez, generan distintas hipótesis de responsabilidad: 1) del fabricante o productor que enajena la cosa directamente al consumidor final; 2) del fabricante o produc-

⁹ CApel CdelUruguay, Sala CivCom, 14/8/87, JA, 1988-III-492; CNCom, Sala A, 9/11/84, JA, 1988-III-477 (del fallo de 1ª instancia, ver sums. 7 y 8).

¹⁰ ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante*, p. 66.

tor que transfiere el producto a un intermediario, haciéndolo ingresar por esta vía en una cadena de comercialización que concluye en el consumidor final, que es quien sufre el daño; 3) de los diversos intermediarios –entre sí– en el proceso de comercialización mediante el cual el producto dañado llega a manos del consumidor final; 4) del intermediario no fabricante que es vendedor directo del producto al consumidor final que sufre el daño (el intermediario, a su vez, puede sufrir daños a causa del producto mientras ha estado en su poder, por lo cual tendrá acción contra los anteriores enajenantes), y 5) del concedente por hechos del concesionario.

§ 123. **CONCEPTO DE VICIO O DEFECTO DE PRODUCTOS ELABORADOS FRENTE A LOS VICIOS REDHIBITORIOS DEL CÓDIGO CIVIL.** – La concepción clásica brindaba la siguiente dicotomía: *vicios ocultos* y *vicios aparentes*. Tal distinción es importante, pues los primeros pueden revestir el carácter de redhibitorios cuando se dan estos supuestos, previstos por el art. 2164 del Cód. Civil: “*Son vicios redhibitorios los defectos ocultos de la cosa, cuyo dominio, uso o goce se transmitió por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hagan impropia para su destino, si de tal modo disminuyen el uso de ella que a haberlos conocido el adquirente, no la habría adquirido, o habría dado menos por ella*”.

No obstante, a los fines de determinar la responsabilidad por los productos elaborados, resulta insuficiente el concepto de vicio que nos da este artículo con referencia a los vicios redhibitorios: los defectos ocultos de la cosa que la hacen impropia para su destino, pues no incluye el requisito de “potencialidad dañosa” del producto, que también determina el encuadramiento de este vicio en la responsabilidad por las contrataciones en masa de los productos elaborados.

Además, la normativa del Código Civil sobre vicios redhibitorios prevé precisamente esto: la redhibición del contrato (o la acción *quantis minoris*, en el supuesto del art. 2174). En tanto que, tratándose de la responsabilidad por vicios o defectos en los productos elaborados, la redhibición del contrato o la reducción del precio constituyen una alternativa, pues lo más frecuente en estos casos es que la responsabilidad derive en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (arts. 520 a 522, y 902 a 904, Cód. Civil), o –como otra solución– el reemplazo del producto y en el caso de máquinas o artefactos, su reparación por el fabricante.

El concepto de vicio redhibitorio que proporciona nuestro Código Civil resulta ajeno a la responsabilidad del elaborador o vendedor del producto por perjuicios que sufra el adquirente, pues éste ha de responder por los daños derivados no sólo del producto, sino

también de una información deficiente o incorrecta en cuanto a su uso o empleo¹¹.

§ 124. **¿ACCIÓN REDHIBITORIA O ACCIÓN POR VICIOS DE FABRICACIÓN?** – En este punto resulta ilustrativa la respuesta que en un fallo¹², se dio a la demandada, para quien –en el caso– sólo cabía la acción redhibitoria y, por tanto, oponía la prescripción del art. 437 del Cód. de Comercio.

Ante dicho argumento, el tribunal contesta que, en el caso, se trata de “un supuesto de vicios de fábrica, ocultos”. Es útil tener presente esta expresión: *vicios de fábrica (o de fabricación) ocultos*, pues el fallo no los identifica con los *vicios redhibitorios*. Dice bien: la expresión *vicios redhibitorios* no define nada, porque se refiere no al vicio mismo de la cosa, sino a su posible efecto (que es forzar al vendedor a su saneamiento)¹³. En cambio, debemos hablar de vicios de fábrica toda vez que la cosa fabricada se halla afectada de alguna imperfección, anomalía o deterioro, que no pueden admitirse dentro de la noción de cosa entregada conforme a la voluntad de las partes (sobre todo del comprador), pues no ofrece las utilidades que corresponde obtener de ella ya sea que los defectos o anomalías fuesen inherentes a la cosa en sí o a su estructura, o se hubiesen derivado del modo incorrecto en que fue fabricada¹⁴. El fallo es definitorio: no cabe reducir la cuestión al concepto de vicios redhibitorios. Según el tribunal, lo decisivo para resolver el litigio no es el carácter de vicio redhibitorio, sino su carácter de defecto de fabricación –que comprende todo tipo de vicios, tanto redhibitorios como los que no lo son–, y como tal el comprador está amparado por la garantía pertinente.

§ 125. **DIFERENCIA ENTRE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS Y LA ACCIÓN REDHIBITORIA DEL CÓDIGO CIVIL.** Tal como señalan BORAGINA, AGOGLIA y MEZA, el sistema de responsabilidad por productos elaborados difiere notoriamente del estatuido en

¹¹ Expresa PRADO, *Responsabilidad civil por productos elaborados*, ED, 122-985, que al “producto elaborado” se lo puede definir como el resultado de la actividad del hombre, que al someter una cosa a distintos procesos, crea una nueva o cambia el estado de la existente. BORAGINA - AGOGLIA - MEZA, *Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*, JA, 1990-IV-886, proponen definir el vicio originante de esta responsabilidad como “toda deficiencia del producto que lo torna potencialmente dañoso, no obstante su uso o consumo adecuado”.

¹² CNCom, Sala E, 4/4/89, JA, 1989-III-602.

¹³ ZAVALA RODRÍGUEZ, *Código de Comercio*, t. II, p. 122, n° 1292.

¹⁴ TRIGO REPRESAS, *Vicios redhibitorios y diferencia de calidad sustancial*, LL, 1982-C-371.

los arts. 2164, 2168, 2175 y concs. del Cód. Civil (que regulan las acciones que, frente al vendedor, puede ejercer el comprador de un bien afectado por vicios redhibitorios) por las razones siguientes: *a*) la responsabilidad por vicios redhibitorios rige exclusivamente en el caso de vicios ocultos que afecten a la cosa en sí misma, mientras que la acción por violación a la obligación de seguridad, puede extenderse a todo tipo de consecuencia dañosa, incluyendo el mal uso del producto; *b*) la acción por violación de la obligación de seguridad no se limita a la opción de resolver el contrato, lo que sí ocurre en el caso de los vicios redhibitorios, y *c*) la indemnización en las acciones emergentes del vicio redhibitorio se extiende a la reparación del daño sufrido en otros bienes distintos a la cosa objeto de la venta (daño extrínseco) sólo si el comprador prueba el dolo o la culpa del vendedor (arts. 520 y 521, Cód. Civil), lo que es innecesario probar en el supuesto de responsabilidad emergente por los productos elaborados, la que se rige por los principios de la responsabilidad objetiva¹⁵.

§ 126. **CARÁCTER NO NECESARIAMENTE MASIVO DE ESTOS DAÑOS.** – Para que nazca esta responsabilidad objetiva no es necesario que el daño revista carácter masivo; pero existe la posibilidad de que se produzcan *daños en serie*, derivados del consumo masivo de los productos elaborados, pues, salvo excepciones, éstos son lanzados al mercado (como ocurre con los alimentos envasados, las vacunas y medicamentos, etcétera).

§ 127. **HECHOS QUE PUEDEN INFLUIR O SER CAUSANTES DEL DAÑO POR PRODUCTOS ELABORADOS.** – El ejemplo más usual es el de quien se intoxica con alimentos o bebidas envasados: el adquirente puede sufrir un daño al consumir o usar el producto, no sólo por un vicio intrínseco de éste, sino también por información errónea o instrucciones deficientes sobre su modo de empleo. Analizaremos estos diversos supuestos generadores de responsabilidad.

a) **DAÑOS PROVOCADOS POR DEFICIENCIAS EN PROYECTOS, PLANOS O FÓRMULAS QUÍMICAS DEL PRODUCTO.** Éste puede presentar un vicio o defecto a raíz de haber sido incorrectamente proyectado o diseñado (p.ej., error de cálculo en los planos). También puede haber equívocos en la composición de las fórmulas químicas sobre cuya base se elabora

¹⁵ BORAGINA - AGOGLIA - MEZA, *Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*, JA, 1990-IV-886. Si el adquirente del bien es un consumidor o un usuario los arts. 17 y 18 de la ley 24.240 establecen un régimen propio que difiere de las normas del Código Civil sobre vicios redhibitorios; ver FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, p. 185 a 190.

el producto. En estos casos recae responsabilidad en quien fue autor del plano, el diseño o la fórmula química.

b) *VICIOS DE FABRICACIÓN O DE MANIPULACIÓN DEL PRODUCTO.* El vicio o defecto se genera en la etapa de fabricación, o bien en oportunidad de manipular el producto para su fraccionamiento o envase, así como también en caso de agregado de ingredientes, o accesorios o mejoramiento del producto.

c) *VICIOS DERIVADOS DE UNA DEFECTUOSA CONSERVACIÓN DEL PRODUCTO HASTA SU ENTREGA AL ADQUIRENTE.* La falta de recaudos apropiados, o un sitio no apto para depósito, acumulación o acopio de productos, puede ocasionar en éstos alteraciones o desperfectos de diversa índole (p.ej., variaciones de temperatura que incidan en la composición química de sustancias medicinales o alimenticias, descuido en el traslado o embalaje de artefactos de precisión o de objetos de cierta fragilidad, que provoquen averías en sus mecanismos, etcétera).

d) *DEFICIENTE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR.* El daño puede resultar de una errónea indicación sobre el modo de utilizar o consumir el producto, así como de una información incorrecta sobre su composición, sus características especiales, contraindicaciones, fecha hasta la cual puede consumirse, modo de conservarlo, toxicidad, peligrosidad, etcétera.

Igualmente, si se omite precisar las instrucciones que sean necesarias para el empleo del producto, también se compromete la responsabilidad, en este caso, por omisión¹⁶. Los arts. 5° y 6° de la ley 24.240 imponen, al proveedor de bienes y servicios, deberes muy precisos en este aspecto.

e) *DAÑOS DERIVADOS DE UNA PUBLICIDAD IMPRUDENTE.* La afirmación de alguna cualidad determinada, atribuida al producto, mediante un uso irreflexivo de la publicidad, genera para su promotor una responsabilidad por el daño ocasionado por productos elaborados cuando el demandado es el que ha hecho la venta directa al adquirente que sufrió el daño, en tanto que frente al fabricante con quien el adquirente no ha tenido trato directo, se discute si cabe la responsabilidad contractual o sólo la aquiliana (ver § 129 y ss., y tesis sostenida en § 139).

Con relación a este tema, dicen MEREDIZ y SEABIAGA: "Las exigencias del mercado han transformado la función de la publicidad, que pasó a ser de informadora de la opinión pública, en impulsadora de consumo, haciendo que la gente compre lo que no necesita. Esto se agrava cuando el contenido de la publicidad es defectuoso, equivocado, insuficiente o inadecuado, atribuyendo virtudes que no tiene o

¹⁶ Ver ALTERINI - LÓPEZ CABANA, *La rescindibilidad unilateral*, LL, 1991-D-815.

silenciando peligros que su consumo conlleva, lo cual puede ocurrir a través de una publicidad *imprudente*, cuando los productos requieren información preventiva sobre modalidades de uso, características especiales, peligros al ingerirlo, etc., y no se hace"¹⁷.

En otro orden, si bien la mayoría de los autores y de la jurisprudencia se inclinan por el principio de la *responsabilidad objetiva*, existen autorizadas voces en favor de la responsabilidad por culpa, aunque discrepan entre sí en cuanto a determinar sobre quién recae la carga de la prueba: si el adquirente debe probar la culpa del fabricante o vendedor, o si, por el contrario, son éstos quienes deben probar que de su parte no hubo culpa.

Otra cuestión en debate consiste en establecer en qué medida el vendedor de un producto elaborado por otro debe responder por los daños que ese producto ocasione¹⁸.

Pero la preocupación fundamental radica en determinar con la mayor exactitud cuándo el fabricante (o cualquier intermediario que no ha contratado directamente con el damnificado) ha incurrido en responsabilidad contractual y cuándo en responsabilidad aquiliana. La respuesta puede resultar dudosa, lo cual redundará en inseguridad para el adquirente, sobre todo, en cuanto a prescripción y carga de la prueba. MEREDIZ y SEABIAGA citan dos sentencias que nos parece oportuno recordar. En el primer fallo se resuelve que el fabricante tiene la responsabilidad por vicios del producto, tanto si se aplica la teoría de riesgo creado (art. 1113, Cód. Civil), como sobre la base de la presunción de culpa, ya que el resultado es idéntico e iguales los plazos de prescripción.

En el segundo caso jurisprudencial citado por estos autores, el fabricante había vendido un remedio veterinario que provocó la muerte de varios bovinos. El tribunal decidió que la acción redhibitoria del art. 2164 y la teoría del art. 1113 pueden servir de base a la responsabilidad del fabricante, admitiéndole sólo las defensas de caso fortuito o fuerza mayor, culpa del demandante o de un tercero¹⁹.

§ 128. **FACTOR OBJETIVO DE ATRIBUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EN LA EXTRACONTRACTUAL.** – El principio de “ninguna responsabilidad sin culpa” fue proclamado como axioma durante el

¹⁷ MEREDIZ - SEABIAGA, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, “Revista Jurídica de San Isidro”, 1988-24-27.

¹⁸ MEREDIZ - SEABIAGA, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, “Revista Jurídica de San Isidro”, 1988-24-27.

¹⁹ Casos “Bottine de Bilbao c/Distribuidor Blam” y “Estancias del Oeste c/Bayer Argentina”, citados por MEREDIZ - SEABIAGA, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, “Revista Jurídica de San Isidro”, 1988-24-26.

siglo XIX y las primeras décadas del XX, con lo cual se exoneraba de responsabilidad a las empresas por los daños y efectos nocivos generados por sus actividades riesgosas. Las transformaciones tecnológicas (a partir del maquinismo) y sus repercusiones sociales tornaron dicha concepción inadecuada a la realidad actual, frente a la incesante multiplicación de eventos dañosos ocasionados no necesariamente por culpa, pero sí como consecuencia del riesgo creado²⁰.

§ 129. **RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE FRENTE AL ADQUIRENTE O USUARIO CON QUIEN NO CONTRATÓ.** – Existen diversas teorías para dar sustento a la responsabilidad del fabricante ante el consumidor damnificado cuando ningún contrato ha celebrado con él²¹.

a) *TESIS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL FABRICANTE.* Un importante sector de la doctrina nacional halla el fundamento de la responsabilidad del fabricante en el régimen de la responsabilidad extracontractual. Dentro de esta tesis algunos recurren al criterio de la culpa, y otros al de la responsabilidad objetiva ya sea por el riesgo creado o por el vicio de la cosa.

1) *TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CULPA.* Quienes fundan la responsabilidad del fabricante en la culpa, acuden al art. 1109, párr. 1º, parte 1ª, del Cód. Civil: “*Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio*”.

Conforme destaca SASSOT²², dentro de esta teoría una corriente considera que el damnificado debe probar la culpa del fabricante, de acuerdo con las reglas ordinarias del *onus probandi*. LÓPEZ CABANA y LLOVERAS rechazan este criterio por las dificultades que implica probar la culpa, pues entienden que la responsabilidad del industrial sólo aparecería en el supuesto de que pudiera averiguarse cuál de sus dependientes actuó con culpa. En tal hipótesis, hacen notar cuán “remotas serían las posibilidades de éxito de una demanda contra el fabricante”²³.

²⁰ Comenta STIGLITZ, *Responsabilidad extracontractual del fabricante por riesgo creado*, JA, 1989-III-606: “La responsabilidad del fabricante del automotor por los daños derivados de los defectos de elaboración, está regida, como sostiene la Cámara, por el factor objetivo del art. 1113 del Cód. Civil, en su primer párrafo. El fabricante se sirve de las cosas que produce a través de su puesta en el comercio o enajenación..., con lo que obtiene indudablemente una utilidad económica”. Del mismo autor, ver también *La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas*, p. 3 y siguientes.

²¹ Ver CNCom, Sala B, 25/9/85, ED, 120-149, con nota de SASSOT, *La vacunación antiáfosa obligatoria*.

²² SASSOT, *La vacunación antiáfosa obligatoria*, ED, 120-149.

²³ LÓPEZ CABANA - LLOVERAS, *La responsabilidad civil del industrial*, ED, 64-559.

En opinión de otros juristas el daño producido crea la presunción de culpa del fabricante invirtiendo así la carga de la prueba.

Según LLAMBIÁS el lanzamiento a la circulación de un producto con un vicio de fábrica que verosímelmente anticipa la futura causación del daño, luego efectivamente realizado, constituye un acto de culpa que compromete a su autor con arreglo a la pauta del art. 1109. Por tanto, el damnificado por el vicio de fabricación de un producto elaborado tiene acción extracontractual contra el fabricante, que se apoya en la culpa del demandado²⁴.

2) *TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA*. La enorme dificultad que ha de hallar el consumidor damnificado para probar la culpa del fabricante o para repeler su intento de probar que no ha habido culpa de su parte, indujo a un sector de la doctrina a considerar como extracontractual objetiva la responsabilidad del demandado.

La responsabilidad extracontractual del fabricante no vendedor directo de la cosa que ha producido el daño, ha sido fundada entre nosotros en el art. 1113, párr. 2º, del Cód. Civil; aunque los opositores a esta tesis sostienen que debe descartarse la aplicación de este artículo por cuanto sólo alude al dueño o guardián de la cosa riesgosa o viciosa, y es indudable que en el supuesto del consumidor damnificado, el fabricante, al momento de producirse el daño, ya ha dejado de ser dueño o guardián de la cosa que vendió y puso en circulación.

Nos parece justa la respuesta que a dicha objeción hacen LÓPEZ CABANA y LLOVERAS, para quienes si el art. 1113, párr. 2º, establece explícitamente la responsabilidad del dueño o del guardián, es porque, de ordinario, son ellos quienes crean el riesgo. Sin embargo, esto no autoriza a desechar su aplicación en el caso del fabricante por no ser ya dueño o guardián en el momento de la producción del daño provocado por la cosa riesgosa que ha lanzado al mercado. La aplicación literal del art. 1113 "llevaría a convalidar la responsabilidad de quienes no han creado el riesgo, mientras el fabricante que sí lo ha creado, quedaría únicamente sujeto a una acción basada en el art. 1109 de lejana posibilidad de éxito"²⁵.

²⁴ LLAMBIÁS, *Tratado. Obligaciones*, t. IV-B, p. 269, nº 2949.

²⁵ LÓPEZ CABANA - LLOVERAS, *La responsabilidad civil del industrial*, ED, 64-572. Por su parte SASSOT (*La vacunación antiastósica obligatoria*, ED, 120-158) sostiene: "Se trata sin duda de una argumentación ingeniosa y bien intencionada, pero creemos que ella podrá servir de fundamento o explicación para una futura reforma legislativa que se enrole en el criterio objetivo, pero que el criterio que estos autores exponen no es estrictamente el del derecho vigente. Pensamos con LLAMBIÁS que no cabe enderezar la fórmula del art. 1113 hacia otra persona que no sea el dueño o guardián al tiempo de la ocurrencia del daño, porque la ley aparentemente no ha tenido en cuenta que sea o no quien introdujo el riesgo o puesto el vicio".

Agreguemos que, fuera del ámbito nacional, la preocupación respecto del derecho aplicable a la responsabilidad por los daños causados por los productos elaborados, motivó a los juristas europeos a incluir su tratamiento en la conferencia de La Haya sobre derecho internacional privado, llevada a cabo en 1973, que concluyó con la elaboración de un convenio de normas de colisión, referido específicamente al tema, el cual aún no se encuentra en vigencia por no haber merecido la ratificación de los Estados contratantes.

Se ha dicho en un fallo que, estrictamente, el usuario no contrató con el fabricante; sin embargo, en virtud del perjuicio causado al usuario surge, en principio, para el fabricante un *nexo posterior -extracontractual-* que le obliga a indemnizar al tercero perjudicado. En consecuencia, corresponde admitir el reclamo del consumidor frente al fabricante no vendedor, con fundamento en el art. 1113, párr. 1º, pues la obligación de reparar se extiende a los daños que se causaron con las cosas de que uno se sirve. El fabricante se sirve de las cosas que produce poniéndolas en el comercio, con lo cual obtiene indudablemente una utilidad económica²⁶.

b) *TESIS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL FABRICANTE.* Últimamente se ha venido insinuando la tesis de la responsabilidad contractual del fabricante con relación al usuario o consumidor que ningún contrato ha celebrado con él.

Quienes se oponen a esta corriente señalan el obstáculo que para su sustento significa el efecto relativo de los contratos, consagrado en el art. 1195 del Cód. Civil.

No obstante, quienes se enrolan en esta tesis exponen diversos argumentos para dar fundamento a una responsabilidad contractual del fabricante, pese a no haber contratado con el damnificado. Siguiendo la exposición de SASSOT²⁷ señalamos las siguientes teorías que procuran dar fundamento a esta tesis de la responsabilidad contractual.

1) *TEORÍA DEL NEGOCIO FIDUCIARIO.* Según esta teoría, el fabricante transmite el dominio de la cosa viciosa al intermediario, no en forma amplia e irrestricta, sino al solo efecto de que cumpla el encargo (fiducia) de transmitirlo, a su vez, al consumidor. Se ha dicho que esta concepción en nuestro derecho, tropezaría con el obstáculo del art. 2502 del Cód. Civil, que no permite la creación de otros derechos reales ni la modificación de los expresamente reconocidos. Sin perjuicio de ello el pacto fiduciario funcionaría sólo entre el fabricante

²⁶ TRIGO REPRESAS, *La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, LL, 1982-B-679.

²⁷ SASSOT, *La vacunación antiaftosa obligatoria*, ED, 120-149.

y el intermediario sin que pueda ser invocado por el usuario, ni tampoco serle opuesto (art. 1195, Cód. Civil).

2) *TEORÍA DE LA CADENA ININTERRUMPIDA DE CONTRATOS*. Esta posición adopta como fundamento de la responsabilidad contractual del fabricante frente al comprador final, la cadena de contratos que se extendería desde aquél hasta este último.

Esta teoría no ha sido acogida unánimemente por la jurisprudencia; así, por ejemplo, se ha dicho en un fallo: “Personalmente *no comparto la tendencia a responsabilizar al fabricante* en base a concebir la salida de productos al mercado como una cadena ininterrumpida de contratos que partiendo del fabricante llega al consumidor, con quien aquél quedaría vinculado por una relación *contractual fáctica*”²⁸.

3) *TEORÍA DE LA CESIÓN DE ACCIONES*. Según ésta, el intermediario en la cadena de comercialización cede en forma tácita al consumidor las acciones que puedan corresponderle por los vicios del producto. SASSOT opina que esta cesión tácita no podría invocarse en nuestro derecho, porque de acuerdo con el art. 1454 del Cód. Civil, “*toda cesión debe ser hecha por escrito bajo pena de nulidad*”.

Por vía analógica, dentro de esta concepción, puede recurrirse al art. 2096 del Cód. Civil sobre garantía de evicción, según el cual “el tercero puede en su propio nombre, ejercer contra el primer enajenante, los derechos que da la evicción, aunque él no pudiese hacerlo contra el que le transmitió el derecho”. El fallo que transcribimos en el ap. c, la adopta como uno de los criterios que fundan la responsabilidad del fabricante frente al usuario.

4) *TEORÍA DE LA ACCIÓN DIRECTA*. En verdad es una consecuencia de la anterior. Se basa en que, en determinadas situaciones, el derecho permite que el acreedor accione directamente contra un tercero para que éste le pague lo que adeuda al deudor hasta la concurrencia del crédito del acreedor. Así ocurre, por ejemplo, con la sublocación, en la cual el sublocatario puede exigir directamente al locador el cumplimiento de las obligaciones que éste haya pactado con el locatario (art. 1591, Cód. Civil); y recíprocamente el locador tiene la misma acción contra el sublocatario (art. 1592). También se da la acción directa en otros preceptos del Código Civil (p.ej., art. 1645).

En el campo del derecho comercial y a pesar del eufemismo que implica la expresión legal *citación en garantía*, es indudable que si el damnificado puede accionar directamente contra el asegurador de quien le causó el daño, dispone de una acción directa.

²⁸ Ver CNCom, Sala E, 4/4/89, JA, 1989-III-602. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, p. 641 y 668.

Aplicada a nuestro tema, la acción directa permitiría al damnificado ejercer contra el fabricante la acción que contra éste le correspondería al intermediario. SASSOT piensa que es una solución forzada, pues, en realidad, el intermediario no tiene contra el fabricante ningún crédito directo por el daño sufrido por el consumidor, de modo que la acción directa de éste no tendría un objeto sobre el cual recaer.

c) *EL CASO "RINCÓN DE ÁVILA SCA c/COOPER ARGENTINA SA"*. En este juicio se reclamó por la muerte de varios bovinos que habían sido vacunados contra la aftosa con un producto de la demandada y que pese a ello contrajeron el virus: el tribunal amplía el concepto de responsabilidad contractual y admite la demanda directa contra el fabricante por parte de quien no había contratado con él. Dice el fallo: "La posibilidad de que pueda demandarse la responsabilidad del fabricante del producto elaborado por quien no contrató con él, se basa en lo que puede denominarse los deberes del tráfico que vinculan al fabricante con el consumidor mediante la realización de ventas encadenadas, que darían así lugar a obligaciones contractuales de protección, asumidas frente a terceros"²⁹.

La sentencia se funda en los deberes del tráfico resultante de ventas encadenadas: del fabricante al mayorista, de éste al minorista y así sucesivamente, hasta llegar al usuario. Califica la actuación de los intermediarios como de *negocios auxiliares* integrantes del movimiento puesto en marcha por el fabricante para llegar al consumidor final.

El fallo menciona como uno de sus fundamentos a la *garantía* debida por el fabricante a los intermediarios, a través de los cuales la recibe el consumidor final, por una suerte de cesión tácita de acciones.

Dijo el doctor NAVEIRA en su voto: "La indicación de la necesidad de reforzar la vacunación efectivamente efectuada en los animales muertos debió estar contenida en el recipiente o en un prospecto que así lo indicara. Tal indicación o recomendación no existió en el caso, no constituyendo obviamente justificación la circunstancia de que al fabricante le esté prohibido comerciar directamente el producto o no lo haga por propia conveniencia. Este argumento me parece francamente irrelevante a los efectos pretendidos por la fabricante, y de admitirse como norma general significaría sin duda desquiciar el régimen legal atributivo de la responsabilidad. Tal convicción lleva a desechar de plano el argumento de la sociedad demandada, en el sentido de que la recomendación en cuestión no

²⁹ CNCom, Sala B, 25/9/85, JA, 1986-III-26 y ED, 120-149.

es una obligación legal impuesta a su parte, habida cuenta que tampoco lo es, para el usuario, reforzar con una nueva aplicación dentro del corto lapso, las vacunas aplicadas en primovacunados”.

A continuación agrega: “Hay así, a mi juicio, una omisión en la información al usuario –factor de imputación de responsabilidad subjetiva– que sitúa al caso dentro del marco de los arts. 1109, 512 y concs., del Cód. Civil. No se me escapa que lo que vengo diciendo significa *ensanchar* la responsabilidad contractual; ensanchamiento que posibilita que, en casos como el presente, se puede demandar al fabricante del producto por quien no contrató. La razón de este fenómeno asienta en lo que puede denominarse los deberes del tráfico que vinculan al fabricante con el consumidor mediante la realización de ventas encadenadas que darían así lugar a obligaciones contractuales de protección asumidas frente a terceros”.

Afirma después: “La compraventa normal es un contrato singular. En cambio, la salida de mercancías implica diversos contratos de compraventa unidos entre sí: el fabricante vende al mayorista, éste al comerciante intermediario o minorista, y a través de éste la mercancía llega al usuario. Por tanto, la venta de mercadería sólo es completa cuando se ha efectuado esta serie de contratos necesariamente vinculados recíprocamente. Ni la venta de la mercadería al mayorista, ni la venta ulterior de éste al minorista, tienen significación aislada y es únicamente como negocios auxiliares integrantes del movimiento que parte del fabricante y llega hasta el usuario, como todos esos contratos adquieren importancia. Siguiendo este enfoque y en un caso de ventas sucesivas del mismo producto en razón de su distribución comercial –*vendita a catena* como dicen los italianos– la Corte de Casación de ese país resolvió que el último adquirente puede demandar directamente al productor de la cadena de intermediarios”.

Más adelante, agrega NAVEIRA: “Se llega a igual conclusión si se echa mano del argumento que alude a una transmisión tácita de la garantía debida por el fabricante a los distintos intermediarios de quienes las recibe el consumidor final; existiría una suerte de cesión del crédito que puede en muchos casos ser expresa (cuando el fabricante expide el certificado de garantía de fabricación), o tácita”.

d) *ADQUIRENTE “VERSUS” VENDEDOR (SEA O NO EL FABRICANTE)*. Dijo GARZÓN VIEYRA en el fallo mencionado en el apartado anterior: “En caso de reclamación del comprador (usuario o consumidor) frente al vendedor (o vendedor-fabricante) del producto viciado, existe una *responsabilidad contractual* por incumplimiento que deriva de la violación de una obligación que corre implícita en la prestación principal de la relación contractual, sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales para regir las distintas formas que tal incum-

plimiento pudo haber asumido. Es decir que el pretensor podrá ejercer, si el tipo de defecto lo permite y se halla en tiempo hábil, la acción rescisoria (y en su caso acumular la de daños y perjuicios) o la acción estimatoria o de rebaja de precio (arts. 2174, 2175 y 2176, Cód. Civil), pero también puede intentar la acción de responsabilidad contractual que deriva de la obligación denominada por algunos, de *seguridad*, y por otros *obligación de garantía hacia la comunidad*, por la que aseguran que el proceso de elaboración se ha realizado sin deficiencias y que su resultado o sea, el producto, está listo para ser usado o consumido sin que se experimenten situaciones dañosas.

La violación de este deber contractual de *seguridad* importa una última transgresión del contrato y configura un caso de responsabilidad contractual³⁰.

§ 130. **CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE O ELABORADOR.** – El fabricante o elaborador se libera, total o parcialmente, si prueba que el daño sufrido por el adquirente se debe a las siguientes circunstancias: *a*) caso fortuito extraño a la empresa; *b*) culpa de la víctima, y *c*) el hecho del tercero por quien no debe responder. Pero el fabricante o elaborador no se libera por la circunstancia de contar el producto con autorización estatal para su comercialización.

El caso fortuito como eximente de la responsabilidad del daño por el producto elaborado sólo puede admitirse cuando no exista vicio en la cosa, porque si ese vicio existe constituye el presupuesto para la producción del daño, de modo que el caso fortuito no podrá determinar la liberación de responsabilidad. ALTERINI y LÓPEZ CABANA exponen el ejemplo del automóvil, producto de la industria automotriz, cuyo vicio interno de fabricación es normalmente causa del daño producido.

El vicio supone siempre un defecto interno de la cosa. Por lo tanto, el caso fortuito no puede en principio ser alegado como eximente, salvo que posea una eficiencia causal excluyente en la producción del daño. Para la teoría de la responsabilidad objetiva, acreditada la relación de causalidad entre el vicio de fabricación o elaboración y el daño, el productor no se libera probando que de su parte no hubo culpa, por lo que quienes se enrolan en ella –pensamos que es la opinión mayoritaria– rechazan la posibilidad de pretender la liberación demostrando la diligencia adecuada y, en consecuencia, se sostiene que no hay liberación de responsabilidad para el fabricante o elaborador, aun cuando pretenda acreditar que la causa del defecto permanece desconocida.

³⁰ CNCCom, Sala B, 25/9/85, JA, 1986-III-26 y ED, 120-149.

§ 131. **VICIO DE LA COSA DERIVADO DE UNO DE SUS COMPONENTES NO ELABORADOS POR EL FABRICANTE.** – El fabricante o elaborador responde igualmente, en tales casos, sin perjuicio de su derecho de repetición. La misma solución cabe –sostienen ALTERINI y LÓPEZ CABANA– cuando el fabricante ha encargado los diseños del producto o ha derivado el control de calidad a un tercero.

Cuando el producto resulta de la actividad de varios elaboradores, ¿hay responsabilidad concurrente de todos ellos? ALTERINI y LÓPEZ CABANA recuerdan que en la locación de obra el art. 1646 del Cód. Civil asigna responsabilidad por ruina, concurrentemente, al constructor, al director de la obra y al proyectista según las circunstancias, lo cual por vía analógica podría aplicarse a casos semejantes.

Otro supuesto será cuando haya intervención simultánea de varios fabricantes que atienden distintos aspectos de la producción, y no sea factible determinar cuál de ellos generó el daño por defecto de fabricación. En opinión de ALTERINI y LÓPEZ CABANA, puede plantearse como una hipótesis de responsabilidad colectiva, caso en el cual habría responsabilidad conjunta simplemente mancomunada³¹.

§ 132. **RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR QUE VENDE DIRECTAMENTE AL CONSUMIDOR FINAL.** – Aunque no sea fabricante o productor, el que vende al consumidor final, ¿es responsable frente a éste por un vicio de fabricación? La respuesta positiva parte de la base de que existe una obligación de garantía o seguridad que impone al vendedor la carga de preservar al consumidor final como resultante de su obligación de seguridad que le impone garantizar al consumidor que el elemento no le ocasionará daños; pero el vendedor se exime de responder acreditando ser un mero transmisor vehicular del producto, y por demostración de que el vicio surge en el proceso elaborativo, para cuya exoneración debe reunir los siguientes requisitos: a) que el vicio sea exclusivamente de fabricación o de una manipulación en la que no tuvo ninguna intervención; b) que no tuvo y no podía tener conocimiento del defecto en razón de su arte o profesión, y c) que le resultaba imposible controlar la calidad del producto (siempre que no haya asumido personalmente la garantía por su bondad).

³¹ ALTERINI - LÓPEZ CABANA, *La rescindibilidad unilateral*, LL, 1991-D-815; estos autores dicen que la responsabilidad del vendedor directo (sea intermediario o fabricante) frente al adquirente es contractual y tiene como fundamento una obligación de seguridad o garantía, que asume el enajenante. Esta obligación acompaña al contrato oneroso, y es de las llamadas de *resultado* o de *finés*. El vendedor se exime de responder cuando prueba: a) la culpa de la víctima; b) el hecho de un tercero por quien él no debe responder, y c) el caso fortuito extraño a la cosa. Ver también, COMPAGNUCCI DE CASO, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, "Revista Jurídica de San Isidro", 1988-24-17.

El vendedor puede –y ésta es la regla– ignorar el contenido de un producto envasado; pero no puede exonerarse cuando dicho producto tiene fecha vencida o ha sido almacenado inadecuadamente o lo ha adquirido a empresa de dudosa reputación, etcétera.

Se ha dicho en el fallo citado en el § 129, c: “El veterinario –quien según las pruebas producidas en autos cumplía todos los recaudos relativos a la conservación de la mercadería y aplicó las vacunas personalmente– no es obviamente fabricante de las mismas. No ha participado así en el proceso de producción de la mercadería ni tiene en sus manos la posibilidad de verificar cada unidad que le es entregada. Tampoco está vinculado con el adquirente por garantías extendidas por el fabricante como podría resultar de otro tipo de contratos como, por ejemplo, el de concesionario de automotores. Su responsabilidad debe entonces ser desechada”³².

§ 133. **RESPONSABILIDAD DEL INTERMEDIARIO.** – El importador, distribuidor o mayorista, minorista, etc., ¿puede ser demandado por el consumidor final que ha sufrido un perjuicio ocasionado por un vicio de fabricación del producto? Se sostiene que la responsabilidad objetiva derivada de la comercialización de productos elaborados recae también sobre quien constituya un eslabón ulterior en la cadena de distribución. Se parte de la base que el intermediario garantiza por vicios redhibitorios (arts. 2164, 2166, 2172 y, especialmente, 2174, Cód. Civil; art. 473, Cód. de Comercio), sin que pueda alegar su desconocimiento del vicio, pero no podrá exonerarse si “*conoce o debía conocer, por razón de su oficio o arte, los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, y no los manifestó al comprador*” (art. 2176). Esto último incide en el caso del producto que está etiquetado o rotulado, situación distinta de la contemplada por el art. 472 del Cód. de Comercio (géneros “en fardos o bajo cubiertas”), ya que el intermediario no puede dejar de examinar su contenido.

Cabe similar respuesta cuando alguno de los intermediarios, en la cadena de comercialización del producto, ha sufrido un daño mientras éste se hallaba en su poder. Si bien el Poder Ejecutivo vetó el art. 40 de la ley 24.240, el art. 3º declara obligados al cumplimiento de esta ley a todos los que intervienen en la cadena de comercialización.

§ 134. **RESPONSABILIDAD DEL EXPORTADOR Y DEL IMPORTADOR POR LOS PRODUCTOS ELABORADOS.** – Conviene tener presente, como criterio

³² CNCom, Sala B, 25/9/85, JA, 1986-III-26 y ss., y ED, 120-149 y siguientes. Ver HISE, *Responsabilidad de los veterinarios*, en GHERSI (dir.), “Responsabilidad profesional”, t. 3, p. 152, § 59.

orientador en este tema, a la Convención europea sobre la responsabilidad por el hecho de los productos en caso de lesiones corporales o de deceso que, en orden a la responsabilidad del importador, consigna: "Aquel que ha importado un producto a fin de ponerlo en circulación en el cuadro de una actividad profesional y toda persona que ha presentado un producto como su producto, haciendo figurar sobre el mismo su nombre, su marca de fábrica u otro signo distintivo, serán considerados como productores en el sentido de la presente Convención y serán responsables como tales" (art. 3º, párr. 2º).

La ley 24.240 sienta este principio en el art. 18: "La aplicación de las disposiciones precedentes, no obsta a la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios. En caso de vicio redhibitorio: a) a instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el art. 2176 del Cód. Civil; b) el art. 2170 del Cód. Civil no podrá ser opuesto al consumidor". La ley 24.240 hace responsable al importador por las consecuencias de los productos que él coloca en el mercado (arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 9º, 10, 12 y 14).

Coincidimos con ANDORNO en cuanto a que los distintos problemas que puede acarrear la importación de productos elaborados exige la celebración de tratados entre las distintas naciones tendientes a determinar el derecho aplicable, así como los órganos jurisdiccionales ante los cuales podrán acudir los consumidores reclamando los daños y perjuicios derivados del consumo o utilización de productos nocivos o peligrosos.

Cabe tener presente también la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías (celebrada en 1980 y ratificada por la Argentina, entre otros países, mediante ley 22.765, que rige desde el 1º de enero de 1988). En la sección II, donde se especifican los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador en el ámbito internacional, esta Convención expresa que rige el principio general incorporado al art. 45, inc. 2º, según el cual el comprador no perderá derecho a reclamar por daños y perjuicios aunque ejercite cualquier otra acción. Por lo tanto, así como la acción de daños y perjuicios puede ser la única ejercida por el comprador, también puede ser interpuesta como acción accesoria, a fin de sanear el desmedro patrimonial sufrido por la demora en la entrega o por la entrega anticipada, por los defectos de las mercaderías vendidas, o por la entrega parcial del vendedor. Pero, en verdad, esta Convención no se ocupa explícitamente de la responsabilidad por productos elaborados frente al consumidor, sino preferentemente de las relaciones interempresarias, por lo que resulta correcta la observación de ANDORNO, pues frente al creciente incremento del intercambio de productos fabricados o elaborados entre los diferentes países resulta cada día más conveniente la celebración

de tratados y la incorporación a las legislaciones internas de normas que determinen el derecho aplicable, así como determinar los órganos jurisdiccionales que intervendrán en las cuestiones que se susciten en materia de responsabilidad del fabricante por los productos fabricados o elaborados. Esto facilitará, a los consumidores, una adecuada y expeditiva defensa de sus derechos conforme a los siguientes principios rectores:

a) La responsabilidad del fabricante de productos de exportación frente al consumidor no puede ser limitada o descartada por una cláusula limitativa o exoneratoria de responsabilidad.

b) La responsabilidad a cargo del fabricante de productos de exportación se sustenta en la seguridad prometida al consumidor, o en la razonablemente esperada por éste en torno a la inocuidad del producto.

c) Tanto a nivel nacional como internacional, se debe organizar un régimen legal que establezca la responsabilidad solidaria (o por lo menos concurrente) de los fabricantes, vendedores, concesionarios, importadores, o sea de todas las personas que intervengan en la distribución del producto, frente al consumidor o usuario, sin perjuicio de las correspondientes acciones de reembolso.

§ 135. **PRODUCTO FABRICADO BAJO CONTROL ESTATAL.** – Sobre esta cuestión creemos interesante reproducir lo expuesto en el fallo ya mencionado (§ 129, c). “Sabido es que la puesta en el mercado de productos elaborados exige la autorización de la autoridad administrativa de contralor la cual, de acuerdo a las circunstancias del caso, realiza controles sobre muestras en lo relativo a las condiciones de calidad, inocuidad, seguridad, que ofrece el producto. Tal cosa es así según resulta del informe del SENASA (que es el órgano de control estatal en este caso) como por otra parte es lógico y de aplicación general (p.ej., art. 12 y ss., ley 22.802). La autorización estatal así concedida previo el examen de muestras y no de la totalidad de las vacunas fabricadas, no exime de responsabilidad al fabricante si el producto causare daño en razón de un vicio de fabricación. Se ha dicho al respecto (con criterio al que adhiero), que sería exonerar al fabricante que escudándose en una autorización estatal, puso en el mercado un producto dañoso. Los controles estatales integran la protección del consumidor por lo que resultaría desatinado considerarlos eximentes de responsabilidad del fabricante si el producto, no obstante, causa daño sea por la deficiencia del control estatal, o por defectuosa elaboración”.

Más adelante dice: “Además, en este mismo aspecto, cabe recordar lo que esta Sala tuviese la oportunidad de resolver en la sentencia recaída en los autos ‘Coprave SA c/Asociación de Cooperativas

(Coop. Ltda.)', en fecha 30 de diciembre de 1981 (ver 'Revista Jurídica Argentina del Seguro, la Empresa y la Responsabilidad', Bs. As., 1983, n° 1, p. 184 y ss.), en el sentido de destacar lo que se relaciona con la responsabilidad 'profesional' del 'fabricante' de productos, cuya actividad se halla bajo el control del Estado a raíz del 'interés general' comprometido, y para el ejercicio de la cual, se requiere un tipo especial de 'habilitación', sin la que no puede ejercerse. Esta circunstancia cuantifica a su respecto la aplicación de las pautas previstas en los arts. 512, 902 y 909 del Cód. Civil. Pero al margen de lo anteriormente expuesto, también corresponde destacar para definir con una mayor nitidez el perfil de la responsabilidad del fabricante en la emergencia que se analiza en estos autos, que la demandada asumió una 'obligación de resultado', frente al futuro consumidor, consistente en la entrega de un producto para cumplir una finalidad que constituye la razón comercial que sirve para su promoción y eventual estímulo en el comprador para su adquisición. Y en esta obligación de resultado, la conducta del deudor está implicada como un imperativo ético y práctico para llegar al resultado esperado por el consumidor. Como consecuencia de ello, en la obligación de resultado la conducta en tal dirección está absorbida por el deudor y ella se agota recién con la obtención de aquél. El deudor promete un fin determinado que constituye la 'legítima' expectativa del acreedor, a diferencia de la obligación de medio en que el deudor promete una conducta cuyo objetivo es únicamente una 'razonable' expectativa del acreedor"³³.

Desde otro punto de vista, pero siempre dentro del esquema legal y jurídico, el fallo agrega algunas consideraciones sobre un aspecto que el tribunal pone de resalto: lo referente a la buena fe en el fabricante, planteada como un imperativo frente al consumidor que "confiadamente" adquiere el producto elaborado por aquél.

§ 136. **CASOS EN QUE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR PRODUCTOS ELABORADOS SE DEBE FUNDAR EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EN LA EXTRA CONTRACTUAL. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES.** - Veamos en qué se funda la diferencia.

a) *CONTRACTUAL.* Cuando el damnificado reclama la indemnización de los daños producidos por el producto elaborado a la persona con quien celebró el contrato, no hay duda de que el caso debe encuadrarse dentro de la responsabilidad contractual. Pero el debate se plantea cuando el damnificado intenta la acción contra la persona con quien no ha celebrado el contrato, ya se trate del fabricante

³³ CNCom, Sala B, 25/9/85, JA, 1986-III-26 y ss., y ED, 120-149 y siguientes.

o elaborador del producto o de un interviniente en la cadena de comercialización (importador, distribuidor o mayorista).

Según lo resuelto en el fallo analizado en el citado fallo “Rincón de Ávila”, el tribunal encuadró la responsabilidad del fabricante –no vendedor directo– en la responsabilidad contractual. En el mismo sentido se ha dicho: “La circunstancia de que los actores fundaran su pretensión en la esfera extracontractual y que la sentencia funde su decisión sobre la base de dicho encuadre normativo, el que no fue objeto de expreso agravio, no es obstáculo para que la Cámara, por imperio del brocardico *iura novit curia* y siempre que no menoscabe el derecho de defensa, ejerza su facultad de elegir la norma o normas en que se ha de subsumir la concreta situación de hecho, atento a que ésta no se encuentra vinculada por el derecho que invoquen los litigantes, ni por el que apliquen los jueces en las decisiones que les llegan en revisión”³⁴.

Agregando a continuación el fallo: “Aunque la demanda de daños y perjuicios, se fundara, en la comisión de un hecho ilícito, esto no impide al juez que la resuelva considerando que hubo incumplimiento contractual”³⁵.

Veamos ahora otro antecedente jurisprudencial sobre responsabilidad por productos elaborados: el actor compró a un tercero una heladera de determinada marca; posteriormente demandó indemnización por incumplimiento de la garantía que se debió prestar a raíz del mal funcionamiento del artefacto, ya que ésta había sido otorgada por la empresa fabricante.

Así el fallo expresa: “La garantía que un fabricante otorga sobre sus productos implica la asunción de una obligación unilateral por la que se estipula una ventaja a favor del comprador de los mismos; obligación que, al ser reiteradamente incumplida da lugar al funcionamiento, por un lado del art. 505, inc. 3º, del Cód. Civil y, por otro, de lo dispuesto en los arts. 625 y 628 del mismo cuerpo legal”. El juez de primera instancia invocó el art. 504 del Cód. Civil.

Dice la sentencia de Cámara: “La *garantía de seguridad* que apunta a resguardar de todo daño al consumidor del producto elaborado, está implícita, pero indudablemente comprendida, dentro de las *obligaciones contractuales* que necesariamente ha asumido el fabricante vendedor del producto, sobre todo como sucede en el presente caso, en que Surrey SA otorgó una garantía sobre el producto vendido”³⁶.

³⁴ CI°CivCom La Plata, Sala III, 27/10/83, JA, 1988-III-852.

³⁵ CI°CivCom Mercedes, 4/4/72, JA, 1988-III-859.

³⁶ CNCom, Sala B, 30/12/88, ED, 136-656.

b) *EXTRACONTRACTUAL*. En la opinión de destacados juristas, habrá responsabilidad extracontractual (o aquiliana) y no contractual cuando³⁷: a) el consumidor final reclama indemnización a algún interviniente en el proceso de comercialización que no es aquel que le proveyó directamente la cosa, sea el fabricante no vendedor, o alguien que intervino anteriormente en el proceso de comercialización; b) un intermediario pretende ser resarcido por quien no fue su proveedor inmediato, pero que intervino en la cadena de comercialización del producto nocivo, y c) la víctima ejerce la opción a que la autoriza el art. 1107 del Cód. Civil (aunque se trate de supuestos propios de la responsabilidad contractual).

§ 137. **FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA PARA LA CUAL EXISTE SÓLO RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL EN LOS SUPUESTOS ENUMERADOS PRECEDENTEMENTE.** – Según esta opinión, la responsabilidad es extracontractual toda vez que entre el responsable del daño ocasionado por el producto elaborado y el perjudicado no ha existido un vínculo contractual (art. 1199, Cód. Civil); partiendo de la base de que existe una responsabilidad objetiva, por cuanto el responsable del daño ocasionado por el producto sólo se libera si prueba la existencia de una causa extraña, exonerante de esa responsabilidad, ya que el sentir generalizado es eximir a la víctima de tener que probar la culpa del fabricante o productor y, correlativamente, no liberar a éste ante la mera prueba de ausencia de su culpa. Este criterio se compadece –conforme expresan ALTERINI y LÓPEZ CABANA– con la orientación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema, en cuanto entiende que los fallos no deben ofender “el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la carta magna”³⁸.

Bien advierten estos autores que la aplicabilidad del art. 1113 del Cód. Civil, en sustento de esta imputación objetiva, ha debido superar estas aseveraciones que actuaban como escollos: a) que la cosa nociva produce el daño cuando ya ha salido del dominio y de la guarda del fabricante o productor, a lo cual se contesta que debe responder “el dueño o guardián en el momento de introducción del riesgo”, porque tal responsabilidad no está “necesariamente vinculada con la regulación del derecho real de dominio”, y b) que el citado

³⁷ Ver ALTERINI - LÓPEZ CABANA, *La rescindibilidad unilateral*, LL, 1991-D-815.

³⁸ Como señalan ALTERINI y LÓPEZ CABANA, para llegar a esta conclusión se acude a diversos fundamentos: a) para unos la culpa del fabricante o productor o elaborador resulta *in re ipsa* de la existencia del vicio, y b) para otros se trata de un caso de imputación objetiva de responsabilidad (*La rescindibilidad unilateral*, LL, 1991-D-815 y siguientes).

art. 1113 alude al riesgo o vicio “de la cosa” en tanto que la responsabilidad aquí analizada alcanza tanto a la deficiente información como a la publicidad engañosa³⁹.

Por la procedencia de la responsabilidad aquiliana y objetiva se han pronunciado estos fallos: “Responderá una empresa embotelladora, en virtud del art. 1113, párr. 2º, del Cód. Civil, por las lesiones sufridas por un menor, provocadas por el estallido de una botella de gaseosa ocurrido durante una operación de descarga, hecho que le ocasionó la pérdida de visión de un ojo” (del fallo de 1ª instancia)⁴⁰. En verdad, en esta causa el problema es ajeno a la protección del consumidor y la responsabilidad aquiliana es clara. No obstante, el fallo interesa en cuanto destaca la responsabilidad de la empresa embotelladora.

“La indemnización por daños y perjuicios acaecidos a raíz de la explosión de un sifón en virtud que la cosa causante del daño llevaba en sí misma la condición determinante del perjuicio, debe ser satisfecha por el fabricante, en forma solidaria con los distribuidores”⁴¹.

§ 138. **RESPONSABILIDAD DEL CONCEDENTE DE UN BAR O RESTAURANTE POR HECHOS DEL CONCESIONARIO.** – Puede ocurrir que el concesionario de un bar o restaurante sea causante del daño que sufre el cliente al consumir un producto elaborado. ¿En qué medida responde el concedente frente a la víctima? Para determinar la responsabilidad del concedente se ha acudido a los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil. Señalan MEREDIZ y SEABIAGA⁴² que aplicar el art. 1109 en estos casos, significa atribuir a la “culpa”, mayor alcance que el que implica un mero incumplimiento de la obligación de obrar con prudencia; no obstante –expresan estos autores– existen fallos de Cámara que se basaron en el art. 1109 del Cód. Civil.

Por ejemplo, un juicio contra un club social que se promueve a raíz del fallecimiento de una socia, a causa de una intoxicación provocada por alimentos servidos en una cena organizada por ese club, pero provistos por un concesionario (no existía vínculo contractual alguno directo entre el concesionario y la víctima). La Cámara condenó al club concedente aplicando el art. 1109 del Código, por existir negligencia del club que, incumpliendo su deber (*culpa in vigilando*), posibilitó el perjuicio.

³⁹ ALTERINI - LÓPEZ CABANA, *La rescindibilidad unilateral, LL*, 1991-D-815 y siguientes.

⁴⁰ CNCiv, Sala B, 19/6/84, *JA*, 1988-III-858, sum. 79.

⁴¹ CIº CivCom Mercedes, 4/4/72, *JA*, 1988-III-859, sum. 92.

⁴² MEREDIZ - SEABIAGA, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, “Revista Jurídica de San Isidro”, 1988-24-26.

En cuanto a la aplicación del art. 1113 para determinar la responsabilidad del concedente, MEREDIZ y SEABIAGA citan la sentencia dictada en un caso de muerte por intoxicación del cliente de un restaurante. La Corte decidió la responsabilidad del concedente, quien no probó que de su parte no había culpa. Se interpretó en forma amplia la palabra *dueño* del art. 1113 del Cód. Civil⁴³.

§ 139. **LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR LOS PRODUCTOS ELABORADOS. TUTELA (O PROTECCIÓN) DE LA CONFIANZA.** – El fabricante, productor o elaborador está ligado por una *obligación de seguridad* respecto de quien adquiere la cosa. Este principio vale tanto para los supuestos de responsabilidad contractual como para los de responsabilidad aquiliana. El consumidor confía en esa seguridad (de otro modo no habría contratado), lo cual tiene su sustento normativo en el art. 1198, párr. 1º, del Cód. Civil: “*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*”. Quien lanza el producto al mercado garantiza que no ha de causar daños al cocontratante, si éste lo utiliza conforme a su naturaleza e instrucciones. Con respecto a esta obligación de seguridad, señala VÁZQUEZ FERREYRA: “Podemos decir que la idea de las obligaciones de seguridad nace como un elemento más en la ampliación de la teoría general de la reparación, como una nueva solución tendiente a lograr la plena indemnización de un daño injustamente causado. Ése fue justamente, como veremos, su origen en el derecho francés que se remonta a principios de siglo”⁴⁴.

Advierte más adelante que es común asimilar el nombre de obligación de seguridad con el de deber de seguridad. Sin perjuicio de las aclaraciones que corresponde hacer cuando se estudia el fenómeno en el ámbito del derecho laboral, en el cual la ley de contrato de trabajo 20.744 habla de *deber de seguridad* en su art. 75, es preferible utilizar el nombre de *obligación de seguridad*. Ello es así por cuanto estamos frente a un supuesto específico de obligación de origen contractual que responde al concepto de relación jurídica en virtud de la cual, una persona determinada, para satisfacer un interés de otra persona (que tiene derecho a exigir su cumplimiento), está obligada a actuar resguardando la integridad física o patrimonial de esta última⁴⁵.

⁴³ MEREDIZ - SEABIAGA, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, “Revista Jurídica de San Isidro”, 1988-24-26 y siguientes.

⁴⁴ VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad*, p. 99.

⁴⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad*, p. 101.

Según expresa VÁZQUEZ FERREYRA, “el instituto en estudio ve su nacimiento tal cual hoy lo conocemos en el célebre fallo de la Corte de Casación francesa del 21 de noviembre de 1911, en el cual la Corte descubrió en el contrato de transporte de personas junto a las obligaciones principales que asumen las partes, una obligación determinada de conducir al pasajero sano y salvo a destino. En la sentencia, en realidad se trataba de saber si era o no aplicable una cláusula del contrato de transporte que fijaba la competencia de un tribunal determinado. Si se trataba de responsabilidad contractual, el interrogante merecía respuesta afirmativa”⁴⁶.

Luego agrega: la obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación en base al principio de buena fe⁴⁷.

Aclara este autor que es preciso distinguir nítidamente a estas obligaciones que aquí estamos estudiando (“obligación de seguridad” y “deber de seguridad”) del llamado “deber de garantía” y del deber general de no dañar (*neminem lædere*). En cuanto al deber de garantía, está referido a otro presupuesto del deber de reparar, esto es, al factor de atribución. Se trata de un factor de atribución de tipo objetivo, que fundamenta en algunos supuestos la responsabilidad refleja por el hecho de un tercero. Por ejemplo, es el fundamento de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente que en nuestro ordenamiento jurídico la encontramos consagrada en el art. 1113, párr. 1º, del Cód. Civil⁴⁸. Así, BUSTAMANTE ALSINA, al analizar el art. 1113, párr. 1º, del Cód. Civil, refiriéndose al deber de garantía (que no es precisamente la obligación de seguridad que nos ocupa), dice: “A la luz de las nuevas concepciones sobre responsabilidad parece indudable que el fundamento de esta norma no puede hallarse en la culpa, sino en la necesidad de garantizar a los terceros por la acción eventualmente dañosa de las personas que actúan en el interés de otros... Es por ello que parece más ajustado llamar a este factor de responsabilidad deber de garantía. Como expresa ORGAZ, la ley por razones prácticas y de justicia, constituye al principal garante ante la víctima”⁴⁹.

⁴⁶ VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad*, p. 102.

⁴⁷ Fallo citado por VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad*, p. 103 a 105.

⁴⁸ VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad*, p. 111.

⁴⁹ BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil*, p. 290 y siguientes.

En cambio, la obligación de seguridad es una típica obligación de resultado, cuyo mal cumplimiento genera la responsabilidad objetiva del proveedor, expresan BORAGINA, AGOGLIA y MEZA⁵⁰.

El factor de aposición del daño será, entonces, un *crédito a la seguridad*, inserto en el género “garantía”. Siendo una hipótesis de responsabilidad objetiva, el análisis de la conducta del sindicado como responsable queda fuera de la cuestión; el fabricante o elaborador no podrá intentar válidamente demostrar su inculpabilidad sobre la base de que desconocía el defecto o estaba en la imposibilidad física o técnica de conocerlo.

Su responsabilidad nace desde el momento que lanza el producto en el mercado. En este sentido se ha expresado así en el citado fallo “Rincón de Ávila c/Cooper Argentina SA”: “La *tutela o protección* de la confianza responde a un criterio general en el que se inspira el legislador, que no está solamente previsto para superar el conflicto entre la voluntad y su manifestación, sino que ha terminado por afirmarse en un concepto ‘integral’ de aquélla, en el sentido de que el negocio o manifestación de la voluntad constriñe, no porque así se ha querido, sino principalmente, porque el otro contratante ha creído cuanto se le ha dicho. De ahí que la obligación contractual surge cuando su contenido se basa en la ‘fiducia’ (confianza), inherente con la armonía que la ley reconoce e impone. Esta tutela de la confianza se basa especialmente en la valoración objetiva de las situaciones cuando el interesado (en el caso de autos, el consumidor) ha tenido motivos para fiarse de que el fabricante del producto le iba a entregar la mercadería correcta y adecuada para la finalidad que se perseguía”.

§ 140. **ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS ELABORADOS.** – La responsabilidad emergente de daños causados por productos elaborados, es comprensiva no sólo de la compraventa, sino de todos aquellos negocios que impliquen la tradición o pérdida del control material de la cosa por parte de quien la distribuye.

§ 141. **PRODUCTO CUYO CARÁCTER NOCIVO SE DESCUBRE LUEGO DE LANZADO AL MERCADO.** – Se ha discutido si puede atribuirse responsabilidad al fabricante o productor de la mercadería que al momento de la comercialización no era considerada nociva, pero que más tarde revela su nocividad, lo que ocurre con frecuencia en materia de productos farmacéuticos, cuyo carácter morbífico suele ser descubrier-

⁵⁰ BORAGINA - AGOGLIA - MEZA, *Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos*, JA, 1990-IV-886.

to mucho después de habérselos puesto en el comercio. Según ALTERINI y LÓPEZ CABANA, esto involucra la teoría de RUMELIN en materia de relación causal, para la cual serían adecuadas las consecuencias no conocidas en el momento del hecho pero descubiertas más tarde⁵¹ aunque estos autores reconocen que el tema ha generado dudas interpretativas.

a) “RIESGOS DEL DESARROLLO” CIENTÍFICO O TECNOLÓGICO. Este tema se liga directamente con el planteado al inicio del párrafo, pues los denominados *riesgos del desarrollo* se refieren a la nocividad de un producto que se manifiesta tiempo después, pero que en el momento de ser lanzado al mercado era considerado inocuo⁵².

No es raro que investigaciones posteriores basadas en nuevos aportes científicos descubran la potencialidad dañosa del producto, cuyos efectos no se advierten de inmediato.

Acerca de la responsabilidad en estos casos, se plantean dos posturas opuestas:

1) La empresa no puede alegar en su favor la opinión científica generalizada sobre la inocuidad del producto en el momento de lanzarlo al mercado, si posteriores conocimientos prueban su dañinidad, pues, tratándose de una responsabilidad objetiva fundada en el deber de garantía, el elaborador responde aunque sea desconocida la nocividad potencial del producto al iniciar su comercialización.

2) Según otra opinión, la existencia del defecto de fabricación o potencialidad dañosa del producto deberá juzgarse según las normas científicas y técnicas de uso corriente en la época de puesta en el comercio, y no según los posteriores avances científicos, pues ello implicará responsabilizar al fabricante por circunstancias que no han podido preverse.

b) ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ELABORADOR POR LOS RIESGOS DEL DESARROLLO. Según destacan GOLDENBERG y LÓPEZ CABANA⁵³ se ha expresado que no debe atribuirse al elaborador los riesgos del desarrollo por cuanto:

1) Se trata de un riesgo atípico que no permitiría adoptar políticas de previsión financiera adecuadas.

⁵¹ Un ejemplo de estos casos lo ha dado la “talidomida”, cuyos efectos perniciosos se pusieron en evidencia con el nacimiento de criaturas deformes engendradas por mujeres que habían consumido dicho producto; ver ALTERINI - LÓPEZ CABANA, *La rescindibilidad unilateral*, LL, 1991-D-815 y siguientes.

⁵² GOLDENBERG - LÓPEZ CABANA, *Los riesgos del desarrollo*, JA, 1990-I-917 y siguientes.

⁵³ GOLDENBERG - LÓPEZ CABANA, *Los riesgos del desarrollo*, JA, 1990-I-917 y siguientes.

2) No existe para la ciencia o la técnica un método eficaz para constatar el defecto en el momento de lanzar el producto, lo que impide efectivizar medidas preventivas.

3) Se desalentaría la investigación científica, pues todo lo nuevo está sujeto a riesgos de esta naturaleza.

4) Se encarecerían los costos de producción.

c) *ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD AL ELABORADOR POR LOS RIESGOS DEL DESARROLLO.* En contra de la postura anterior se esgrimen los argumentos que a continuación se detallan, basados en el principio de la responsabilidad objetiva por los productos elaborados⁵⁴.

1) El fabricante debe garantizar la inocuidad de los productos que se lanzan al mercado masivo del consumo, y, por tanto, asumir los riesgos que ellos crean.

2) En el moderno "derecho de daños", se procura tutelar a la víctima, en este caso el consumidor, quien es el que padece el daño, y no al elaborador.

3) El fabricante debe profundizar los estudios sobre probabilidad de riesgo, lo cual requiere un análisis previo de los componentes del producto, su novedad, tiempo de experimentación, efectos secundarios de productos análogos, estado de la ciencia en la rama en que se va a emplear, eventuales destinatarios del producto, etcétera.

4) Resulta un estímulo para la puesta al día y superación de los conocimientos científicos y técnicos.

5) Enriquece la función preventiva, conforme a los más avanzados criterios imperantes en la responsabilidad civil moderna.

d) *LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO.* Se ha dicho que la atribución de responsabilidad en los casos de riesgos derivados del desarrollo científico y técnico, encuentra fundamento dentro del ordenamiento positivo argentino en la ley de medicamentos 16.463, que exige la adecuación periódica de la farmacopea de acuerdo con el progreso de la ciencia (arts. 8° y 11), disposiciones que pueden ha-

⁵⁴ GOLDENBERG - LÓPEZ CABANA, *Los riesgos del desarrollo*, JA, 1990-I-917 y ss.; allí expresan: "En cuanto al alegado encarecimiento de los costos, se ha señalado que los aseguradores alemanes están dispuestos a cubrir estos riesgos, con la única reserva de que no se entiendan por tales los casos en que un producto simplemente queda anticuado en relación a nuevos métodos y normas sobre seguridad. Para ANDRÉ TUNC la cobertura de los riesgos del desarrollo con un seguro es posible, advirtiendo además que, una vez asumida la que él denomina 'una filosofía del derecho de accidentes', la exclusión de tales riesgos con respecto a la responsabilidad de los fabricantes carece de justificación".

cerse extensivas a otros productos elaborados por aplicación del principio de analogía (art. 16, Cód. Civil)⁵⁵.

Compartimos esta opinión, pero entendemos que el juez, en supuestos de esta naturaleza, deberá graduar la extensión del resarcimiento en cada caso, según lo dispuesto por el art. 902 del Cód. Civil: *"Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos"*. Y lo expresado en el art. 901 *in fine*: *"Las consecuencias mediatas que no pueden preverse, se llaman consecuencias casuales"*.

A su vez, el art. 907 merece una adecuada interpretación si se pretende aplicarlo al tema que nos ocupa. Dice: *"Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido"*.

Los jueces podrán también disponer un resarcimiento a favor de la víctima del daño, fundados en razones de equidad, teniendo en cuenta la importancia del patrimonio del autor del hecho y la situación personal de la víctima".

Indudablemente, la norma no se refiere a la responsabilidad por los productos elaborados que se lanzan masivamente al mercado, y menos al riesgo del desarrollo del conocimiento científico o tecnológico posterior al lanzamiento del producto. Aun así, para quienes acudan a este precepto, cabe señalar dos aspectos contemplados en él: 1) imputa responsabilidad cuando *por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes*, y 2) limita la indemnización correspondiente en tanto en cuanto se hubiera enriquecido el autor del daño.

En cambio a lo último, fácil es advertir que esta limitación no es posible aplicarla al caso de productos elaborados lanzados masivamente al mercado, pues rige en este caso la responsabilidad objetiva, en función del deber de seguridad que tiene el elaborador

⁵⁵ Además de invocar la ley 16.463 para dar fundamento a esta opinión, GOLDENBERG y LÓPEZ CABANA acuden a la nota del art. 2619 del Cód. Civil y dicen: "Por lo demás, nuestro codificador, en la nota puesta al art. 2619 del Cód. Civil expresó, con toda clarividencia, que la autorización administrativa previa no puede privar del derecho a una indemnización, ya que el acto administrativo necesariamente llevaba la condición implícita de no causar perjuicio a tercero. La existencia de autorización estatal no exime —por lo tanto— de responsabilidad al elaborador, si se acredita el vicio o defecto de fabricación del producto que le imprimió dañosidad" (*Los riesgos del desarrollo*, JA, 1990-I-917). Cabe aclarar que el art. 2619 fue derogado por ley 17.711, y se refería a las restricciones y límites del dominio.

frente a todo consumidor que confía en el producto. Por ello, si se acude a la responsabilidad contractual se aplicarán los arts. 519 a 522 del Cód. Civil; mientras que en caso de recurrir a la responsabilidad extracontractual se aplicarán las disposiciones de los arts. 1069, 1078 y concs. del Cód. Civil.

§ 142. **RESPONSABILIDAD DEL PROPIETARIO O GUARDIÁN DE LA COSA.**

La responsabilidad del fabricante no excluye la del propietario o guardián de la cosa por el riesgo o vicio de ella, según lo establece el art. 1113, párr. 2º, del Cód. Civil. Esas responsabilidades son concurrentes aunque se originen en títulos diversos, por lo que la víctima está facultada para demandar a cualquiera de ellos, en forma conjunta o separada.

§ 143. **RESPONSABILIDAD DE LA CONCESIONARIA VENDEDORA (CASO DE VENTA DE AUTOMOTORES).** – En virtud de la relación contractual con el cliente, la concesionaria tiene frente al comprador el deber jurídico de realizar por su cuenta el acondicionamiento, esto es, efectuar todas las reparaciones conducentes a asegurar el buen funcionamiento de la cosa y de reemplazarla por otra en caso de ser necesario, además de instruir al adquirente en el uso correcto del bien. Esta garantía es conceptualmente diferente de la protección legal por vicios redhibitorios, y no está sujeta a la normativa más severa de estos últimos, sino a las condiciones convenidas y a lo que es de uso y práctica (arts. 218, inc. 6º, y 219, Cód. de Comercio). Señala STIGLITZ, comentando el fallo “Rondinella”⁵⁶, que nuestra doctrina sostiene unánimemente que la obligación tácita de garantía que pesa sobre el fabricante vendedor, con fundamento en el principio de la buena fe (art. 1198, Cód. Civil), también recae sobre el vendedor no fabricante (en el caso, el concesionario demandado). Según este autor, el concesionario sólo puede liberarse de responsabilidad en la medida en que se reúnan *conjuntamente* los siguientes requisitos: *a*) que el vicio sea de fabricación; *b*) que el vendedor no haya tenido, debido ni podido conocer el defecto, en razón de su arte o profesión; *c*) que le haya sido objetivamente imposible controlar la calidad del producto, y *d*) que, además, no haya asumido personalmente la garantía.

En el fallo que nos ocupa, el defecto fue de fabricación, por lo cual –en principio– el concesionario pretendió excusarse de responsabilidad, pero, al no concurrir los otros requisitos enumerados, la sentencia resultó condenatoria (además se encontraba vigente la ga-

⁵⁶ Citado por STIGLITZ, *Responsabilidad contractual del vendedor por incumplimiento del deber de seguridad*, JA, 1989-III-606.

rantía asumida por él como concesionario, lo que tornaba ineludible el régimen de responsabilidad contractual).

a) *EL "MANUAL DEL CONCEDENTE AL CONCESIONARIO" COMO FUENTE DE DERECHOS DEL COMPRADOR.* Para ilustrar mejor la orientación de nuestros tribunales sobre este tema, recurrimos al caso "Rondinella", en el cual se planteó que el actor había comprado a la concesionaria demandada un automóvil nuevo, fundando su demanda en cumplimiento defectuoso por graves fallas del vehículo; el fabricante fue citado como tercero. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda: condenó a la concesionaria vendedora en virtud del vínculo contractual con la actora. Respecto de la empresa fabricante del automóvil, dispuso que afectaba la sentencia en los términos del art. 96 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación.

El tribunal de alzada responsabilizó objetivamente tanto a la concesionaria vendedora, por incumplimiento del deber contractual de seguridad, como al fabricante, con fundamento en el art. 1113 del Cód. Civil, que obliga a reparar por los daños derivados de las cosas de que se sirve. Vale decir, en ambos casos, con sustento en *factores objetivos* de atribución de responsabilidad (*garantía y riesgo creado*, respectivamente), que naturalmente brindan el mayor grado de protección a los derechos del consumidor.

Para determinar los alcances de la garantía debida al comprador, el tribunal, en el caso "Rondinella", acudió al manual suministrado por la fábrica concedente al concesionario, el cual expresaba: "La obligación del concesionario bajo esta garantía está limitada al reembolso sin ningún cargo al comprador de las piezas que el concesionario reconozca están defectuosas y sean devueltas por este último". El tribunal entendió que tal cláusula implicaba la obligación de sustituir la unidad defectuosa por otra que satisficiera el cumplimiento específico de la prestación, en la hipótesis más extrema de que las sustituciones o reparaciones parciales no bastaran para colmar la legítima expectativa del usuario o consumidor.

Dice el fallo: "Por lo dicho precedentemente se considera que tiene sustento fáctico y jurídico la decisión del *a quo* de condenar a la obligada por la garantía a sustituir el vehículo defectuoso por otro de iguales características, cero kilómetro al tiempo de cumplimiento de la condena; la solución está implícita en la garantía otorgada y fue pedida por los actores en el escrito inicial de demanda"⁵⁷.

b) *ACCIONES RECURSORIAS.* El vendedor no fabricante o el dueño o guardián de la cosa defectuosa, que fueron condenados en juicio iniciado por el damnificado, tienen una acción recursoria contra el

⁵⁷ CNCom, Sala E, 4/4/89, JA, 1989-III-602.

elaborador. Esta acción de reembolso no exige la prueba del dolo del elaborador aunque exista vínculo contractual con éste⁵⁸.

En definitiva, es el fabricante quien introduce en el medio social la cosa viciosa, por tanto debe responder plenamente por todos los daños que ella cause.

c) *ALCANCES Y EFECTOS DE LA GARANTÍA CONVENCIONAL. LA PRESCRIPCIÓN.* Sobre este punto se dijo en el fallo comentado: "La presente demanda fue deducida durante la vigencia de la *garantía convencional*. Por ser ello así, resultan inaplicables los plazos de prescripción del art. 4023 del Cód. Civil y de los arts. 846 y 847, inc. 3º, del Cód. de Comercio, ni tampoco el plazo más breve previsto para las acciones correspondientes a los vicios redhibitorios (art. 473, Cód. de Comercio)". La acción se funda en la prestación convencional de garantía y puede ejercerse durante un año computado desde la entrega del vehículo al comprador original, con los efectos de dicha garantía.

§ 144. **RESPONSABILIDAD POR LOS PRODUCTOS FARMACOMEDICINALES.** - La responsabilidad civil por tales productos⁵⁹ forma parte de la teoría general sobre responsabilidad por productos elaborados; pero dadas ciertas particularidades que presenta la fabricación y expendio de los medicamentos, se efectúa su estudio como un capítulo específico. En nuestro país, el tema ha merecido su tratamiento en las Jornadas sobre Responsabilidad Civil de Productos Farmacodinicales celebradas en Morón (abril de 1987), de las cuales extraemos las principales conclusiones.

Esta responsabilidad ofrece cierta peculiaridad dado que, si bien en su venta interviene un profesional habilitado (el farmacéutico), el producto medicinal, por lo común, viene herméticamente cerrado, está producido por laboratorios en manos de expertos, sometido, se supone, a controles eficientes, y los productos deben ser previamente autorizados por la autoridad de control.

⁵⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, "Revista Jurídica de San Isidro", 1988-24-17.

⁵⁹ Según ponencia presentada por el Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Morón en las IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, medicamento es toda sustancia curativa. La Organización Mundial de la Salud agrega que siempre se usa en beneficio del individuo. Se dice luego: "En el estado actual de la medicina, los médicos se han olvidado de las fórmulas magistrales (o recetas magistrales) y hacen medicina de cantidad y no de calidad, ello debido al proceso de industrialización y producción en masa de sustancias medicinales. Nosotros nos apoyamos en la doctrina medicamentos-medicina, y no medicamentos-mercancía" ("Revista Jurídica de San Isidro", 1988-24-122). Ver GHERSI, *Responsabilidad del farmacéutico, y Responsabilidad de los directores técnicos de laboratorios*, ambos en GHERSI (dir.), "Responsabilidad profesional", t. 3, p. 75 a 100 y 101 a 121, respectivamente.

a) *CADENA DE CIRCULACIÓN COMERCIAL DEL MEDICAMENTO*. El primer eslabón de la cadena de circulación del medicamento es el *laboratorio productor* (o elaborador).

El segundo eslabón de esta cadena está constituido por la *droguería*, que comercializa, al por mayor, los medicamentos, materiales de curación, hierbas medicinales, o especialidades utilizadas en medicina.

El tercer eslabón es la *farmacia*, establecimiento que expende directamente al público los productos medicinales; aunque, últimamente, algunos son ofrecidos en negocios que no revisten la calidad de farmacia (así ocurre, p.ej., ciertos analgésicos y productos dietéticos).

b) *RESPONSABILIDAD DEL LABORATORIO PRODUCTOR DEL MEDICAMENTO*. La actividad industrial lícita del fabricante de medicamentos implica un riesgo para la salud pública y para el individuo consumidor, o, al decir de ZANNONI, "un riesgo social" que es lícito; y lo es aunque el legislador compute en abstracto *-a priori-* la eventual producción de un daño derivado de esa actividad, que devendrá eventualmente antijurídica si causa, en concreto, un daño⁶⁰.

Se señala, como fundamento de la responsabilidad del elaborador del producto medicinal, la seguridad prometida al consumidor o razonablemente esperada por éste, respecto de la inocuidad del fármaco, y a su efectividad en cuanto a las propiedades curativas indicadas, lo cual involucra el principio de buena fe, y comprende el deber de lealtad y de suministrar una información completa al usuario. La responsabilidad del elaborador comprende al producto terminado, sin discriminación de partes o sustancias en las que hayan intervenido otros fabricantes⁶¹.

No difiere el fundamento de la responsabilidad del fabricante de productos medicinales, de la del elaborador de productos en general; pero, sin duda, adquiere relieves muy particulares, pues el consumidor confía en sus virtudes curativas; pero la sola inocuidad del producto —que en otras sustancias no constituiría un vicio sino una vir-

⁶⁰ Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Morón, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, "Revista Jurídica de San Isidro", 1988-24-122.

⁶¹ LORENZETTI, *Medicamentos y responsabilidad civil*, LL, 1989-D-966, dice: "El elaborador debe tener los conocimientos de un experto (art. 2176, Cód. Civil), lo que supone estar al tanto de todas las noticias científicas de cómo se elabora un medicamento, cuáles son las medidas de seguridad habituales, cuál es el método científico aplicable. Por lo tanto, y a tenor del art. 909 del Cód. Civil, se le exigirá un máximo grado de previsión de las consecuencias dañosas del producto que incorpora al mercado, que sean derivación natural y ordinaria del fármaco (art. 906). Esta previsibilidad es juzgada en abstracto, ya que no se trata de un pronóstico de culpabilidad".

tud-, tratándose de medicamentos, no sería suficiente para eludir la responsabilidad si se comprueba que carece de la eficacia curativa que se le atribuye, lo cual es un modo de atentar contra la salud del consumidor. Por ello, el laboratorio productor también responde por las chances perdidas cuando el producto no tiene las propiedades indicadas.

Es obligación del fabricante proceder al seguimiento del fármaco y, al advertir la aparición de efectos perjudiciales, llegar hasta su retiro del mercado, si fuese necesario.

La advertencia que debe formular el laboratorio, mediante los prospectos previstos por la reglamentación de la ley 16.463, ha de ser lo suficientemente clara para el consumidor, en el caso de medicamentos de venta libre o de consumo masivo. Esa información debe ser razonablemente comprensible, contener advertencias concretas y no genéricas, y señalar el daño que podría derivar del uso inapropiado del fármaco.

Según LORENZETTI, el fármaco puede haber sido correctamente calculado, pero mal usado, puesto que llega a producirse una farmacocinética o farmacodinámica distinta por la interacción con otros medicamentos. Para estos casos, existe la ergonómica, ciencia que debe integrarse a los procesos productivos para calcular cómo actuará el hombre y hacer predecibles una serie de comportamientos del paciente que tienen rango estadístico. Si el mal uso o la automedicación excesiva son comunes, no son eximentes para el productor en tanto son consecuencias mediatas previsibles. El fabricante debe advertir al consumidor sobre los riesgos que presente el producto que ofrece; el laboratorio debe, específicamente, señalar por deber legal los riesgos (ley 16.463). Y agrega LORENZETTI: "Los aspectos más complejos se plantean en cuanto al discernimiento del volumen de la información y los medios a utilizar con el destinatario".

Finalmente, dice el citado autor: "El laboratorio debe presentar una información técnica básica para el registro, relacionada con las acciones farmacológicas, los índices de efectividad, dosis, margen de seguridad, iatrogenia, precauciones, advertencias, contraindicaciones, efecto de acumulación de dosis, posibilidad de generar habituaciones o toxiconomías. Esta información debe ser luego traducida para el médico y para el paciente"⁶².

Asimismo, el laboratorio responde por los daños que causen los agentes de propaganda médica que suministren una deficiente información.

⁶² LORENZETTI, *Medicamentos y responsabilidad civil*, LL, 1989-D-960 y siguientes.

c) *RESPONSABILIDAD DEL DIRECTOR TÉCNICO DE LA EMPRESA PRODUCTORA DEL FÁRMACO.* El director técnico de los establecimientos mencionados en la ley 16.463 es solidariamente responsable por los daños causados por la falta de pureza o por la ilegitimidad del producto (art. 3º, párr. 2º, ley 16.463).

d) *RESPONSABILIDAD DE LOS PROPIETARIOS DE LAS DROGUERÍAS Y DE SUS DIRECTORES TÉCNICOS.* Los propietarios de las droguerías son responsables, en virtud de su inserción en la cadena de comercialización, de los productos farmacéuticos; pero se trata de una responsabilidad agravada por la naturaleza de los productos y su destino, lo cual requiere que estos intermediarios verifiquen el estado en que los fármacos son recibidos, como también el control de sus fechas de vencimiento y que se trate de productos permitidos y producidos por laboratorios autorizados. Por ello, los propietarios de droguerías son directamente responsables, en forma conjunta y solidaria con sus directores técnicos (farmacéuticos) de la pureza de las drogas que se encuentran en sus establecimientos, así como de la conservación, legitimidad y procedencia de las especialidades medicinales que expenden. Por tales razones, estos comercios deben tener perfectamente documentado el origen y procedencia de las drogas que poseen⁶³.

e) *RESPONSABILIDAD DEL FARMACÉUTICO.* En cuanto a las especialidades medicinales (productos farmacéuticos, elaborados en serie o en masa), el farmacéutico sólo será responsable de su legitimidad, procedencia y estado de conservación.

El farmacéutico no responde, pues, por el vicio de elaboración que le resulte imposible comprobar, salvo lo dispuesto por el art. 2176 del Cód. Civil; pero cuando el farmacéutico es elaborador del fármaco, responde, entonces, en los mismos términos que el laboratorio productor.

Además de las previsiones dispuestas en las leyes especiales, el farmacéutico es responsable, por todos aquellos daños causados por la omisión de las diligencias debidas como profesional de la salud.

f) *PUBLICIDAD DEL PRODUCTO FARMACÉUTICO: SU INCIDENCIA EN LA AUTOMEDICACIÓN. DEFENSA DEL CONSUMIDOR.* La publicidad de productos farmacéuticos y medicinales es causa autónoma de responsabilidad civil del fabricante, cuando los daños no derivan del consumo en sí mismo, sino de la incorrecta información suministrada. Se presume la adecuación causal entre la publicidad irregular y el daño producido por automedicación.

⁶³ Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Morón, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, "Revista Jurídica de San Isidro", 1988-24-123.

En tales casos, cabe atribuir responsabilidad objetiva al elaborador, con fundamento en el art. 1113, párr. 2º, del Cód. Civil, por cuanto el mensaje publicitario crea el riesgo de la automedicación.

Es verdad que cuando el producto medicinal es consumido, su elaborador ya se ha desprendido de la unidad causante del daño, por lo que no se puede decir que en ese momento era el dueño o guardián de la cosa (conf. art. 1113), pero sí es el dueño o guardián de una fuente potencial de riesgos. A la vez, hay un nuevo guardián o dueño (el consumidor), que es quien adquiere el producto farmacéutico vicioso o defectuoso y sufre el daño. Aunque el anterior guardián o dueño haya dejado de serlo, continúa siendo, no obstante, responsable civilmente por los daños y perjuicios que cause en la salud del consumidor⁶⁴.

B) LA PUBLICIDAD COMO FACTOR DETERMINANTE

1) CONSIDERACIONES GENERALES

§ 145. **PRESENCIA DE LA PUBLICIDAD.** – La presencia de la publicidad en el mundo actual constituye un fenómeno que otorga a la contratación mercantil de nuestros días aspectos ignorados hasta las primeras décadas del siglo xx.

En efecto: a las condiciones generales de contratación, al contrato celebrado mediante formularios y cláusulas predisuestas, o por el empleo de aparatos automáticos, etc., debemos agregar la influencia que ejerce la publicidad para imponer una marca, para orientar al público hacia determinado producto, incluso para hacer que la gente sienta necesidad de adquirir bienes o servicios que, de otro modo, habría ignorado.

El comercio necesitó de la información para hacer conocer la mercadería ofrecida, y en esto consistió durante mucho tiempo la publicidad comercial; pero, en lo que va del siglo, la promoción de productos y marcas ha avanzado a punto tal, que su principal objetivo es lograr que la gente compre y utilice los servicios que ofrecen las empresas. Por ello, más del 90% de la publicidad está dirigida al público consumidor. No se trata de simples anuncios, sino de verdaderos mensajes destinados a captar voluntades, y esto constituye un aspecto digno de ser considerado en el mundo de los contratos comerciales.

⁶⁴ Instituto de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Morón, ponencia en IV Jornadas Rioplatenses de Derecho, "Revista Jurídica de San Isidro", 1988-24-122.

§ 146. **PUBLICIDAD COMERCIAL.** – La publicidad comercial (e incluso la que no lo es) recibe fuertes críticas por quienes la consideran “un servicio maligno”, o bien que “degrada a la gente a la que apela, pues la priva de su voluntad de elegir”. TOYNBEE no podía “concebir ninguna circunstancia en que la publicidad no fuera un mal”⁶⁵.

MUGGERIDGE (citado por CLARK) profetiza que la historia la verá “como uno de los verdaderos males de nuestra época. Constantemente incita a la gente a querer cosas, a querer esto, a querer aquello”; e incluso el papa Juan Pablo II ha advertido a los jóvenes que están amenazados “por el uso de técnicas publicitarias que estimulan la natural inclinación a eludir el trabajo empeñoso al prometer la satisfacción inmediata de todo deseo”.

La publicidad ha sido considerada un aspecto clave en una economía de mercado; pero el crecimiento descomunal de las inversiones en campañas publicitarias organizadas por las grandes empresas se ha convertido en un arma que asfixia a las medianas y pequeñas, y atrapa en sus redes al público consumidor. No olvidemos que los principales destinatarios son los jóvenes, debido a su credulidad, su predisposición a ser engañados simplemente porque quieren creer en algo⁶⁶.

§ 147. **CONCEPTO DE PUBLICIDAD COMERCIAL.** – Señala CLARK que según el diccionario Webster, es publicidad “cualquier forma de anuncio público destinado a ayudar directa o indirectamente en la venta de un producto, en la obtención de empleo, etcétera”. Se ha dicho también que “un anuncio publicitario es una comunicación pagada destinada a informar o influir en una o más personas”⁶⁷. El Diccionario de la Real Academia Española expresa que es “el conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”.

Lo que a las contrataciones mercantiles importa de la publicidad, sea lo que fuere, no es el arte de informar sino el arte de vender. H. G. WELLS opinaba que es el arte de enseñar a la gente a necesitar cosas⁶⁸.

Lo cierto es que la publicidad existe para informar, pero en el tráfico mercantil de hoy su función es ante todo persuadir: vende

⁶⁵ Citado por CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 430.

⁶⁶ “Enseñamos a nuestros hijos cómo portarse en la calle, y con la misma aplicación debemos educarlos para que no los atropelle el bombardeo publicitario” (THOMPSON, citado por CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 433).

⁶⁷ ROSSERS REEVERS, el gran publicitario norteamericano, la denominó “el acto de mover una idea desde la cabeza de un hombre hasta la cabeza de otro”, citado por CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 13.

⁶⁸ Citado por CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 14.

bienes y servicios convirtiéndolos en imágenes y sueños, ilusiones y fantasías.

Recuerda BAGDIKIAN que según el socio de una muy importante empresa publicitaria de los Estados Unidos, “la publicidad es el arte de congelar la inteligencia humana durante el tiempo suficiente para sacarle dinero al sujeto”⁶⁹.

En medio de esta compleja trama el consumidor aislado se halla compelido a adquirir productos y servicios; adquiere lo que no necesita; cree lo que el mensaje le dice; pierde capacidad de crítica y de elección; y en estas condiciones se celebran miles y miles de contratos.

§ 148. **LA PUBLICIDAD COMO DISCIPLINA.** – Como disciplina, la publicidad no es un arte ni una ciencia, aunque tiene un poco de ambas cosas.

La ciencia se manifiesta en la investigación; pero, como advierte CLARK⁷⁰, es ciencia con minúscula, si bien cada día adquiere mayor envergadura científica gracias a los inmensos bancos de datos y a la alta tecnología que se utiliza. En verdad no se le puede llamar arte, pues el arte es un fin en sí mismo, mientras que el llamado “arte publicitario” es un medio para un fin.

§ 149. **LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA PUBLICIDAD.** – La publicidad de hoy se vale de las ciencias sociales y de las técnicas de la psicología, mediante el arsenal de la televisión, para condicionar el comportamiento humano e inducir a los individuos a adquirir determinadas marcas porque, al fin y al cabo, ésta es su finalidad⁷¹.

⁶⁹ BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 199.

⁷⁰ En los periódicos contemporáneos se ha vuelto muy común la gran cantidad de “relleno”, material que no consiste en noticias reales ni en publicidad manifiesta, pero es pagado por los anunciantes: el misterioso silencio se explica por dos cláusulas que en aquel tiempo solían contener los contratos de publicidad en periódicos. En el de la J. C. Ayer Company se leía: “Queda estipulado que, en caso de que sea promulgada cualquier ley o leyes, estatales o nacionales, perjudiciales a los intereses de la J. C. Ayer Company, este contrato podrá ser revocado... Se acuerda que la J. C. Ayer Company podrá rescindir este contrato... en caso de que se permita que aparezca en cualquier caso en cualquier parte del periódico cualquier texto que, de una u otra manera, lesionen los intereses de esta compañía”. Estos contratos inducían a las empresas periodísticas a censurar las noticias que acaso disgustaban a los anunciantes. Asimismo hacían desempeñar al periódico el papel de cabildero para gestionar con maña y habilidad la captación de voluntades a favor del anunciante (CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 227).

⁷¹ Dice BAGDIKIAN que para llegar a estos resultados se analiza si los productos objeto de la publicidad deben llamar la atención del hemisferio izquierdo (analítico) o del derecho (emocional) del cerebro humano. El personal de la empresa consultora

Cierta empresa publicitaria norteamericana registra, por medio de rayos infrarrojos, los rápidos movimientos oculares que se producen como respuesta a las imágenes de prueba contenidas en los comerciales de televisión, para recomendar a sus clientes los elementos que deben utilizarse en los anuncios, en yuxtaposición con la marca de fábrica del producto ofrecido⁷².

§ 150. **IMPORTANCIA CRECIENTE DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL.** – Conforme explica BAGDIKIAN la publicidad en gran escala, además de ser uno de los medios de introducir en el mercado bienes de consumo masivo, permite a un número relativamente pequeño de grandes empresas ejercer un desmesurado poder sobre la economía en general. Estas compañías necesitan de los periódicos, las revistas y las difusoras de radio y televisión no sólo para vender sus productos, sino también para mantener su influencia económica y política. Los medios de comunicación no son agentes neutrales de la maquinaria del gigantismo empresarial. Y las colosales empresas que los necesitan cada vez más, poco a poco van apoderándose de ellos.

Todo esto incide, naturalmente, en el precio de los productos pues, informa BAGDIKIAN⁷³, no es raro que una empresa gaste en publicidad el 5% de su presupuesto total. Lo más frecuente es que el costo de la publicidad implique un incremento neto, en todo o en parte, del precio del producto al público, incremento que es significativo pues, según la misma fuente, el porcentaje de los ingresos por ventas que gastan las empresas multinacionales en publicidad es: medicinas de patente, 19%; perfumes y cosméticos, 14%; licores, 11%; cereales, 11%, y cigarrillos, 11%.

La publicidad que efectúan las grandes empresas tienden a elevar el volumen de sus ventas y a dificultar el ingreso en el mercado

coloca electrodos en el cuero cabelludo de voluntarios con objeto de medir la estimulación y los tipos de ondas cerebrales inducidas por ciertas imágenes de los comerciales. Luego informan a los anunciantes que los mensajes sobre productos como los perfumes y la cerveza deben ser orientados al lado derecho del cerebro, y los anuncios de coches y seguros deben dirigirse al lado izquierdo. La mayoría de los anuncios de televisión recurre a las emociones. El gerente de investigaciones de opinión pública de la General Electric dice que "gran parte de las respuestas a la publicidad se dan en el hemisferio cerebral derecho" (*El monopolio de los medios de difusión*, p. 198).

⁷² Relata BAGDIKIAN que una compañía de Manhattan mide la reacción laríngea involuntaria y utiliza computadoras para comprobar que, aun cuando la gente asegure que les disgusta cierto anuncio, éste le provocará una reacción duradera. Una empresa texana utiliza electrodos fijados a las yemas de los dedos de los sujetos para determinar qué símbolos de los comerciales –el sexo, el fuego, el océano, el bosque– producen la mayor excitación con respecto a cierto producto (*El monopolio de los medios de difusión*, p. 198).

⁷³ BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 161 y 164.

de nuevas empresas competidoras. Frecuentemente, el resultado es el dominio del mercado, con precios controlados que exceden incluso el incremento por costos de publicidad.

§ 151. **CONTROL SOBRE LA PUBLICIDAD.** – Las implicancias que tiene la publicidad comercial últimamente ha causado preocupación en algunos sectores, lo que determinó una proliferación internacional de regulaciones y restricciones, de relativo éxito.

La Asociación Publicitaria Internacional (IAA) se opone a cualquier tipo de restricción impuesta por el Estado, invocando múltiples razones, que van desde la libertad de comercio hasta la libertad de expresión, y la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, las propias empresas publicitarias y las propietarias de los medios de comunicación mediante los cuales se realiza la publicidad, vienen coincidiendo en la conveniencia de una autorregulación⁷⁴.

Las restricciones sobre la publicidad varían en los diversos países. En general tratan de evitar aquellos mensajes que induzcan al engaño o pretendan imponer gustos al consumidor. Trabajan en esto, sin mayor éxito, burócratas de todo nivel, desde la ONU y la Unión Europea hasta pequeñas organizaciones locales.

2) PUBLICIDAD Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

§ 152. **INTRODUCCIÓN.** – Existen, fundamentalmente, dos clases de publicidad:

a) Aquella cuyos destinatarios son empresarios, hecha con el objetivo de lograr un contrato que seguramente será motivo de tratativas previas. En este caso, la publicidad suele contener información sobre el bien o servicio que se ofrece.

b) La publicidad destinada al público consumidor, que es un caso totalmente distinto, pues en ella la información es lo menos importante. Esta publicidad se ha convertido lisa y llanamente en la *industria de la persuasión*.

Los avisos comerciales que puedan considerarse informativos son la excepción en los medios televisivos y gráficos, pues se limitan a dos o tres aspectos del producto, a la vez que existe una creciente

⁷⁴ Nos informa CLARK (*Los creadores del consumo*, p. 142), que en el Brasil la presión de la industria publicitaria eliminó, en 1987, una restricción sobre la publicidad de tabaco, tratamiento de salud, pesticidas y alcohol, del proyecto de la nueva Constitución de ese país.

publicidad, sobre todo en revistas, que carece de toda información. La publicidad tiene un objetivo claro: vender más. Para esto las empresas publicitarias se abocan mucho más a saber sobre las motivaciones y la conducta del consumidor, que a informar a éste acerca de las características del producto promocionado. La televisión alentó el gradual abandono de la publicidad "razonada" sobre el producto ya que, por su naturaleza, está más capacitada para comunicar imágenes que datos. Además, en los países donde se ha ido reglamentando la publicidad detallada de ciertos productos (cigarrillos, cerveza, etc.), las empresas descubrieron que aun podían comunicar sus mensajes mediante técnicas de dramatización⁷⁵.

Expresa CLARK: "La IAA, creada originalmente en Nueva York en 1938, como Asociación Publicitaria de Exportadores de Nueva York, se expandió a Europa con las multinacionales y sus agencias en las décadas del 50 y del 60, luego a América latina, y en los 80 penetró en Asia, el Pacífico, Medio Oriente y África. Su misión, dice BARNET, es rastrear esas restricciones y combatirlas en Estrasburgo y Bruselas y en el resto del mundo dentro del sistema de la ONU"⁷⁶.

Todo esto confirma la necesidad de que, dentro de la política de protección del consumidor, debe existir cierto control sobre la publicidad comercial⁷⁷.

§ 153. **REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD.** – La industria publicitaria no acepta de buen grado su regulación por parte del poder público, y acusa como siniestro y de dudosos motivos a cualquier movimiento que reclame un incremento de restricciones en defensa de los consumidores, a punto tal que en determinado momento se ha querido identificar esta controversia sobre las restricciones publicitarias como parte de una lucha más amplia entre las economías de mercado libre y las economías dirigidas (o marxistas).

⁷⁵ Dice CLARK que, de este modo, la publicidad vende medicamentos que a lo sumo son placebos, mercaderías de marca que son idénticas a productos más baratos y sin marcar: no sólo artículos con *imagen* como los *jeans*, sino artículos comunes como el blanqueador. Cien millones de dólares de publicidad venden enjuagues bucales que, en palabras de la Academia Nacional de Ciencias, no tienen "ninguna ventaja terapéutica sobre el agua salada, ni siquiera sobre el agua" (*Los creadores del consumo*, p. 142).

⁷⁶ CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 163.

⁷⁷ En el nivel regional, la Unión Europea tiene varios programas para la *protección del consumidor*. Al cabo de casi seis años de debate, en 1984 la Comunidad aprobó nuevas reglas para enfrentar la publicidad "engañoso" en Europa. En el nivel nacional, en países desarrollados como los Estados Unidos de América y Gran Bretaña, también hay restricciones en varios niveles: desde leyes nacionales hasta sistemas industriales autorregulatorios y la autorregulación individual impuesta por el anunciante o la compañía de medios (CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 142).

§ 154. **LA PUBLICIDAD EN EL CÓDIGO ALIMENTARIO ARGENTINO.** – El tema está regulado en el tít. V del Cód. Alimentario (ley 18.284, reglamentada por decr. 2126/71). Dice el art. 220: “Queda prohibida en la presentación, rotulación, publicidad o propaganda comercial de los productos contemplados en el presente Código, el uso de inexactitudes, exageraciones u ocultamientos capaces de suscitar error, engaño o confusión”.

El art. 221 establece: “En la publicidad o propaganda, por cualquier medio que se realice, deberán respetarse las definiciones y demás condiciones del presente Código”.

§ 155. **PUBLICIDAD Y MULTINACIONALES.** – Tal como lo expresa un trabajo técnico de las Naciones Unidas⁷⁸ la publicidad puede facilitar la transferencia de patrones de consumo de los países desarrollados a los países en desarrollo, al introducir necesidades que quizá no sean apropiadas, dada la estructura de ingresos y demandas de estos últimos países. En realidad, los efectos de la publicidad parecen ser más fuertes en las naciones más pobres, pues mientras aún se promocionan bienes de consumo prescindibles (como el tabaco, los cosméticos, y las gaseosas), todavía no se han satisfecho las necesidades humanas básicas.

La acusación más grave que se hace a la publicidad manejada por las multinacionales, es que no sólo contribuye a vender bienes superfluos a gente que no puede costearlos, sino que, a menudo, lo hace a precios excesivos. Según el informe de la ONU (que se refería a Kenia) la publicidad influye para que la población consuma, por ejemplo, “cereales para el desayuno producidos por las multinacionales, los que suelen costar cien veces más que los alimentos comunes y más apropiados, disponibles en el mercado local”. Más aún, en estos países, los publicitarios a menudo usan técnicas de venta que nunca se permitirían en el mundo desarrollado. BAGDIKIAN nos señala un ejemplo en este sentido: las empresas multinacionales comenzaron a concentrar su atención en los países del Tercer Mundo cuando se saturó el mercado occidental de leche para bebés. La comercialización agresiva pronto tuvo su impacto: la lactación natural decayó en estos países y se incrementó el uso de la leche preparada artificialmente⁷⁹.

§ 156. **PUBLICIDAD Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN.** – La publicidad se ha convertido en una industria poderosa, e inmensamente rica, dirigida por talentosos especialistas; de ella dependen en gran medi-

⁷⁸ Citado por CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 160.

⁷⁹ BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 161 y siguientes.

da, los medios de comunicación masiva que se utilizan para enviar el mensaje al público (diarios, revistas, radio y televisión). El economista LIND⁸⁰ ha señalado que un mundo sin publicidad produciría un efecto devastador sobre los medios de comunicación masiva. Prácticamente, ninguno de los diarios nacionales más importantes ni la mayoría de los periódicos regionales podrían financiarse: los medios que sobrevivieran serían más caros y menos abarcadores, y todo subsidio gubernamental para superar sus pérdidas implicaría, para la comunidad, un costo económico no comparable con los ingresos procedentes de los anunciantes, ya que el pago de éstos no es un subsidio. El problema más grave no es que los medios dependan de los anunciantes, sino que dependen de un pequeño número de grandes anunciantes⁸¹.

En 1980 la mayor parte de los medios de difusión norteamericanos —periódicos, revistas, radio, televisión, libros y películas— estaba controlada por cincuenta compañías. Éstas a su vez, se hallaban entrelazadas con otras más grandes compañías industriales, y con unos cuantos bancos multinacionales⁸².

La publicidad constituye desde hace décadas la principal fuente de ingresos de la mayoría de los medios masivos de comunicación en todo el mundo, lo cual ha determinado que los medios se fueran transformando: de difusores de noticias e información general, a importantes difusoras de mensajes comerciales⁸³.

⁸⁰ Ver opinión de LIND en CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 391.

⁸¹ "En 1981, por ejemplo, dos tercios de los ingresos de publicidad de la prensa latinoamericana procedían de sólo treinta empresas multinacionales, la mayoría norteamericanas. ¿Es concebible que todos los anunciantes sean benévolos, neutrales, desinteresados, indiferentes, al contenido de los programas o de las editoriales? Sólo una sociedad ingenua apostaría el destino de sus comunicaciones a semejante supuesto" (CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 434). La mayoría de los anunciantes y sus agencias saben exactamente lo que quieren de los medios, según nos dice BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 21.

⁸² Según BAGDIKIAN, la mayor parte de las cincuenta compañías más grandes tiene participación directa en las inversiones hechas en el extranjero y, consecuentemente, en la política exterior norteamericana. Casi no hay país en el mundo en que una subsidiaria de las cincuenta empresas de medios de difusión no posea una inversión considerable. Tan sólo una de éstas, la CBS, tiene subsidiarias en treinta y cuatro países, desde la Argentina hasta el África del Sur. Es difícil encontrar un banco internacional o compañías de seguros o de inversiones que no esté representado en las juntas de directores de los medios de difusión más poderosos (*El monopolio de los medios de difusión*, p. 41).

⁸³ Señala CLARK que el editor de periódicos A. ROY MEGARY, de Toronto Globe and Mail, ha declarado: "Para 1990, los editores de diarios de circulación masiva dejarán de engañarse creyendo que están en el negocio del periodismo para admitir que ante todo están en el negocio de transmitir mensajes publicitarios". La publicidad ha tenido una influencia decisiva en el crecimiento de los medios. Según THOMAS, la publicidad... es una especie de noticia. No es sorprendente que ella y los medios hayan

Esto determina un creciente poder de los grandes anunciantes sobre los medios de difusión, a punto tal que BAGDIKIAN afirma que los anunciantes censuran la información: las noticias que pudieran perjudicarlos, por regla general, deben pasar por un umbral de drama y documentación mucho más alto que las demás noticias⁸⁴.

§ 157. **PUBLICIDAD COMPARATIVA.** – La publicidad comparativa constituye otro fenómeno que plantea serios problemas en la actualidad, pues no sólo puede inducir a error al público, sino que nos lleva al terreno más complejo de la deslealtad comercial.

Este tipo de publicidad implica la comparación (favorable, desde luego) del producto publicitado por determinada empresa con el similar de la competencia⁸⁵.

Quienes están a favor de la publicidad comparativa argumentan que ella alienta la competencia y exige un flujo de información “real” sobre el producto que se anuncia. Los opositores responden que lleva fácilmente a engaño, y hasta puede acarrear mala fama a la publicidad en general⁸⁶.

crecido juntos, aprovechando los buenos tiempos y sufriendo juntos en los malos” (citado por CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 367).

⁸⁴ Entre otras opiniones, CLARK cita la de BEHRMAN: “La piedra angular de las más respetables instituciones norteamericanas, los periódicos y revistas, dependen del anunciante; la literatura y el periodismo son sus criados. Es el quinto Estado o diríamos el quinto Poder” (*Los creadores del consumo*, p. 373).

⁸⁵ ARACAMA ZORRAQUÍN (*Medios distintivos y publicidad comparativa*, p. 20), dice: “Por definición, la publicidad se efectúa, en todos los casos, con alusión al producto de prestigio, al signo distintivo más conocido o la empresa líder en su rama. Por eso es que, por un lado, KLEPPENER al mencionar las reglas prácticas que regulan tal publicidad, precisa que las empresas líderes nunca comienzan campañas comparativas. Por otro lado, en una introducción a varios estudios sobre el tema, la United States Trademark Association (USTA) no ha vacilado en poner de manifiesto que frecuentemente la publicidad comparativa es usada por el recién venido que quiere encontrar una manera de incursionar en la porción del mercado de la marca prominente. Lo que enseña la USTA explica lo que dice KLEPPENER. Y viceversa. Aunque bien señala este autor que puede darse publicidad comparativa prescindiendo del aspecto informativo sobre el producto para acudir en cambio al aspecto persuasivo como se puso de manifiesto en el caso ‘Rolex SA v. Orient SA y otro’ en el cual el texto de la publicidad comparativa efectuada por Orient SA decía: ‘Cuando quiera tener un reloj fino puede comprar un Rolex. O puede comprar un Orient, el reloj desconocido. Cada Rolex está hecho exclusivamente con los movimientos áncora más finos. También está hecho así cada Orient. Rolex es un reloj para todo uso, sumergible y a prueba de golpes. También lo es Orient. Rolex tiene un año de garantía. Pero Orient tiene dos años de garantía. Este Rolex en particular cuesta 875 pesos. Este Orient en particular cuesta 325 pesos. Hacemos la comparación para mostrarle que Orient, también es un reloj fino. Reloj Orient no será desconocido por mucho tiempo”.

⁸⁶ Conforme nos informa CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 156, en Suecia, un país en que los grupos de consumidores admiran por sus leyes, y su “tribunal de mercado”, los avisos comparativos deben ser “significativamente completos”. Deben

Uno de los argumentos utilizados en contra de la publicidad comparativa consiste en que, para las compañías, no es difícil fraguar la investigación que sustenta sus afirmaciones de presunta superioridad⁸⁷.

La publicidad comparativa aún está prohibida o restringida en muchas partes del mundo, pero su uso se difunde cada vez más. En Europa goza de una creciente difusión; en Asia, la comparación entre marcas estaba prohibida en muchos de sus países, y pese a ello Tailandia, por ejemplo, permitió esa práctica en 1984. Esto suele dar origen a conflictos judiciales en los que, a menudo, los árbitros tienen que examinar masas de datos técnicos y "peritajes" de ambos bandos.

En nuestro país, ARACAMA ZORRAQUÍN⁸⁸ sostiene (en opinión que compartimos) que la publicidad comparativa, aun la comparativa simple u objetiva, presenta todos los inconvenientes y ninguna de las ventajas que se le atribuyen. Puede constituir un ejercicio desleal que ataca de manera ilegítima a los signos distintivos (marcas y nombres comerciales, enseñas, estilos comerciales, designaciones geográficas, etc.), especialmente a los que tienen gran prestigio o son notoriamente conocidos, lo cual no beneficia, como se pretende, al consumidor.

La publicidad comparativa —recalca este autor— no resulta compatible con el criterio de nuestra Corte Suprema que, a partir del caso "La Guarany"⁸⁹, ha defendido en forma constante la clientela reunida por una marca. Dijo la Corte en esa oportunidad: "Esa clientela es justamente una propiedad, es decir, un bien susceptible de valor... Su utilización por otra persona es, pues, un enriquecimiento sin causa y un acto jurídico contrario a las buenas costumbres (art. 953, Cód. Civil): *malitus hominum nom est indulgendum*, era un principio del derecho romano"⁹⁰.

enumerar todas las diferencias importantes entre los productos que se comparan, incluyendo las desventajas del que se publicita.

⁸⁷ Ver BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 158, donde menciona una de las más cruentas y costosas batallas publicitarias entre dos empresas líderes en la fabricación de hamburguesas.

⁸⁸ ARACAMA ZORRAQUÍN, *Medios distintivos y publicidad comparativa*, p. 16.

⁸⁹ CSJN, 26/2/37, JA, 57-348.

⁹⁰ Interesante es la mención de casos que hace ARACAMA ZORRAQUÍN (*Medios distintivos y publicidad comparativa*, p. 27, nota 19), en los cuales nuestros tribunales se expresaron en favor de quienes se sintieron perjudicados por la publicidad comparativa: "Philco" (JA, 70-30); "Hermès" (JA, 74-555); "Summer Sportex" y "Winter Sportex" ("Patentes y Marcas", 1943-143); "Stop-Skal" ("Patentes y Marcas", 1945-449); "Pagé" ("Patentes y Marcas", 1947-548); "Toledo" ("Patentes y Marcas", 1950-117); "Remy" (LL, 57-188); "Burd" (LL, 67-14). Ver, asimismo, la protección concedida a las marcas de hecho. En especial "Orandi y Massera c/Traversa" ("Patentes y Marcas", 1951-78 y ss.); "Akapol SACIFIA c/Dos mil SRL" (LL, 1988-E-312).

§ 158. **PUBLICIDAD EMPRESARIAL (IMAGEN DE LA EMPRESA).** – El arte de la publicidad comercial va más allá de la difusión de un producto cuando la marca adquiere tal notoriedad que resulta casi innecesario pregonar a qué artículo se refiere. Entonces aparecen anuncios en medios gráficos, radiofónicos o de televisión, que se destinan no a ofrecer directamente la venta de bienes y servicios, sino a fomentar una imagen benévola de la empresa, destacando las virtudes de su política mercantil, su repercusión en el ámbito social, cultural o científico. Según nos informa BAGDIKIAN⁹¹, el director de una prominente agencia de publicidad describió así la finalidad de la publicidad empresarial: presenta a la empresa como héroe, como ciudadano responsable, como fuerza encaminada hacia el bien, dando información sobre el trabajo que la compañía está haciendo en pro de las relaciones con la comunidad, asistiendo a los menos afortunados, reduciendo al mínimo la contaminación, controlando las drogas, aliviando la pobreza.

§ 159. **EL PATROCINIO COMO PUBLICIDAD.** – Otro sistema publicitario aplicado por las grandes empresas con mayor intensidad cada vez, y que guarda gran similitud con el anterior, es el del “patrocinio” (*sponsor*), que es un modo de comunicar un mensaje a clientes potenciales creando un ambiente favorable, especialmente en determinados círculos, al asociar a la empresa con un aura de excelencia que –supuestamente– se reflejará en negocios perdurables. Por lo general, aparece –y en cierto modo lo es– como un mecenazgo empresarial, si bien el propósito es esencialmente comercial. La empresa patrocinadora quiere llegar a cierto público y decide que la mejor manera es *patrocinar un concierto o un torneo de golf*⁹².

⁹¹ BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 74; conforme expresa este autor, la publicación “Media Decisiones” estimó que la iniciativa privada gasta no menos de tres mil millones de dólares en métodos que la hagan aparecer como heroína y en “explicaciones del sistema capitalista” entre las que resalta el empleo masivo en las escuelas de libros y materiales didácticos elaborados por las propias compañías, y casi todo esto deducible de los impuestos.

⁹² Informa CLARK (*Los creadores del consumo*, p. 407), que el director de administración conjunta de “Saatchi”, de Londres, ha declarado: “Consideramos el patrocinio como una herramienta de comercialización. No diferenciamos entre patrocinio y publicidad o cualquier otra forma de comunicación que pudiéramos usar para llegar a nuestros clientes”. American Express patrocina museos y orquestas de jazz; Philip Morris, compañías de danzas; Time-Life, solventa obras y exhibiciones; Salem y Silkcut financian música *country and western*, y Kool, festivales de jazz. La filarmónica toca con la ayuda de 400.000 dólares de Nissan, y la Ópera nacional galesa sigue actuando gracias a Amoco. La competencia de guitarra de Segovia se convierte en cortesía de los productores de Jerez de España. El Victoria and Albert Museum, buscando un patrocinador para su nuevo museo de teatro, ofreció no sólo la asociación nominal,

Muchas veces se recurre a este sistema publicitario indirecto para ciertos productos (como el tabaco), cuya propaganda por televisión puede estar prohibida en forma absoluta (como ocurre en determinados países) o dentro de ciertos horarios (como sucede en otros). De modo que al patrocinio se lo considera cada vez más una sofisticada herramienta de propaganda. Para esto se estudia al público tal como se hace en la publicidad convencional.

En unos casos el patrocinio tiende a incrementar cierta actividad, de la cual pueden resultar los futuros compradores de los artículos necesarios para esa actividad. En otros casos se trata de idealizar la imagen de la empresa, y así tenemos a muchos patrocinadores, pertenecientes a industrias o negocios que esperan que el aura que les provea la actividad patrocinada elimine una imagen que a menudo dista de ser inmaculada: bancos con elevadas ganancias, compañías petroleras, empresas fabricantes de cigarrillos, etcétera⁹³. El patrocinio prospera tanto en el deporte como en las artes casi necesariamente, porque las entidades organizadoras desde un torneo de tenis hasta un concierto sinfónico, o la exposición en un museo o una conferencia científica, enfrentan costos cada vez mayores frente a los decrecientes fondos públicos otorgados por los gobiernos⁹⁴. La televisión constituye un *factor clave* para los patrocinadores (sobre todo de eventos deportivos) pues por ese medio indirecto, los participantes exhiben la marca del producto promocionado.

§ 160. **UTILIZACIÓN DEL CINE CON FINES PUBLICITARIOS.** — La industria del cine constituye otro medio de publicidad indirecta de fuerte inserción en el público consumidor; los directores cinemato-

sino control artístico por dos temporadas anuales en el teatro del museo, junto con el uso del edificio para funciones comerciales y privadas. A mediados de 1980, el patrocinio comercial se hacía cargo de hasta un 40% de los costos de los festivales de artes de Gran Bretaña.

⁹³ CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 407.

⁹⁴ Tomamos de CLARK el siguiente comentario: los juegos olímpicos de 1984 en Los Ángeles fueron los primeros totalmente respaldados por el patrocinio comercial. Estos juegos tradicionalmente financiados por los gobiernos (a pérdida), quedaron en manos de la industria privada y dieron ganancias. Empresas importantes pagaron por todo a cambio del patrocinio. Así, por nueve millones de dólares, McDonald's se convirtió en "la comida ligera oficial"; por quince millones, Coca Cola se convirtió en la "gaseosa oficial", y por diez millones Anheuser-Bush fue la "cerveza oficial". El "Financial Times" comentó: "Uno por uno los mayores eventos deportivos del mundo buscan financiación en el patrocinio". Nueve patrocinadores mundiales pusieron millones para las Olimpiadas de 1988 a cambio de derechos exclusivos para usar anillos y logos olímpicos por todo el mundo. Uno de ellos, Visa, gastó una suma estimada en veinticinco millones de dólares en la compra de este derecho y en sus esfuerzos de comercialización (CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 407).

gráficos incluyen productos en sus filmes para crear ciertas impresiones o para dar una sensación de autenticidad⁹⁵.

Pero no sólo se exhibe la marca de los productos en las películas, sino que se ha llegado mucho más lejos, al punto de alterar los guiones para incluir los productos en la acción. Según CLARK, un guión fue corregido para que su principal protagonista pudiera aconsejar a su hijo que comiera un producto conocido como “desayuno de campeones”. En otro caso el héroe del film bebe cerveza de la marca que se promueve, en tanto que el villano bebe la de otra marca.

§ 161. **PUBLICIDAD Y CULTURA.** – Conforme destaca CLARK⁹⁶ la televisión constituye hoy el medio más empleado para la publicidad comercial, a tal punto que se ha llegado a expresar que la televisión, en general, más que para informar, educar y entretener, está para publicitar productos, lo cual es aceptado con resignación por la mayoría de los televidentes.

Dice BAGDIKIAN: “Los programas serios de televisión no conducen al auditorio a suponer o vincular que los complejos problemas humanos se resuelven cambiando de desodorante”⁹⁷.

Acusa a la televisión de tratar de adecuarse a los fines o al “clima” que desea el anunciante para favorecer la mejor predisposición de los televidentes. Por ejemplo, señala este autor, un documental serio, bien elaborado sobre los asesinatos políticos cometidos en los Estados Unidos de América no va a constituir el “ambiente” ideal para un comercial en el que arguya que una pasta dentífrica nueva, con un ingrediente secreto, dará larga vida, riqueza y complacencia sexual.

Aun los comerciales “serios” –señala BAGDIKIAN–, como los relativos a la imagen de la empresa, se ubican cuidadosamente en los programas considerados más convenientes. El gerente de comunicaciones de la General Electric dijo: “Insistimos en que el programa posea una atmósfera que refuerce los mensajes que portan la imagen de nuestra compañía”.

⁹⁵ Recuerda CLARK, que en la película “Fama” había un número de baile con niños llevando cajas de detergente Tide. Según Kovoloff, Walter Mondale contribuyó a ese arreglo de un modo que él no especifica. Marlon Brando ofrecía Milk Duds a George C. Scott en “La Fórmula”. En “Missing”, Jack Lemon, padre de un desaparecido, se detiene en un bar chileno para beber Coca Cola, cortesía de los “colocadores” de productos. Esto no se hace sólo en películas, aunque ellas constituyan la actividad más importante. En series televisivas se colocó un Ford en “Dallas”, *whisky* Grant’s en “Dallas” y en “Dinastía”; Royal Crown Cola en la serie “A Team”, etcétera.

⁹⁶ CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 407.

⁹⁷ BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 173.

Las agencias de publicidad otorgan su preferencia a los programas menos serios o más “escapistas”, pues, según sostiene BAGDIKIAN, de este modo el auditorio conserva el mismo tono emocional de friolidad y fantasía que mantiene vivo el “humor de compra”.

§ 162. **LA PUBLICIDAD, LOS NIÑOS Y LOS JÓVENES.** – Los niños son los compradores del futuro y a ellos apunta la publicidad con mucha atención; pero además ya los niños adquieren, directamente, muchos productos a su alcance, y también persuaden a otros a comprar.

Dice CLARK⁹⁸ que si se convence a las criaturas de las excelencias de cierto producto, marca o establecimiento, existe un alto grado de probabilidad que se obtenga clientes de por vida. Algo similar ocurre con los jóvenes, y con los adolescentes, que se dejan impresionar con facilidad por ese mundo mágico, lleno de fantasías, que les inculca la publicidad de nuestros tiempos, especialmente por medio de la televisión que es, sin duda, el vehículo más poderoso para tales mensajes.

Por estos motivos, muchas de las inquietudes que se han expresado acerca de la publicidad dirigida a los niños se asocia con preocupaciones acerca de la influencia de la televisión en un sentido más general.

Las compañías que destinan su publicidad a los niños intentan activar las emociones que harán que los niños quieran y exijan lo que se les muestra⁹⁹.

§ 163. **PUBLICIDAD Y MERCADO.** – Según BAGDIKIAN¹⁰⁰: la publicidad comparativa aún está prohibida o restringida en muchas partes del mundo, pero su uso se difunde cada vez más (ver § 157).

§ 164. **PUBLICIDAD Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO.** Refiriéndose a los efectos de la publicidad, dispone el art. 8º, párr. 1º, de la ley 24.240: “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”. La ley 24.787 agregó al art. 8º un párrafo que dice: “En los casos en que las ofertas de bienes y servicios se realicen mediante el sistema de compras telefónicas, por catálogos o por correos, publicados por cualquier medio de comunicación, deberá figurar el nombre, domicilio y número de CUIT del oferente”.

⁹⁸ CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 210.

⁹⁹ CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 213 y 214.

¹⁰⁰ BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 158.

C) LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR Y DEL USUARIO Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO MERCANTIL

§ 165. **INTRODUCCIÓN.** – La contratación masiva, las nuevas modalidades de contratación, el poder creciente de ciertas empresas que dominan el mercado, la publicidad comercial, etc., nos colocan frente a un fenómeno característico de nuestra época.

En el ámbito de las contrataciones mercantiles desarrolladas en masa, se plantea la necesidad de un enfoque del derecho comercial derivado de la aparición de la masa amorfa de consumidores y usuarios de la cual surge el consumidor, quien, solitario, actúa frente a la empresa que lanza esos bienes y servicios en el mercado.

Este fenómeno obliga no sólo a repensar el concepto, la eficacia vinculante y la interpretación del contrato mercantil, sino que, además, ha generado todo un movimiento de carácter mundial tendiente a la defensa de los consumidores al cual no es ajeno nuestro país.

§ 166. **INCIDENCIA DE LOS CONTRATOS MERCANTILES EN LA SOCIEDAD ACTUAL.** – La importancia que adquiere el consumidor en los contratos comerciales es indudable, pues las personas procuran, mediante los contratos comerciales, no sólo satisfacer sus necesidades y deseos, sino tener una adecuada calidad de vida. Ese interés se manifiesta, evidentemente, en conseguir dentro del mercado los bienes y servicios que precisa, en las mejores condiciones posibles; pero se halla expuesto a toda clase de engaños o a la imposición de condiciones no equitativas por parte de las empresas. Bien se puede decir que, prácticamente, el consumidor es el destinatario final de toda la actividad comercial ya desde la producción, que es el punto de partida de los bienes y servicios que se lanzan al mercado.

Se señala en doctrina que el derecho de los consumidores va más allá de la adquisición de bienes y servicios ofrecidos por las empresas, pues incluye el interés por obtener respuesta a otras necesidades cuya satisfacción no ofrece el mercado y que, sin embargo, también son indispensables para asegurar la calidad de vida. Piénsese en la necesidad de una eficiente prestación de los servicios públicos, en la defensa del medio ambiente, en la educación e información necesarias no sólo para contratar en el mercado, sino para conseguir las mejores condiciones de vida. Esto excede el campo de las contrataciones mercantiles.

En doctrina se ha ido un poco más allá de lo que es estrictamente derecho del consumidor, para entrar en el terreno de la ecología y de los intereses difusos. ANDORNO señala que tales intereses difu-

sos no pertenecen a una persona aislada, ni a un grupo nítidamente delimitado de personas, sino a una serie indeterminada, cuyos miembros no están ligados necesariamente por vínculos jurídicos definidos (puede tratarse, p.ej., de los habitantes de determinada región). Además tales intereses se refieren a un bien indivisible insusceptible de división en partes que puedan ser atribuibles individualmente a cada uno de los interesados. Éstos se hallan así en una especie de comunidad tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno sólo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno sólo constituye, *ipso facto*, lesión a la colectividad entera.

Surge así la necesidad contemporánea —expresa ANDORNO— de proteger a dichos intereses difusos, entre los cuales, conforme lo hemos dicho anteriormente, ocupan un lugar destacado los relativos a la protección de los consumidores. De este modo, se procura superar la concepción clásica, tradicional, individualista, centrada fundamentalmente en la defensa de los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas, dándose paso a una verdadera transformación social del derecho, con una visión más solidaria y humana que tienda a enaltecer las denominadas calidades de vida de la población¹⁰¹.

§ 167. **CONSUMIDOR. CONSUMISMO. CONSUMERISMO.** — Los STIGLITZ¹⁰², en la necesidad de precisar el concepto de consumidor, se refieren a estos tres términos: *consumidor*, *consumismo* y *consumerismo*, y nos dan los siguientes conceptos:

a) El *consumidor* es quien consume; y según el Diccionario de la Lengua Española, “consumir” es destruir, extinguir, utilizar comestibles y otros géneros.

Desde el punto de vista jurídico, y conforme al Código Civil, resulta que consumidor es quien se sirve de cosas consumibles, es decir, “aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad” (art. 2325, parte 1ª, Cód. Civil).

Sin embargo, el concepto de consumidor, cuando nos referimos a la necesidad de su tutela dentro de esta nueva concepción del derecho, es otro, pues ya no se entiende necesaria la calidad de cosa consumible a que alude el art. 2325 del Cód. Civil para que haya consumidor, sino que se extiende a todo bien o servicio para la satisfacción de las necesidades físicas y espirituales del individuo.

A título de ejemplo, se ha señalado que la ley 19.724 de prehorizontalidad, contiene normas protectoras (como los arts. 13 y 14)

¹⁰¹ ANDORNO, *Responsabilidad por productos elaborados*, Zeus, 19/12/90, p. 5.

¹⁰² STIGLITZ - STIGLITZ, *Contratos por adhesión*, p. 34 y siguientes.

que bien puedan entenderse incluidas en el “derecho del consumidor”, pese a que son cosas no consumibles, pues, en la actualidad, la doctrina es pacífica en reconocer que cierto tráfico inmobiliario se halla contenido en ofertas masivas, y se ha generalizado su contratación mediante fórmulas predisuestas, lo que hace ineludible que su regulación integre el capítulo de protección de los intereses económicos de los consumidores¹⁰³. Así lo prevé el art. 1º de la ley 24.240, en especial el inc. c.

b) Por *consumismo* se entiende la adquisición y utilización casi incontrolada, poco racional, de bienes y servicios de todas clases, como resultado de la incitación hecha por los empresarios para el aumento del consumo más allá de la satisfacción de las necesidades. Ésta es la consecuencia –en la llamada sociedad de consumo– del empleo de técnicas de persuasión cuya mira es el consumidor como protagonista de la vida económica: para él se produce, a él se trata de captar, a él se le procura vender.

c) El *consumerismo* se opone al consumismo en cuanto trata de encauzar esa demanda desbordada e irracional de bienes y servicios, cuyos efectos desfavorables para el público derivan de las modernas técnicas de contratación masiva donde el consumidor queda a merced de la empresa, desde la base preparatoria del negocio, hasta la etapa que importa la exigencia de cumplimiento. Expresan los STIGLITZ¹⁰⁴ que en un contexto hostil a la formación consciente y deliberada de contratar, y en un ambiente insensible a la falta de capacidad negociadora del consumidor, surge el *consumerismo*, que comprende en todos sus aspectos el complejo jurídico destinado a la protección de los consumidores.

Aun en los países que, como el nuestro, carecen de regulación ordenada y específica al respecto, el *consumerismo* puede conformar un fondo común susceptible de ser unificado en un texto, a los fines de la protección del consumidor¹⁰⁵.

Sin embargo, cabe aclarar que la tutela no sólo ha de estar dirigida a la protección del consumidor en sentido estricto, sino también del usuario que se ve sujeto a problemas y presiones similares.

§ 168. **PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.** – Surge así esta preocupación dentro de las contrataciones en masa: los consumidores son

¹⁰³ STIGLITZ - STIGLITZ, *Contratos por adhesión*, p. 34 y siguientes.

¹⁰⁴ STIGLITZ - STIGLITZ, *Contratos por adhesión*, p. 34 y siguientes.

¹⁰⁵ Advertimos que tanto *consumismo* como *consumerismo* son expresiones extrañas a nuestro idioma; en la medida que resulten útiles para perfilar las ideas expuestas precedentemente se verá si el lenguaje jurídico o, incluso, el lenguaje común aceptan estos neologismos. Entre tanto, con esta salvedad, consideramos útiles los conceptos que bajo tales expresiones hacen estos autores.

considerados la parte débil frente a las empresas, de modo que hablar de su tutela es ir más allá de lo que ellos mismos pudieron pretender según la letra del contrato celebrado; significa otorgarles una protección jurídica, pues se parte de la base de que han debido aceptar sin discusión las cláusulas impuestas por los empresarios. Según los BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, lo que nació como protección del consumidor se está convirtiendo en protección del individuo particular, y no es sino una nueva manifestación de la evolución social del derecho, que obliga a abandonar el principio de la igualdad formal ante la ley para tratar de proteger a la parte más débil, y al igual que ha sido necesario establecer un derecho del trabajo para proteger a los trabajadores, parte más débil de la relación laboral, hoy se considera preciso proteger al consumidor o más exactamente al individuo particular que se encuentra generalmente inerte frente a las empresas y a los profesionales con los que se relaciona.

Estos autores afirman, sin embargo, que hasta ahora la noción del consumidor se refiere fundamentalmente al particular que adquiere bienes o servicios en el mercado *para su uso privado*. Ésta es precisamente la noción que aparece en la carta de protección de los consumidores elaborada por el Consejo de Europa¹⁰⁶.

Esto ha generado una corriente de opinión que en casi todo el mundo se manifiesta en el llamado “derecho del consumidor”. Hay que advertir que una cosa es la tutela o protección de los consumidores y otra es el “derecho del consumidor” (o como lo denomina FARJAT, “derecho del consumo”), considerado como una nueva rama de la ciencia jurídica.

§ 169. **DERECHOS DEL CONSUMIDOR.** – Mencionar la protección de los consumidores es referirse a los derechos de quienes contratan asumiendo este papel en el tráfico en masa. En cambio, el derecho del consumidor es el conjunto orgánico de normas –capaces de constituir una rama del derecho– que tienen por objeto la tutela de quienes contratan para la adquisición de bienes y servicios destinados, en principio, a la satisfacción de necesidades personales.

La protección de los consumidores ha alcanzado en los últimos tiempos gran importancia, con notable repercusión en el ámbito del derecho mercantil y en todas las relaciones comerciales en que aparece la figura del consumidor o del usuario. Desde hace un tiempo pueden encontrarse algunas normas en la legislación de nuestro país y de otros, las que, pese a no estar integradas en un cuerpo orgánico tienen la concreta finalidad de proteger a los consumidores y usuarios. En nuestro país podemos citar, en este sentido, leyes sobre el

¹⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 28.

control administrativo en materia de productos farmacéuticos o alimenticios; en el contrato de seguro; la regulación favorable a los locatarios de viviendas, etcétera. Pero lo que es absolutamente nuevo, es la idea de llevar a cabo una política global, dirigida a otorgar esa protección mediante un derecho del consumidor¹⁰⁷. Existen para ello, razones determinantes: la ampliación de los mercados, los avances tecnológicos, y la influencia cada vez mayor de los medios de comunicación social y de la publicidad comercial –permiten la realización de eficaces campañas publicitarias–, que colocan al consumidor individual sin posibilidad de defender sus legítimos intereses y, ni siquiera, de poder elegir de la manera más adecuada a sus propios intereses. Es común que el consumidor no esté en condiciones de juzgar por sí mismo sobre la bondad de los productos o servicios que le son ofrecidos: no tiene ninguna posibilidad de influir en el mercado, ni en cuanto a precios, ni a calidades, ni a condiciones o modalidades de contratación. Se ve sometido a una extraordinaria y permanente presión por parte de la publicidad que reduce su capacidad crítica. Agréguese a todo ello la desproporción entre los medios de que dispone el consumidor normal, aislado, para hacer valer sus derechos, y los que poseen las empresas cuyos productos o servicios adquiere.

Esta situación afecta a la mayor parte de la población y, por lo tanto, es lógico que se plantee como una necesidad ineludible la de llevar a cabo una legislación y actuación sistemáticas, tendientes a la protección de los consumidores¹⁰⁸.

§ 170. **ORDENAMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR.** – Como hemos dicho, el derecho del consumidor se plantea como una nueva rama del ordenamiento jurídico (así como surgió el derecho del trabajo), con principios generales propios y objetivos definidos; pero parece claro que no es correcto ni posible incluir toda la regulación relativa a la protección de los consumidores *en una sola ley*.

Sin embargo, hay que partir de la idea de que una exigencia del ordenamiento jurídico es *su propia coherencia*, para lo cual deben evitarse normas total o parcialmente contradictorias, o que sometan un mismo supuesto de hecho a reglas diferentes, porque producen inseguridad y dificultan los fines de este derecho¹⁰⁹.

En nuestro país, la ley 24.240, se denomina “ley de defensa del consumidor”, lo cual conduce a cierto equívoco porque en verdad no existe la clase de los consumidores, ni la ley va dirigida a determi-

¹⁰⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 22.

¹⁰⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 23.

¹⁰⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 19.

nado sector de la población. Todos los habitantes del país son consumidores según sus posibilidades económicas. La ley 24.240 se refiere a las relaciones jurídicas que tienen por objeto la adquisición de bienes y servicios por parte de quienes los adquieren para satisfacción personal (o de sus familiares o allegados), y no para volcarlos nuevamente al mercado tal como estaban o dándoles una nueva forma o utilidad. No es un “estatuto de los consumidores”, sino que se trata de normas que integran el régimen contractual del Código Civil y del Código de Comercio.

§ 171. **CONCEPTO AMPLIO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR.** – Al hablar de la protección del consumidor, se trata de asegurar tanto la protección física de los consumidores como la protección de sus intereses económicos. Cabe recordar que la resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea (ahora Unión Europea) establece cinco categorías de derechos fundamentales del consumidor, que han de ser debidamente tutelados: *a)* a la protección de su salud y de su seguridad; *b)* a la protección de sus intereses económicos; *c)* a la reparación de los daños sufridos; *d)* a la información y a la educación, y *e)* a la representación, esto es, derecho a ser oído para la adopción de medidas que puedan afectarlos. En esta enumeración las tres últimas categorías de derechos son instrumentales, destinadas a conseguir la efectivización de los derechos enunciados en las dos primeras, que son las verdaderamente fundamentales¹¹⁰.

§ 172. **ANTECEDENTES EXTRANJEROS.** – En los Estados Unidos de América hallamos un antecedente en la ley de 1914, que fundó la FTC (Comisión Federal de Comercio), el organismo federal que regula la mayor cantidad de prácticas de mercado. Esta ley fue una enmienda de la ley Sherman, aprobada por el Congreso en 1890 a causa de las protestas públicas sobre el modo en que los grandes monopolios trataban al consumidor y a la pequeña empresa. La Comisión está integrada por cinco miembros designados por el presidente de la Nación. Suelen ser abogados y la designación dura siete años. Una de sus funciones es dictaminar sobre anuncios que se consideran “engañosos”, a partir de quejas externas o de sus propias investigaciones. Si sus miembros deciden que la publicidad es ilegal, cuentan con un poder formidable. La FTC puede imponer multas y otras penalidades e, incluso, obligar a los anunciantes a patrocinar anuncios “correctivos”. Sin embargo, aunque la espada de la FTC puede ser filosa, corta con lentitud¹¹¹.

¹¹⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 302.

¹¹¹ CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 144.

Recuerda BAGDIKIAN el importante movimiento de protección a los consumidores, en los Estados Unidos, erigido en torno del abogado RALPH NADER y aventajados estudiantes universitarios, que obtuvo datos sistemáticos sobre bienes de consumo peligrosos y prácticas comerciales fraudulentas y procedió a su denuncia pública¹¹².

Respecto de los avisos engañosos emitidos a través de la televisión y la radio comerciales, CLARK señala que en Gran Bretaña, son vigilados por el Departamento de Emisión Independiente (IBA)¹¹³.

Se ha considerado que es un texto legal que induce a error, y que tampoco queda siempre claro frente a quién podrá ejercer sus derechos el consumidor o usuario cuando está frente a otro particular que no desempeña una actividad empresarial o profesional. Este planteamiento contradiría totalmente la propia idea que justifica la necesaria protección de consumidores y usuarios, pues esa idea parte de la desigualdad en que se encuentran los particulares frente a las empresas, a los profesionales y a la Administración pública cuando contratan con ellos o cuando consumen o utilizan bienes o servicios producidos en el ámbito empresarial, profesional o de la Administración. Así, cuando se habla de consumidor o usuario es para brindarle la protección legal que trata de evitar las consecuencias de esa desigualdad¹¹⁴.

§ 173. **PERSONAS FRENTE A LAS CUALES SE PROTEGE AL CONSUMIDOR.** – Según el criterio de la ley española, para calificar a una persona como consumidor o usuario y brindarle la consiguiente tutela, es del todo indiferente quién haya producido o suministrado el bien o el servicio adquirido o utilizado: “Cualquiera que sea, de naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los [bienes o servicios] producen, facilitan, suministran o expiden”. Resulta indiferente, para la calificación como consumidor o usuario y la tutela pertinente, que la persona que produce o proporciona el bien o el servicio, sea un empresario actuando como tal, o que sea un particular que no realiza con este acto ningún tipo de actividad empresarial, si bien ésta excede del ámbito del derecho mercantil.

El art. 2º, párr. 1º, de la ley 24.240 dispone: “Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de

¹¹² BAGDIKIAN, *El monopolio de los medios de difusión*, p. 68.

¹¹³ CLARK, *Los creadores del consumo*, p. 146; relata este autor que en enero de 1988, el gobierno inglés anunció propuestas para la radio comercial, incluyendo nuevas emisoras nacionales y de “comunidad”. Se entendió que esta decisión anunciaba el fin del papel del IBA en la radio. Una ley del Parlamento otorga al IBA el deber y el derecho de prohibir todo aviso que se pueda considerar engañoso, y decidir qué clase de aviso y métodos publicitarios se pueden excluir (ver también p. 163 y siguientes).

¹¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 134.

naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan, o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas”.

§ 174. **AMPLITUD DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR. DIFERENCIAS ENTRE LAS NORMAS QUE PROTEGEN LOS LEGÍTIMOS INTERESES ECONÓMICOS Y LAS QUE PROTEGEN LA SALUD.** – Dentro del amplio contenido del derecho del consumidor cabe ubicar, por una parte, las normas destinadas a proteger la salud y la seguridad de los consumidores y, por la otra, la protección de sus intereses económicos.

Las normas básicas de tutela a consumidores y usuarios están contenidas de modo específico en la ley 24.240, cuyo art. 3º establece que “las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas”. Conforme a ello nos ocuparemos de las distintas leyes que contienen preceptos a tal fin.

Con respecto a la protección de la salud en nuestro país debemos referirnos al Código Alimentario Argentino, a los códigos, leyes y reglamentaciones sobre bromatología de provincias y municipalidades; así como las normas que regulan la venta de medicamentos y productos similares.

En cuanto a las medidas de seguridad sobre la integridad física de las personas y de las cosas de los usuarios en los servicios de transporte, espectáculos públicos, hotelería, lugares de esparcimiento, etc., son numerosas las normas de carácter administrativo vigentes en el ámbito nacional, provincial y municipal.

Cabe señalar que, en tanto las normas y las teorías desarrolladas sobre protección de los intereses económicos del consumidor son recientes, y puede decirse que nacen con el movimiento de protección a los consumidores (constituyendo por ello la esencia de ese movimiento), las normas de protección a la salud y a la seguridad tienen una larga tradición en todos los ordenamientos jurídicos, porque se vinculan al derecho sanitario en general. El Código Alimentario Argentino se trata de un cuerpo normativo que ya existía, de gran significación, anterior al desarrollo del derecho del consumidor; pero no puede desconocerse que, si bien desde una perspectiva distinta, se ha insertado dentro de la protección a los consumidores cuya tutela no puede centrarse exclusivamente en la protección de los intereses económicos¹¹⁵.

¹¹⁵ Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, cabe pensar que, aunque no se hubiera integrado la protección de la salud y de la seguridad en la

§ 175. **CONTENIDO DE LA PROTECCIÓN A LOS LEGÍTIMOS INTERESES ECONÓMICOS.** – Se trata del derecho que tiene el adquirente de bienes y servicios a contratar en condiciones equitativas. Ello implica que el adquirente necesita estar protegido en la fase de promoción del bien o servicio para evitar que sea engañado. Tiene que estar protegido en el momento de celebrar el contrato, para asegurar que mantenga su libertad de contratar (o de no contratar), y hacerlo en condiciones que eviten abusos en su contra; además, en el momento del perfeccionamiento el consumidor también tiene derecho a conocer exactamente los términos del contrato.

Por último, en la ejecución del contrato, el consumidor tiene derecho a una garantía y a un servicio de posventa adecuados y, por supuesto, a exigir las responsabilidades correlativas¹¹⁶.

§ 176. **PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR COMO FACTOR DE EQUILIBRIO EN LOS MECANISMOS DEL MERCADO. SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO COMERCIAL.** – Según los BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, no debe olvidarse que unos y otros intereses –de los consumidores, de los competidores y del propio sistema competitivo de mercado– no se hallan tan separados como pudiera parecer a primera vista. Así, por ejemplo, en el segundo programa de la Comunidad Económica Europea (ahora Unión Europea) para una política de protección e información de los consumidores, del 19 de mayo de 1981, se reconoce que con ello se trata de poner al consumidor en situación de cumplir su función de factor de equilibrio en los mecanismos del mercado.

Es decir que, al proteger al consumidor, se protege indirectamente el sistema competitivo de mercado y a los propios competidores. Ello es lógico, pues dentro del sistema competitivo de mercado, teóricamente se parte de la idea según la cual el consumidor debiera actuar de árbitro para decidir qué ofertas son las que han de merecer su preferencia, ya que de esto resulta la captación de la clientela. Pero, en la realidad el consumidor no está en condiciones de ejercer adecuadamente la función que el sistema le tiene encomendada, y, por tanto, el sistema mismo no puede funcionar en su conjunto. Por eso, debido a que en los últimos tiempos se ha puesto de manifiesto que el consumidor no está ya en condiciones de cumplir la función económica que le corresponde en el sistema, es por lo que ha reaccionado el ordenamiento jurídico: para tratar de volver a poner al consumidor en una situación legal que le permita ejercer esa función, esencial para que el sistema no se desvirtúe. Por consiguiente,

protección de los consumidores, seguiríamos protegidos en la misma medida por las normas dictadas en esa materia (*Estudios*, p. 142).

¹¹⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 145.

cuando se protege al consumidor se protege indirectamente a los competidores y al conjunto del sistema competitivo.

§ 177. **PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO MERCANTIL.**

La protección de los consumidores ha sido ajena al derecho mercantil tradicional; al contrario, dados los orígenes históricos y su posterior desarrollo, esta inquietud no podía ser tomada en consideración.

El derecho mercantil aparece en la Edad Media vinculado al tráfico interlocal, sobre la base de los usos y costumbres, y se aplicó, en un principio, solamente a los comerciantes con relación a las operaciones propias de su actividad profesional: regulaba las relaciones entre comerciantes, en cuanto tales. Por consiguiente, para este derecho mercantil tradicional no podía tener sentido la protección del consumidor, por la razón elemental de que las relaciones con los consumidores estaban precisamente excluidas del ámbito de aplicación de las normas mercantiles. Esta característica del derecho mercantil medieval, vinculado al incipiente espíritu capitalista de los grandes comerciantes, nace como contraposición no sólo del derecho común, sino también del derecho de los mercados locales, que eran rígidamente reglamentaristas, precisamente para proteger a los consumidores¹¹⁷.

a) *POSTERIOR DESARROLLO DE LA TUTELA AL CONSUMIDOR EN EL CAMPO DEL DERECHO COMERCIAL.* El reconocimiento de la necesaria tutela al consumidor comienza a desarrollarse a principios del siglo xx, en materia de marcas, nombres comerciales, competencia desleal. Del criterio originario, según el cual esa normativa se establecía en atención exclusiva a los intereses de los empresarios competidores, se pasa a un enfoque más amplio, en el sentido de que también los consumidores merecían ser objeto de protección en ese ámbito, pues se reconoce el interés de éstos en la aplicación de las normas establecidas para regular el comportamiento de las empresas en el mercado.

Mediante otras normas se han ido incorporando disposiciones legales que, en forma directa o indirecta, tienen en cuenta los derechos del consumidor.

Podemos citar, en nuestro país, las siguientes leyes: ley 22.802 de lealtad comercial; ley 22.262, de defensa de la competencia; ley 22.362, de marcas y designaciones, y ley 20.091 de entidades de seguros.

Además, desde hace varias décadas se viene produciendo una intervención de tipo administrativo para controlar el acceso al mercado de empresas en determinados sectores de la actividad econó-

¹¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 30.

mica, como ocurre con el seguro y las entidades financieras. Ese control, previsto por la ley, no se establece sólo en beneficio de los consumidores, pero es, sin duda, un medio importante mediante el cual puede llevarse a cabo la protección de los adquirentes y usuarios. Normas de esa clase (que existen desde hace mucho para compañías aseguradoras y bancarias) también se han establecido para agencias de viajes, empresas de transporte, etcétera.

b) *NECESARIA ACTUALIZACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL.* Dentro del derecho del consumidor se contemplan los derechos de los consumidores y usuarios, en forma amplia, desde distintos ángulos. En el campo del derecho comercial se consideran, en alguna medida, los derechos de los consumidores pero sólo en cuanto éstos puedan verse afectados en las contrataciones sujetas a las modalidades impuestas por el comercio en masa.

El derecho comercial no puede, entonces, permanecer indiferente a la protección del consumidor recurriendo a normas e interpretaciones jurisprudenciales no adecuadas a las necesidades y nuevas facetas de la vida moderna. Constituye un imperativo prioritario este *aggiornamento*, dado que las normas del derecho civil sobre obligaciones y contratos, así como las contenidas en nuestro vetusto Código de Comercio, son insuficientes a este fin; basta confrontarlas con las disposiciones contenidas en la ley 24.240, que echan por tierra algunos principios de nuestro Código Civil que parecían inamovibles. En efecto:

En el derecho civil el dirigismo contractual es un atentado al principio básico de que el contrato es el resultado de la libre voluntad de las partes contratantes. Por ello las cláusulas del contrato, en principio, obligan a las partes como la ley misma (art. 1197, Cód. Civil). Pero en materia comercial el control constituye una necesidad, pues deben dictarse ciertas medidas de ordenamiento del tráfico en masa y de protección a los consumidores frente al poder de las empresas, que imponen su ley.

Independientemente del papel que tiene asignado el denominado derecho del consumidor, es indudable que la tutela que el ordenamiento jurídico actual debe brindar a la parte débil de la relación contractual ha de manifestarse en el ámbito del derecho comercial, pero sin incurrir en la idea de que este derecho se limite a transformarse en un derecho protector sólo de este sector de la vida económica actual. Tampoco es necesario que el concepto de consumidor sea el mismo en el derecho comercial que en el derecho del consumidor.

Por eso cabe pensar que en el ámbito del derecho mercantil, según las circunstancias, pueden ser protegidos como consumidores no sólo personas individuales, sino también personas jurídicas e, inclu-

so, profesionales, artesanos o pequeños empresarios, cuando la situación de inferioridad en que éstos se hallen sea equiparable con la del consumidor final. Así, por ejemplo, resulta indudable que en la protección que brindan las normas sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia cabe incluir a ciertos empresarios, para resguardarlos de las prácticas abusivas que puedan realizar las empresas con posición de dominio en el mercado¹¹⁸.

c) *EN EL DERECHO MERCANTIL LA TUTELA FRENTE A LA PARTE DOMINANTE EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL VA MÁS ALLÁ DEL SIMPLE CONSUMIDOR.* Dato relevante para protección es la posición dominante en el mercado de una de las partes. Por ello la necesidad de tutela de la parte débil en la contratación mercantil ante las cláusulas y modalidades abusivas, tiene que ir más allá del consumidor. En un contrato de concesión o de transferencia de tecnología, por ejemplo, existe una parte que impone su voluntad contractual mediante las cláusulas predisuestas, por lo que la parte adherente merece que su situación sea contemplada desde un ángulo distinto al del predisponente.

Todos los esfuerzos hechos por la moderna ciencia jurídica, para determinar el concepto de consumidor dentro del marco del derecho del consumidor son elogiables; pero esa preocupación, al trasladarse al ámbito del derecho comercial no debe hacernos perder de vista que los consumidores no son los únicos contratantes con las grandes empresas (aunque constituyen, seguramente, una amplísima mayoría) que están sometidos a las cláusulas predisuestas, a las condiciones generales de contratación y a las demás modalidades impuestas por el moderno tráfico mercantil.

Por eso, también pueden considerarse dignos de tutela los empresarios que sufren las consecuencias de la desigualdad, o sea todos aquellos que para adquirir bienes o servicios se ven obligados a contratar con un empresario que tiene una posición dominante en el mercado, tanto si realizan la adquisición para atender sus necesidades privadas como para cumplir una actividad empresarial. Es decir, que a los fines que nos ocupan no interesa determinar si se trata o no de un *consumidor final*, pues en nuestra opinión cabe incluir a todos los clientes, sin que sea relevante el hecho de que ellos actúen o no en condición de empresarios. Entendemos, pues, que para brindar una adecuada tutela a quien se ve constreñido a contratar en condiciones de inferioridad no es requisito que el cliente adquiera los bienes o servicios para su uso privado.

El requisito de que el cliente ha de ser consumidor rige, por ejemplo, en el derecho *antitrust* de la Comunidad Económica Euro-

¹¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 28.

pea y en las disposiciones legales de la República Federal Alemana sobre la llamada “responsabilidad del fabricante”. Al lado de esta concepción se halla la noción más restringida de consumidor, entendiéndolo como *consumidor final*, caracterizado básicamente como la persona física que adquiere bienes o servicios para su uso privado, incluyéndose en general, dentro de ese uso privado, un uso familiar o doméstico. Para esta tesis, cierta corriente de opinión utiliza como criterio delimitador del concepto de consumidor el hecho de que su actuación sea ajena a cualquier forma de actividad empresarial o profesional.

En verdad, el concepto más generalizado es el que tiene en cuenta el consumo o uso privado, familiar o doméstico, como finalidad de la operación realizada por una persona física, para calificar al sujeto como consumidor.

§ 178. **ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE “DÉBIL” EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN NUESTRO PAÍS.** – Nos referiremos a los principales institutos.

a) **LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.** La ley 22.262, sobre represión de las prácticas que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, tiene por finalidad directa proteger el sistema de economía de mercado mediante el mantenimiento de la competencia; pero también protege indirectamente los intereses de los consumidores, pues la falta de libre competencia coloca a éstos en una situación de mayor inferioridad¹¹⁹.

Conforme señala PIGRETTI, en el derecho positivo argentino existen otras leyes destinadas en forma directa o indirecta a lograr este objetivo. Entre ellas se puede citar la ley 17.811, que regula el funcionamiento de las bolsas de comercio y los mercados, en especial, los mercados de valores.

El Código Aduanero (ley 22.415) procura otorgar a los industriales de nuestro país, un mecanismo de protección arancelaria para resguardarlos de la competencia extranjera, cuando ésta pretende introducir al país mercaderías con precios subvencionados, promocionados o de competencia desleal. Estas normas destinadas, en primer lugar, a la defensa de los industriales argentinos tienen, sin embargo, una repercusión mediata en los intereses del consumidor, pues apuntan a evitar una competencia desleal que pueda significar el derrumbe de ese sector de la industria nacional, a raíz de lo cual, el público se hallará luego sometido a las políticas de quienes

¹¹⁹ Ver PIGRETTI, *La nueva ley de defensa de la competencia*, ED, 98-857; ahí cita opiniones de CORNEJO, ITURRIOZ y CHRISTENSEN.

pueden, de este modo, llegar a ser los “dueños” del mercado. FIGRETTI señala los siguientes medios de protección contenidos en el Código Aduanero: 1) precios oficiales CIF; 2) impuestos de equiparación de precios; 3) valores normales mínimos de importación; 4) derechos de importación específicos, y 5) gravámenes *antidumping* o derechos compensatorios.

Mediante los precios oficiales CIF se procura que dichos valores no desvirtúen la noción de valor real de mercadería a la que se aplique el mencionado derecho de importación¹²⁰.

Se pretende, pues, asegurar la libre competencia en un pie de igualdad entre todas las empresas, con el objeto de garantizar la plena concurrencia de todo tipo de mercadería o servicio al mercado, lo cual, tarde o temprano, redundará en *beneficio del propio consumidor*.

En cuanto a la ley 22.262, ésta tiene por objeto, según el mensaje dirigido al Poder Ejecutivo y conforme surge de su art. 1º, garantizar la concurrencia a los mercados y reprimir las conductas que lesionen la libre competencia, asegurando el adecuado mecanismo de formación de los precios.

Es importante destacar que, según el art. 1º, la ley no sólo prohíbe y sanciona la distorsión de la competencia, sino también el abuso de una *posición dominante* en el mercado.

El art. 2º determina que existe posición dominante, a los fines previstos en ella, cuando: 1) hay un solo oferente o demandante dentro del mercado nacional; 2) sin ser ésta la única persona que actúa en el mercado, no está expuesta a competencia sustancial, y 3) siendo dos o más personas para un mismo tipo de producto o servicio, no existe competencia efectiva entre ellos o sustancial de terceros en el mercado.

Sin embargo, la posición dominante por sí sola no constituye transgresión a la ley si no hay un abuso de esa posición en perjuicio del interés general. Es oportuno transcribir aquí lo expuesto por FIGRETTI acerca de qué es una posición dominante en un mercado, y a la vez cita el dictamen de la Comisión de la Comunidad Europea, en el caso “Continental Car”, que dice: “La empresa está en posición dominante cuando tiene el poder de comportarse independientemente, puede actuar sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores. Por la porción de mercado que controla, disponibilidad de conocimientos técnicos, materias primas o capital, puede tener el poder de determinar precios o controlar la producción o distribución en una parte significativa de los productos en cuestión”. Y, refiriéndose a la ley 22.262, dice este autor: “El abuso consistiría en

¹²⁰ FIGRETTI, *La nueva ley de defensa de la competencia*, ED, 98-857.

el uso de la posición de dominio del mercado para restringir en forma importante el acceso al mismo de los productos de las demás empresas que concurren a formarlo, con daño para el interés económico general... Un acuerdo sobre precios, un acuerdo para impedir el ingreso de un competidor al mercado, un acuerdo para repartirse geográficamente en exclusividad el mercado, por su gravedad afecta el interés económico general al impedir una efectiva competencia”¹²¹.

Los alcances de la ley 22.262 se relativizan bastante, pues, como dijimos, para que se apliquen las sanciones previstas no basta que haya de parte de la empresa, o empresas, una posición dominante en el mercado que se use en detrimento del público consumidor, sino que es indispensable que el abuso lo sea en perjuicio del interés económico general.

Conviene detenernos a analizar algunos de los incisos del art. 41 de la ley 22.262:

1) El inc. *a* del citado artículo describe como conductas restrictivas de la competencia o abusivas de una posición dominante en el mercado, las de “fijar, determinar o hacer variar directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado”.

2) El inc. *c* hace punible “establecer mediante acciones concertadas las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización”.

3) El inc. *e* reprime “celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento”¹²².

4) El inc. *f* sanciona a quien impida u obstaculice, “mediante acuerdos o acciones concertadas el acceso al mercado de uno o más competidores”.

5) El inc. *g* reprime la negativa, *mediante acción concertada* y sin razón fundada “a satisfacer pedidos concretos para la compra o venta de bienes y servicios”, desabasteciendo así la pretensión de algún sector que concurre al mercado.

6) El inc. *h* reprime a quien imponga “mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales”.

7) El inc. *i* castiga la destrucción, “como parte de una acción concertada [de] productos en cualquier estado de elaboración o pro-

¹²¹ PIGRETTI, *La nueva ley de defensa de la competencia*, ED, 98-857.

¹²² Se trata de los *kartell* (carteles), que consisten en acuerdos entre empresas para repartirse geográficamente el mercado o la clientela, y así evitar la competencia entre ellas.

ducción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o transportarlos”.

8) El inc. *d* prevé el caso de “subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

Como vemos, la ley 22.262 pone especial énfasis en la *concer-tación de la acción*.

b) *LEY DE ABASTECIMIENTO*. La ley 20.680, denominada ley de abastecimiento, contiene normas que tutelan los derechos de los consumidores, pues trata de evitar prácticas, acciones u omisiones tendientes a sustraer del mercado los bienes o servicios destinados a la alimentación, vestuario, salud, cultura, esparcimiento, etc., necesarios para mantener cierto nivel de vida en una comunidad civilizada de nuestros días.

c) *LEY DE LEALTAD COMERCIAL*. La ley 22.802 tiene por objetivo directo evitar la competencia desleal mediante publicidad, o por el modo de identificar la mercadería u otras prácticas que induzcan a error o produzcan confusión en el público. De esta manera, tales normas vienen a tutelar los derechos de los consumidores, pues tratan de evitar que sean víctimas de engaños. Pasaremos ahora, revista a los tópicos principales de esta ley.

1) *IDENTIFICACIÓN DE LA MERCADERÍA*. El cap. I trata de la identificación de la mercadería. El art. 1º dispone: “Los frutos y los productos que se comercialicen en el país envasados llevarán impresas en forma y lugar visible sobre sus envases etiquetas o envoltorios, las siguientes indicaciones: *a*) su denominación; *b*) nombre del país donde fueron producidos o fabricados; *c*) su calidad, pureza o mezcla, y *d*) las medidas netas de su contenido”.

En el art. 4º, la ley exige que las inscripciones colocadas en los envases, etiquetas o envoltorios deberán estar escritas en idioma nacional, salvo excepciones de uso común en el comercio o que se trate de marcas registradas.

Dispone el art. 5º: “Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas o envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción”.

Cabe destacar el párr. 2º del art. 6º, que dispone: “Los comerciantes mayoristas y minoristas no deberán comercializar frutos o productos cuya identificación contravenga lo dispuesto en el art. 1º

de la presente ley. Asimismo serán responsables de la veracidad de las indicaciones consignadas en los rótulos cuando no exhiban la documentación que individualice fehacientemente a los verdaderos responsables de su fabricación, fraccionamiento, importación o comercialización”.

2) *DENOMINACIONES DE ORIGEN.* El cap. II se refiere a las denominaciones de origen. El art. 7º ordena: “No podrá utilizarse denominación de origen nacional o extranjera para identificar un fruto o un producto cuando éste no provenga de la zona respectiva, excepto cuando hubiera sido registrada como marca con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley. A tal efecto se entiende por denominación de origen a la denominación geográfica de un país, de una región o de un lugar determinado, que sirve para designar un producto originario de ellos y cuyas cualidades características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico”.

3) *PUBLICIDAD ENGAÑOSA.* El cap. III contempla dos aspectos: la publicidad engañosa y la promoción mediante premios.

Con respecto a la publicidad engañosa, dispone el art. 9º: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

4) *PROMOCIÓN MEDIANTE PREMIOS.* En cuanto a la promoción mediante premios, establece el art. 10: “Queda prohibido:

a) El ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón directa o indirecta de la compra de mercaderías o la contratación de servicios, cuando dichos premios o regalos estén sujetos a la intervención del azar.

b) Promover u organizar concursos, certámenes o sorteos de cualquier naturaleza, en los que la participación esté condicionada en todo o en parte a la adquisición de un producto o a la contratación de un servicio.

c) Entregar dinero o bienes a título de rescate de envases, de medios de acondicionamiento, de partes integrantes de ellos o del producto vendido, cuando el valor entregado supere el corriente de los objetos rescatados o el que éstos tengan para quien los recupere”.

5) *NORMAS DE DIRECTA TUTELA DE LOS CONSUMIDORES.* El cap. IV, que se refiere a las autoridades de aplicación y sus atribuciones, contiene normas de clara y directa tutela de los consumidores.

Dispone el art. 12: “La autoridad nacional de aplicación tendrá las siguientes facultades:

a) Establecer las tipificaciones obligatorias requeridas para la correcta identificación de los frutos, productos o servicios, que no se encuentren regidos por otras leyes.

b) Establecer los requisitos mínimos de seguridad que deberán cumplir los productos o servicios que no se encuentren regidos por otras leyes.

c) Determinar el lugar, forma y características de las indicaciones a colocar sobre los frutos y productos que se comercializan en el país o sobre sus envases.

d) Establecer el régimen de tolerancia aplicable al contenido de los envases.

e) Establecer los regímenes y procedimientos de extracción y evaluación de muestras, así como el destino que se dará a las mismas.

f) Determinar los contenidos o las medidas con que deberán comercializarse las mercaderías.

g) Autorizar el reemplazo de la indicación de las medidas netas del contenido por el número de unidades o por la expresión venta al peso.

h) Establecer la obligación de consignar en los productos manufacturados que se comercialicen sin envasar, su peso neto o medidas.

i) Obligar a exhibir o publicitar precios.

j) Obligar a quienes ofrezcan garantía por bienes o servicios, a informar claramente al consumidor sobre el alcance y demás aspectos significativos de aquélla; y a quienes no la ofrezcan, en los casos de bienes muebles de uso durable o de servicios, a consignarlo expresamente.

k) Obligar a quienes ofrezcan servicios a informar claramente al consumidor sobre sus características.

l) Disponer, por vía reglamentaria, un procedimiento y la organización necesaria para recibir y procesar las quejas de las personas físicas y jurídicas presuntamente perjudicadas por conductas que afecten a la lealtad comercial, y darle la difusión necesaria para que cumpla debidamente su cometido”.

El art. 13 delega, en las autoridades provinciales, la aplicación de la ley con respecto a los hechos cometidos en su jurisdicción, y que afectan exclusivamente al comercio local.

El art. 22 dispone: “Toda resolución condenatoria podrá ser recurrida solamente por vía de apelación ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal o ante el juzgado federal competente según el asiento de la autoridad que dictó la condena, los que actuarán como tribunal de única instancia ordinaria”. Y en el párr. 2º dice: “El recurso deberá interponerse y fundarse ante la

misma autoridad que impuso la sanción, dentro de los diez días hábiles de notificada la resolución y será concedido en relación y con efecto suspensivo, excepto cuando se hubieren denegado medidas de prueba en que será concedido libremente”.

Consideramos, no obstante, que en el caso de conflicto particular suscitado entre un adquirente del bien o servicio con el proveedor, a raíz del perjuicio sufrido por la violación por parte de este último de las normas impuestas por la ley 22.802 en protección del consumidor sobre identificación de la mercadería o publicidad engañosa, será de competencia la justicia ordinaria, pues tal conflicto resultará de un incumplimiento contractual o de dolo en el cumplimiento del contrato, lo cual es extraño a las funciones conferidas a la autoridad administrativa (y por vía de recurso a la competencia judicial prevista en el art. 22), cuya función es procurar la transparencia del mercado evitando las prácticas de competencia desleal entre las empresas.

d) *LEY DE MARCAS Y DESIGNACIONES.* La ley 22.362, de marcas y designaciones tiene por finalidad directa y principal proteger al titular de una marca registrada (arts. 1º a 26) así como a quien utiliza un nombre o signo para individualizar una actividad (arts. 27 a 30). La ley habla de *derecho de propiedad* de las marcas y de los nombres o signos del establecimiento o actividad, lo que ha de entenderse en un sentido lato y no en el específico de dominio.

La protección de la marca protege en forma indirecta al consumidor, pues procura evitar que éste incurra en errores y adquiera un producto no querido, por confusión en la marca. Incluso se da el supuesto de una protección directa del consumidor en el art. 3º, inc. d, que prohíbe registrar “las marcas que sean susceptibles de inducir a error respecto de la naturaleza, propiedades, mérito, calidad, técnicas de elaboración, función, origen, precio u otras características de los productos o servicios a distinguir”.

En cuanto a la denominación del establecimiento comercial (arts. 27 a 30) también indirectamente se protege al consumidor, pues el art. 28 dispone: “La propiedad de la designación se adquiere con su uso y sólo con relación al ramo en el que se utiliza y debe ser inconfundible con las preexistentes en ese mismo ramo”.

e) *LEY DE ABASTECIMIENTO DE DROGAS Y PRODUCTOS UTILIZADOS EN MEDICINA HUMANA.* La ley 16.462 dispone en el art. 2º: “El Poder Ejecutivo queda facultado para adoptar cuantas medidas fueren necesarias para la contención y disminución de los precios de los productos comprendidos en esta ley. A tales efectos podrá:

a) Dictar normas de ordenamiento de la producción, elaboración, fraccionamiento, transporte y distribución de dichos productos.

b) Regular la importación y exportación de los referidos productos, estableciendo las condiciones en que se efectuarán las mismas.

c) Establecer y verificar existencias; comprobar orígenes y costos; solicitar órdenes de allanamiento y exigir la exhibición de libros y papeles; disponer comparendos y secuestros y todos los demás actos necesarios para el ejercicio de las facultades conferidas en este artículo.

d) Determinar los rubros que inciden en los costos para fijar los márgenes de beneficios que se consideren lícitos.

e) Determinar los precios a los que deberán ajustarse las personas de existencia visible o ideal, en la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento y comercialización de los productos comprendidos en la presente ley.

f) Establecer precios de venta, en todo el país, de los productos que, en cada caso, determine como comprendidos en esta ley, reajustándolos conforme a las oscilaciones del costo real, de oficio o a pedido de parte interesada.

g) Establecer regímenes de fomento y/o promover la creación de cooperativas para la producción, elaboración, fraccionamiento y comercialización de drogas y de los referidos productos.

h) Producir, elaborar, fraccionar y distribuir drogas y productos comprendidos en esta ley”.

El art. 4° establece: “Decláranse de utilidad pública y sujetos a expropiación las drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos y elementos de diagnóstico para uso y aplicación en la medicina humana. El Poder Ejecutivo, en caso de urgencia o emergencia sanitaria, procederá, siguiendo el procedimiento de la ley de expropiación, a depositar, como indemnización previa, el precio de costo más una suma que no podrá exceder del 10% para las materias primas y hasta el precio establecido para los demás productos sometidos al régimen de esta ley, graduado de acuerdo con la etapa de comercialización. Hecho el depósito, el juez, habilitando día y hora, ordenará la inmediata entrega de los productos expropiados, facultando a hacer uso de la fuerza pública y a allanar el domicilio. Los fondos que demande el cumplimiento de esta disposición se tomarán de rentas generales, con imputación a la misma”.

Importantes son las disposiciones contenidas en los arts. 6° y 7°: “Será reprimido con prisión de dos a diez años el que provocare, o tentare, una elevación artificial de los precios o la escasez de mercaderías o demás productos para uso y aplicación en la medicina humana mediante negociación fingida, noticias falsas, disminución de la producción, acaparamiento, retención de ventas o convenio con

otros productores, tenedores o empresarios, todo otro hecho tendiente al mismo fin" (art. 6°). "El delito creado por la presente ley se reputa contra la salud pública y el orden económico nacional, cualquiera fuere el lugar de su ejecución, y serán competentes para entender en los hechos previstos en el art. 6° los jueces federales de sección, y en jurisdicción nacional, los jueces en lo penal económico" (art. 7°).

f) *LEY DE CONTROL DE DROGAS Y PRODUCTOS UTILIZADOS EN MEDICINA HUMANA*. La ley 16.463 tiene por finalidad tutelar al público consumidor mediante normas que aseguren la producción de estas sustancias dentro de "razonables garantías técnicas en salvaguardia de la salud pública y de la economía del consumidor" (art. 2°). Para esto la ley ordena que la importación, exportación, producción, elaboración, fraccionamiento, comercialización o depósito en jurisdicción nacional o con destino al comercio interprovincial, de drogas, productos químicos, reactivos, formas farmacéuticas, medicamentos, elementos de diagnóstico, y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana, sólo podrán realizarse previa autorización y bajo el control del Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública en establecimientos habilitados por él y bajo la dirección técnica del profesional universitario correspondiente, inscripto en dicho Ministerio. Todo ello en las condiciones y dentro de las normas que establezca la reglamentación, atendiendo a las características particulares de cada actividad (arts. 1° y 2°).

1) *REQUISITOS QUE DEBEN REUNIR LOS MEDICAMENTOS*. "Los productos comprendidos en la presente ley deberán reunir las condiciones establecidas en la Farmacopea Argentina y, en caso de no figurar en ella, las que surgen de los patrones internacionales y de los textos de reconocido valor científico. El titular de la autorización y el director técnico del establecimiento serán personal y solidariamente responsables de la pureza y legitimidad de los productos" (art. 3°).

2) *INSTALACIÓN DE LABORATORIOS*. "No podrá autorizarse la instalación de nuevos laboratorios, y se cancelarán los permisos de los existentes, cuando no elaboren sus propios productos y sus actividades se limiten a envasar especialidades preparadas por terceros" (art. 4°).

3) *IDENTIFICACIÓN DE LOS MEDICAMENTOS*. "Los medicamentos que se expendan al público en su envase original, deberán reunir las condiciones técnicas de identificación u otras que establezca la reglamentación. Ésta determinará, asimismo, teniendo en cuenta la naturaleza o peligrosidad del uso indebido de los medicamentos, la condición de su expendio, que podrá ser: libre, bajo receta, bajo receta archivada y bajo receta y decreto" (art. 5°).

4) *CONTROL ADMINISTRATIVO*. “El Ministerio de Asistencia Social y Salud Pública está facultado para proceder al retiro de muestras de los productos mencionados en el art. 1º, a los efectos de verificar si los mismos se ajustan a lo autorizado y declarado y si reúnen las condiciones prescriptas en la presente ley y sus normas reglamentarias” (art. 13).

Por el art. 14 se ordena la creación del Instituto de Farmacología y de Normalización de Drogas y Medicamentos, destinado a:

a) Efectuar el análisis y contralor farmacológico de las drogas, medicamentos, productos dietetoterápicos, cosmetológicos, aguas minerales y otros productos, cuya administración pueda afectar la salud humana, percibiendo los derechos arancelarios que fije la reglamentación.

b) Estudiar y proponer las normas técnicas generales que deben reunir los productos enunciados en el inc. a.

c) Determinar para las drogas no incluidas en la Farmacopea Argentina las normas y condiciones que deben reunir, y proponer a la Comisión Permanente de la Farmacopea Argentina modificaciones a las normas en vigencia oficial.

d) Establecer las normas y condiciones a que deberá ajustarse la preparación y la conservación de los patrones nacionales de drogas y medicamentos.

e) Realizar y promover la investigación integral en el campo de la farmacología en general, y, de manera especial, referida a la indagación de las riquezas naturales nacionales.

f) Realizar los trabajos técnicos que le soliciten personas o instituciones públicas o privadas, mediante los recaudos y la percepción de los derechos arancelarios que fije la reglamentación.

Los derechos arancelarios referidos en los incs. a y f ingresarán al Fondo Nacional de la Salud, con destino al mencionado Instituto” (art. 14).

5) *PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR*. El art. 19 prohíbe:

a) La elaboración, la tenencia, fraccionamiento, circulación, distribución y entrega al público de productos impuros o ilegítimos.

b) La realización de cualquiera de las actividades mencionadas en el art. 1º, en violación de las normas que reglamentan su ejercicio conforme a la presente ley.

c) Inducir en los anuncios de los productos de expendio libre a la automedicación.

d) Toda forma de anuncio al público de los productos cuyo expendio sólo haya sido autorizado ‘bajo receta’.

e) Vulnerar, en los anuncios, los intereses de la salud pública o la moral profesional.

f) Violar, en los anuncios, cualquier otro requisito exigido por la reglamentación”.

g) *CÓDIGO ALIMENTARIO ARGENTINO*. La ley 18.284 en el art. 1° dispone que el “reglamento alimentario” establecido por decr. 141/53 y sus normas modificatorias y complementarias constituye el Código Alimentario Argentino. El decr. 2126/71 aprueba el texto ordenado del reglamento alimentario establecido por el decr. 141/53 (anexo I del decr. 2126/71) y establece el cuerpo de disposiciones que reglamentan la ley 18.284.

El Código Alimentario Argentino, según decr. 2126/71 consta de 1413 artículos.

Se subdivide en:

Disposiciones generales (cap. I); Condiciones generales de las fábricas y comercios de alimentos (cap. II); De los productos alimenticios (cap. III); Utensilios, recipientes, envases, envoltura, aparatos y accesorios (cap. IV); Identificación comercial. Rotulación. Publicidad (cap. V); Alimentos cárneos y afines (cap. VI); Alimentos grasos (cap. VII); Alimentos lácteos (cap. VIII); Alimentos farináceos (cap. IX); Alimentos azucarados (cap. X); Alimentos vegetales (cap. XI); Bebidas hidricas, agua y agua gasificada (cap. XII); Bebidas fermentadas (cap. XIII); Bebidas espirituosas, alcoholes, bebidas alcohólicas destiladas y licores (cap. XIV); Productos estimulantes o frutivos (cap. XV); Correctivos y coadyuvantes (cap. XVI); Alimentos de régimen o dietéticos (cap. XVII); Aditivos alimentarios (cap. XVIII), y Técnicas analíticas (cap. XIX).

1) *IDENTIFICACIÓN COMERCIAL DE LOS ALIMENTOS COMO MODO DE PROTEGER AL CONSUMIDOR*. El Código Alimentario Argentino (t.o. según decr. 2126/71) dedica a este tema el cap. V sobre identificación comercial, rotulación y publicidad, desde el art. 220 al art. 246. De éstos destacaremos a continuación los siguientes.

El art. 220 dispone: “Queda prohibida en la presentación, rotulación, publicidad o propaganda comercial de los productos contemplados en el presente Código, el uso de inexactitudes, exageraciones u ocultamientos capaces de suscitar error, engaño, o confusión”.

Dice el art. 222: “Se entiende por rotulación toda inscripción, leyenda o disposición que se imprima, adhiera o grave a un producto o a su envase o envoltura de presentación comercial, que identifique al mismo, de acuerdo con las normas del presente Código. Toda rotulación, así como el texto de los prospectos o instrucciones que se acompañen al producto, debe ser previamente aprobada por la autoridad sanitaria competente”.

2) *OBLIGACIÓN DE REDACTAR EL RÓTULO EN CASTELLANO.* Establece el art. 223: "Todo producto alimenticio, aditivo alimentario, condimento, bebidas y sus materias primas, que circule o se tenga para la venta, deberá llevar un rótulo visible, redactado en castellano, en el que conste:

1) La designación del producto y su composición exacta en los casos establecidos en el presente Código. Exceptúanse del segundo requisito, del párrafo anterior, los productos que en cada caso determine la autoridad sanitaria nacional y los 'aceites comestibles mezcla' a los que no les está permitido detallar la composición.

2) Peso o volumen neto de cada unidad de venta al público. En el caso de conservas, el peso neto incluirá el peso del medio cuando éste sea un complemento del producto, como, por ejemplo: aceite, salsa, caldo u otros si éstos fueran aprovechables.

3) Nombre y domicilio del productor o fabricante o fraccionador. Si se trata de productos de importación, el lugar de origen, nombre y domicilio del importador, fraccionador, distribuidor o expendedor.

4) La expresión 'Industria Argentina', en lugar visible, en los productos elaborados total o parcialmente en el país.

5) Número del certificado autorizante del producto otorgado por la autoridad sanitaria competente, y número del establecimiento elaborador.

6) Todo otro requisito exigido en el presente Código y leyes y disposiciones concordantes en vigencia".

Dice el art. 226: "Los rótulos para los productos alimenticios argentinos y aditivos alimentarios, destinados al consumo interno, deberán estar redactados en idioma castellano. Podrán incluirse las traducciones que se crean convenientes, pero no deberán ser consignadas en forma y caracteres más preponderantes de las redactadas en castellano".

A su vez, los arts. 242 y 245 disponen: "Queda prohibido el uso de denominaciones vagas o incompletas que no expresen claramente la naturaleza del producto, como ser: harina alimenticia, pescado en aceite, etcétera" (art. 242).

"En ningún caso se permitirá en los comercios de venta, mayoristas o minoristas, la existencia de productos alimenticios en envases que carezcan de los rótulos correspondientes, o que los mismos se presenten ilegibles, sucios, deteriorados o parcialmente arrancados" (art. 245).

3) *INSCRIPCIÓN EN LOS RECIPIENTES.* El art. 230 dispone: "Los recipientes que contengan alimentos, aditivos alimentarios, bebidas y sus materias primas correspondientes, deberán tener inscripciones dan-

do a conocer las denominaciones exactas de los mismos de acuerdo con el presente Código, en forma bien clara y visible, de manera que no puedan provocar engaño o confusión”.

4) *ALIMENTOS A LOS QUE SE ATRIBUYA VALOR CURATIVO.* Dice el art. 235: “En los rótulos o anuncios no podrán emplearse indicaciones que se refieran a propiedades medicinales o terapéuticas. Los productos que lleven indicaciones de esta índole o se expongan a la venta asignándoles algún valor curativo, se considerarán especialidades medicinales y deberán tener la aprobación de las autoridades sanitarias correspondientes”.

5) *PRODUCTOS DE CONSUMO INMEDIATO.* El art. 238 expresa: “En los envases cuyos contenidos puedan experimentar alteraciones ulteriores después de abiertos, deberá indicarse en el rótulo principal o en uno secundario, que el producto es de consumo inmediato. Asimismo, deberá indicarse las condiciones ambientales en que el producto debe ser conservado y la fecha de envasado y vencimiento cuando correspondiere”.

6) *PRODUCTOS DIETÉTICOS.* En cuanto a los productos dietéticos, merecen especial mención los arts. 1340, 1341 y 1345.

“Los alimentos que contengan o se les haya incorporado drogas o sustancias no nutrientes que posean una acción medicamentosa o terapéutica, así como aquellos que en virtud de su composición especial en principios alimenticios o nutrientes se administre con finalidad de medicamento o se anuncie con propiedades terapéuticas, será considerado como especialidad medicinal y su expendio se hará exclusivamente en farmacias” (art. 1340).

“Los alimentos dietéticos deberán ser envasados en su lugar de elaboración, en recipientes adecuados en calidad y tamaño, quedando expresamente prohibido su fraccionamiento y expendio al detalle” (art. 1341).

“Todo establecimiento o empresa que elabore alimentos dietéticos o de régimen comprendidos en este capítulo deberá contar con la dirección técnica de un profesional universitario que por la naturaleza de sus estudios a juicio de la autoridad sanitaria nacional esté capacitado para dichas funciones, el que además asumirá la responsabilidad ante las autoridades sanitarias de la calidad de los productos elaborados” (art. 1345).

§ 179. *TUTELA QUE BRINDAN LAS LEYES MENCIONADAS PRECEDENTEMENTE: RELACIÓN ENTRE CONSUMIDOR (O USUARIO) Y EMPRESA.* – Importa destacar que toda la legislación de la cual surgen normas tutelares de los consumidores trata de protegerlos frente a la actividad de otras personas o entidades. Éstas son, generalmente, empresas,

tanto públicas como privadas, lo que no excluye la posibilidad de ser merecedor de tutela, aun cuando el proveedor no llegue a revestir la calidad de empresario, si bien esta circunstancia resulta cada vez más excepcional.

De cualquier modo, la tutela que debe brindar el ordenamiento jurídico en los supuestos examinados precedentemente, no se limita a los consumidores y usuarios finales, sino que se extiende tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas, no comerciantes y comerciantes, frente a la actitud de proveedores de bienes o servicios, sean éstos empresarios o no.

En la doctrina europea los autores, en general, encaran el estudio de estos temas desde el punto de vista del consumidor, dentro del derecho del consumidor y, por ello, analizan cuidadosamente si las personas jurídicas pueden ser tratadas como consumidores o usuarios a los fines de dicha tutela. Dentro de esta corriente, algunos autores señalan que hay personas jurídicas que son destinatarias finales de los bienes o servicios en el mercado, y, por lo tanto, no procede excluirlas de la tutela. Su situación –dicen estos autores– es equiparable a la persona física, que adquiere los bienes o servicios para su utilización en el ámbito familiar o doméstico. Mas, para algunos autores, la dificultad surge a la hora de determinar qué personas jurídicas pueden ser conceptuadas como consumidores. En tal sentido –para quienes así opinan– hay que exigir que concurren los mismos requisitos que debe reunir el consumidor persona física, es decir, será necesario que se trate de una persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado. No debe considerarse, por tanto, que las cooperativas de consumidores puedan ser consideradas ellas mismas como consumidores, pues no es dudoso que realizan una actividad de comercialización dentro del mercado, sostiene los BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. El hecho de que contraten fundamentalmente con sus propios socios no impide que las cooperativas en cuestión actúen dentro del mercado, puesto que al regir para ellas el principio de puerta abierta, cualquier persona puede hacerse socio y adquirir así los productos o servicios proporcionados por la cooperativa. Además, la transmisión de los bienes o servicios la hace ésta a sus socios a título oneroso, con lo que difícilmente se la podría considerar como destinataria final de los bienes o servicios¹²³.

Desde nuestro punto de vista, para la justa y equitativa solución de los problemas derivados de un contrato comercial no debe inte-

¹²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 135 y 136.

resar la calidad del sujeto que adquiere los bienes o servicios, ni con qué finalidad lo hace; pero sí hay que tener en cuenta la mayor capacidad de negociación y de conocimientos derivados de la calidad de empresario o de aptitudes profesionales que tiene el adquirente no consumidor final (art. 902 y arg. art. 2170, Cód. Civil), en cuyo caso se medirá la situación de igualdad o desigualdad en que se hallen las partes.

§ 180. **PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS EN SU DOBLE PAPEL: CONSUMIDORAS Y PROVEEDORAS.** – Cabe ubicar, dentro de la problemática en estudio, la situación de las pequeñas y medianas empresas frente a las grandes compañías dominantes del mercado, no sólo respecto de la adquisición de bienes o servicios que van a ser utilizados para fines personales, familiares o domésticos, sino de los bienes y servicios que adquieren aquéllas para procesos de producción o comercialización. Para citar un ejemplo, el caso del pequeño empresario que compra una máquina de escribir o un equipo de computación para su establecimiento o un automóvil para sus desplazamientos, tanto profesionales como familiares. En tales circunstancias, a fin de otorgarle tutela frente a las cláusulas predisuestas, no debe interesar si el adquirente es considerado o no como consumidor a los fines de la ley 24.240.

La solución del problema dependerá, necesariamente, del caso concreto planteado, esto es, del derecho que pretenda ejercerse frente al vendedor o proveedor y de las circunstancias en que tuvo lugar la operación.

En otro orden, la denominada protección del consumidor debe brindarse también cuando los bienes y servicios son ofrecidos por pequeñas o medianas empresas, y aun por comerciantes individuales, para evitar situaciones de inequidad, abuso de derecho, o mala fe.

Opinamos que los problemas que plantea el contrato por adhesión van más allá de una mera calificación de consumidor o no consumidor aplicada al adherente, sea éste persona física o persona jurídica, sea que los bienes los adquiera para su consumo personal, para su integración en procesos empresariales de producción o de comercialización, o para la realización de actos aislados de producción, toda vez que exista una parte contractualmente dominante y otra sometida a las cláusulas predisuestas.

§ 181. **SITUACIÓN INVERSA: VENDEDOR O PRESTADOR DE SERVICIOS EN SITUACIÓN DE INFERIORIDAD FRENTE AL ADQUIRENTE.** – Hasta aquí hemos contemplado la necesidad de brindar tutela jurídica al consumidor o usuario que está en situación de inferioridad frente al empresario que vende los bienes o presta los servicios sobre la base de

cláusulas predisuestas o condiciones generales de contratación. Pero en el campo de las transacciones comerciales puede darse también la situación inversa: que sea el proveedor de los bienes y servicios quien se halle en situación de desigualdad en la contratación. Esto ocurre cuando los proveedores son pequeños empresarios o productores aislados y el adquirente una empresa que impone sus condiciones. Así sucede, por ejemplo, con el productor agrícola en las ventas que hace al exportador, a los molinos e, incluso, al acopiador de cereales. También puede darse el caso en las ventas que hacen los ganaderos a los frigoríficos y, en general, en los supuestos de trabajos artesanales y de productores que ven limitada su posibilidad de negociación frente a empresas que tienen una posición dominante en el mercado.

La ley 24.467 (de PyMEs) intenta, en alguna medida, superar esta situación, aunque tímidamente. En el art. 26 procura defender a tales empresas en casos de atraso injustificado o descuentos indebidos en pagos, por parte de grandes empresas. La ley 24.760 crea un nuevo instrumento de crédito: la *factura de crédito*. Dice el art. 1º: “En todo contrato en que alguna de las partes está obligada, en virtud de aquél, a emitir factura y que reúna todas las características que a continuación se indican, deberá emitirse un título valor denominado ‘factura de crédito’”. En el inc. *a* del mismo artículo se dice: “Que se trate de un contrato de compraventa de cosas muebles; o locación de cosas muebles o de servicios o de obra”. El inc. *d* establece: “Que el comprador o locatario adquiera, almacene, utilice o consuma las cosas, los servicios o la obra para integrarlos, directa o indirectamente, en procesos de producción, transformación, comercialización o prestaciones a terceros, sea de manera genérica o específica”.

Señala CHIARAMONTE que con esta regulación “se buscó un instrumento que se adecuara a la necesidad de financiamiento que tienen en nuestro país las pequeñas y medianas empresas”, pues éstas “son en su mayoría proveedoras de las grandes unidades económicas, que a su vez se financian de las mismas, a través del plazo de pago”. Advierte este autor que “en definitiva serán las PyMEs que vendan o presten servicios a las grandes empresas las beneficiarias del crédito, y serán los bancos los otros beneficiarios, al operar en *factoring*, y servicios operativos, para minimizar el costo y factibilidad del sistema. Así, con la conjunción de estos factores, podrá funcionar”¹²⁴.

§ 182. **EVOLUCIÓN DE NUESTRA JURISPRUDENCIA EN FAVOR DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR.** – Nuestra jurisprudencia, desde antes de

¹²⁴ CHIARAMONTE, *La factura de crédito*, ED, del 8/5/97.

la ley 24.240, venía tomando conciencia de estos problemas y ha ido receptando la doctrina que, desde hace algunas décadas, destaca la necesidad de considerar la protección de los derechos de los consumidores mediante la exégesis y aplicación de las normas ya existentes, lo cual no se había tenido en cuenta con anterioridad. Es el caso de la nueva interpretación a las normas sobre autonomía de la voluntad contractual y los alcances dados al art. 1197 del Cód. Civil.

La jurisprudencia también viene adoptando soluciones tendientes a otorgar una mayor tutela no sólo a los consumidores y usuarios, si no en otros casos de contratos por adhesión y ha realizado, a tal efecto, una interpretación más flexible y equitativa de las normas ya existentes, las mismas que antes se aplicaban mediante criterios rigurosos, sin advertir que se trataba de normas dictadas para un mundo distinto del actual¹²⁵.

a) *INTERPRETACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES*. Es ya criterio uniforme que el principio interpretativo, en materia de condiciones generales, determina que la expresión ambigua debe ser evaluada en forma desfavorable al predisponente.

Igual será relevante, para delimitar esa tutela, el tipo de prestación o de producto que es objeto del contrato. Además, la problemática del crédito al consumo será distinta según sea para la adquisición de mercancías de uso generalizado (electrodomésticos), para bienes muebles de consumo muy limitado por su precio, o para la adquisición de viviendas.

Así como no existe, pues, una noción única de consumidor, sino una pluralidad de nociones, también existe una pluralidad de situaciones que sirven para delimitar, dentro del derecho mercantil, el ámbito de aplicación de las distintas disposiciones tuitivas, más allá de que el sujeto encaje o no en el concepto preciso de consumidor.

b) *OTRAS CUESTIONES CONTEMPLADAS POR LA JURISPRUDENCIA*. En oportunidad de referirnos a las cláusulas abusivas señalamos la evolución operada acerca de ese tema en la jurisprudencia nacional; pero en las últimas décadas el avance jurisprudencial no se ha limitado al problema derivado de las cláusulas predisuestas, sino que abarcó también, la interpretación de las normas del Código Civil y del Código de Comercio, otorgándoles mayor elasticidad, toda vez que se trate de cuestiones derivadas de la relación entre empresa y

¹²⁵ Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*Estudios*, p. 18), en España esto produce un primer efecto, que consiste en incluir el reconocimiento de la protección a los consumidores en la propia Constitución española. El art. 51 eleva al rango constitucional el principio que exige esa protección. Lo mismo cabe decir respecto de nuestra Constitución de 1994 (arts. 42 y 43).

cliente. Ello dio lugar a la teoría de la apariencia, a nuevos criterios sobre la prueba de los contratos, la legitimación para contratar, etcétera. En concordancia con estas modernas concepciones, cabe mencionar el fallo dictado, acerca del plazo de prescripción que tiene el comprador contra el vendedor, en caso de vicios redhibitorios¹²⁶. Consideramos interesante este fallo, pues sienta dos principios fundamentales de los que resultan una mejor tutela de los derechos del público que compra mercaderías a empresarios y comerciantes (art. 7º, Cód. de Comercio).

El fallo establece, como principio básico, que el plazo del art. 473 del Cód. de Comercio no es un plazo de prescripción para accionar, sino que se trata del plazo para la comprobación del defecto constitutivo de un vicio redhibitorio. Este plazo queda librado a su fijación prudente por el tribunal, pero nunca excederá de los seis meses siguientes al día de la entrega (art. 473, Cód. de Comercio).

Dentro de los plazos que establecen los arts. 472, párr. 1º, y 473 del Cód. de Comercio debe ser cursada la protesta relativa al vicio, a diferencia —señala el fallo— del sistema del Código Civil, donde no existe plazo limitado para advertir el vicio redhibitorio, por lo cual, en materia civil, éste puede ser advertido en cualquier época con la sola exigencia de probar que existía en el momento de la tradición. En el sistema civil, luego de ser advertido el vicio redhibitorio, el comprador dispondrá, solamente, de un trimestre para demandar.

Sostiene el tribunal que las reglas de los arts. 472 y 473 del Cód. de Comercio, encierran sutilmente una presunción *iuris*, en el sentido de que el vicio notado dentro del período legal es reputado existente en la cosa desde su tradición del vendedor al comprador. El plazo de prescripción de la acción fundada en un vicio intrínseco de la cosa comprada transcurre después del plazo legal del art. 473 del Cód. de Comercio, durante el cual el vicio debió ser percibido.

En materia comercial, el plazo de prescripción de las eventuales acciones judiciales fundadas en los vicios redhibitorios es de cuatro años (art. 847, inc. 3º, Cód. de Comercio).

c) *CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN EN EL CONTRATO DE SEGURO.* Otro supuesto en que la jurisprudencia hace una interpretación acorde con la tutela que merece la parte sometida a las cláusulas impuestas por la empresa, es el de la exoneración de responsabilidad del asegurador, en caso de culpa grave del asegurado.

Según el art. 114 de la ley 17.418, en el seguro de responsabilidad civil la culpa grave del asegurado puede liberar a la aseguradora; esto ha servido a las empresas para exonerarse de responsabilidad

¹²⁶ CNCom, Sala D, 31/7/89, JA, 1990-II-116.

en caso de culpa grave de un tercero. En un fallo se decidió que la exclusión sólo puede referirse al único sujeto de la relación contractual que se menciona en el art. 114 de la ley de seguros: el asegurado.

El fallo expresa que las condiciones generales predisuestas por la aseguradora, por las que se limita la garantía del art. 109 de la ley de seguros, contrariando una norma relativamente imperativa (art. 114) que sólo es modificable en beneficio del asegurado (art. 158), conllevan, como efecto necesario, su sustitución automática por la normativa aplicable. Se dice en el fallo: "En las situaciones de colisión entre cosas que presentan riesgos o vicios, cada dueño o cada guardián debe afrontar los daños causados a otro (art. 1113, Cód. Civil). Ante la existencia de riesgo de la cosa, el dueño o guardián (calidades que pueden coincidir o no en la misma persona) no puede prevalerse del pronunciamiento penal sobre su propia culpa, pues el fundamento de su responsabilidad no estriba en el reconocimiento de la existencia de la misma, sino en el dato objetivo de la calificación como tal de aquélla (la cosa), por lo que su eximición ha de buscarse no en la consideración del propio acto positivo u omisivo sino en la demostración del ajeno que le sea *incomunicable* en sus efectos"¹²⁷.

§ 183. **CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR O USUARIO.** – Es éste otro problema que se plantea en las contrataciones en masa. El principio de la autonomía de la voluntad, consagrado por el Código Civil en el art. 1197, opera muchas veces en contra de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, por la sencilla razón de que éstos están en una posición negocial muy débil frente a los empresarios, quienes imponen en los contratos sus propias condiciones. Tales condiciones son, a menudo, claramente abusivas, pues, llegado el momento del cumplimiento de las prestaciones, el cliente no conoce con certeza qué es lo que puede exigir, ni cómo ni cuándo hacerlo, todo lo cual queda, en gran parte, librado al arbitrio de la empresa. Por ello se ha desarrollado en los últimos años una tendencia dirigida a limitar que el cumplimiento del contrato quede librado, prácticamente, al arbitrio de la empresa¹²⁸ proveedora de bienes y servicios. Aclaramos una vez más que al refe-

¹²⁷ CCiv Junín, 26/10/88, JA, 1989-I-51.

¹²⁸ Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 150, han surgido normas legales cuya finalidad es prohibir que los empresarios incluyan en los contratos condiciones generales de carácter abusivo; por ejemplo, ley alemana sobre las condiciones generales de los contratos, del 9 de diciembre de 1976; ley inglesa sobre las condiciones incorrectas de los contratos, del 26 de octubre de 1977, y ley austríaca de protección a los consumidores, del 8 de marzo de 1979.

rinos aquí a “consumidores y usuarios” no nos estamos limitando sólo a los así determinados por la ley 24.240, sino a todos los sujetos –por lo general pequeños y medianos empresarios o comerciantes– que adquieren bienes y servicios para uso o consumo de sus empresas (por ejemplo servicios eléctricos, combustibles, servicio telefónico, fax, etc.) o para su reventa.

El art. 10 *bis* de la ley 24.240 (agregado por la ley 24.787) dice: “El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

- a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible.
- b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente.
- c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”.

§ 184. **PROTECCIÓN AL ADQUIRENTE DESPUÉS DE CUMPLIDO EL CONTRATO.** – Si el adquirente es un consumidor o usuario, conforme a lo dispuesto por los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, la tutela de sus derechos resulta de la aplicación de esta ley, y además halla sustento en el art. 42 de la Const. nacional. Cuando el adquirente de bienes o servicios es un sujeto no encuadrable en los arts. 1º y 2º de la ley 24.240, pero que se ve constreñido a tener que aceptar las condiciones generales de contratación y las cláusulas predispuestas por la otra parte, que se vale de una situación de monopolio u oligopolio (de hecho o de derecho) o se aprovecha de circunstancias particulares que le permiten imponer su voluntad, sin negociación alguna, nuestra jurisprudencia deberá tener en cuenta ciertos principios elementales en defensa de la equidad y buena fe que deben regir el cumplimiento de los contratos conforme a lo establecido por el art. 1198 del Cód. Civil, y además el acatamiento a las obligaciones emergentes de las garantías debidas por estipulación contractual y disposiciones legales.

Durante el plazo de garantía el adquirente, como mínimo, tendrá los siguientes derechos:

- a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños o perjuicios por ellos ocasionados.
- b) Cuando la reparación no sea satisfactoria y el objeto no revista las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviese destinado, el titular de la garantía podrá pedir la sustitución del obje-

to adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado¹²⁹.

c) La opción, cuando la reparación no sea satisfactoria, entre la sustitución del objeto adquirido o la devolución del precio pagado, debe entenderse que corresponde al consumidor¹³⁰.

¹²⁹ Esta consecuencia se halla prevista en la ley 24.240, arts. 12 a 18. Con respecto a la ley española de consumidores y usuarios, cuyo texto es similar al de la ley argentina se ha dicho: "Como puede apreciarse el derecho a la sustitución del objeto o a la devolución del precio es subsidiario del derecho a la reparación. Ahora bien, esa subsidiariedad no debe interpretarse de manera absoluta, puesto que en algunos casos sería gravemente perjudicial para los intereses del consumidor. Nos referimos a aquellos supuestos en que los vicios o defectos originarios sean de tal gravedad que su reparación no permita considerar que el bien reparado tiene las mismas características que ese mismo bien cuando está nuevo" (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO - BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Estudios*, p. 155).

¹³⁰ FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario*, p. 157 y siguientes.