

# Panorama del consumidor, los seguros y los fondos en el derecho argentino

LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA\*\*

## SUMARIO

1. Estado de situación en Argentina: la existencia del derecho del consumidor
2. Protección constitucional
3. Ámbito de aplicación de la Ley 24.240 (TO) Consumidor y relación de consumo
4. Las garantías colectivas: los seguros y los fondos de garantía
5. Seguro y consumo
6. Conclusión

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2012  
Fecha de aceptación: 16 de marzo de 2012

---

\* Este artículo y la información contenida en él se origina como resultado de la investigación que la autora realizó desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica como investigadora permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, sobre los derechos de los consumidores en marco de los seguros.

\*\* Abogada de la Universidad Nacional del Nordeste, especialista en Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina y Doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es profesora de Cursos de Doctorado y de Post-grado de la UBA, Universidad Católica Argentina, Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales, Universidad Nacional del Comahue y universidad Católica del Rosario, y árbitro de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. Además es investigadora Permanente del Instituto de Investigaciones A. L. Gioja, de la Universidad de Buenos Aires y autora de diversos libros (entre los que puede mencionarse *Los daños Colectivos y la reparación, Leasing, Anticresis, Privilegios Especiales sobre inmuebles, Daños Colectivos -prospectiva general-*) y de numerosos capítulos de libros, colaboraciones en obras colectivas y en revistas jurídicas argentinas, peruanas, españolas, colombianas, y brasileñas, entre otras publicaciones nacionales y en el Exterior.

## RESUMEN

El artículo describe y analiza el modo en que se han consolidado los derechos del consumidor en el ámbito argentino, las posturas de la doctrina al respecto y su protección constitucional y legal. De igual forma ahonda en el fenómeno de la socialización de la responsabilidad y da una respuesta sobre la clase de relación existente entre el seguro y el consumo además de sus consecuencias en la aplicación legislativa.

**Palabras clave:** consumidor, derechos, protección, fondos, daño, seguros.

**Palabras clave descriptor:** derechos de los consumidores, relación de consumo, consumidores de seguro.

## ABSTRACT

This article describes and analyzes the form under which consumer rights have been consolidated in Argentina, the stances of theorists in that regard and their constitutional and legal protection. As well, it focuses on the phenomenon of socialization of responsibility and provides an answer on the basis of the existing relationship between the insurance policy and consumption further to its consequences over legislative application.

**Key words:** consumer, rights, protection, funds, damages, insurance.

**Key words plus:** consumer rights, consumer relationship, insurance consumers.

El presente trabajo ilustra sobre la situación en Argentina del Derecho de los consumidores en su protección constitucional y legal, su relación en materia de garantías colectivas y el impacto sobre la Ley de Seguros.

## **1. ESTADO DE SITUACIÓN EN ARGENTINA: LA EXISTENCIA DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR**

Si bien, para abordar adecuadamente el tema, debe hacerse un recorrido histórico y ubicarnos en la evolución de los cambios sociales y económicos mundiales, para entender y sopesar la aparición de esta categoría de sujetos, que irrumpe en el sistema, sea como microsistema o llevándonos a la revisión de las normas contractuales (todos somos consumidores), ello excede al objeto de nuestro trabajo.

Sin embargo, hay que tener presente que el derecho contractual ha evolucionado de los dogmas absolutos de los códigos decimonónicos al concepto de contrato con finalidad social y de un concepto estático normativo a un concepto social económico y valorativo, hablándose del contrato relacional.

Pasamos de presuponer la igualdad de los co-contratantes a distinguir sus desigualdades y a intentar corregirlas mediante una serie de instituciones, de vislumbrar el contrato desde que se celebra, a abarcarlo en las etapas de la negociación y acompañarlo después de la finalización y de sus consecuencias propias; de hablar solamente de contratos negociados a contratos predispuestos, formularios y a condiciones generales; de que todo esté en los códigos al imperio de las leyes especiales.

Es por ello que en los tiempos que corren el derecho tiene ciertas características destacables según recuerda ALTERINI<sup>1</sup>:

1. La multiplicidad, se habló del proceso de descodificación pues los códigos ya no contienen la totalidad del sistema; sin embargo, se dice hoy de que se encuentra en ellos el sistema orgánico y formal de principios y de normas y cumplen una función insustituible, aportando la centralidad del sistema y proveen los conceptos básicos a los que remiten las leyes especiales. Actualmente cumplirían la función esencial de dar unicidad al sistema.
2. La flexibilidad, con la proliferación de ramas y derechos especiales y estatutarios con tintes interdisciplinarios.
3. La rapidez de los cambios, que hacen al dinamismo de la realidad.

Recordemos que DUGUIT<sup>2</sup>. decía que se podía hablar de las transformaciones del Derecho Privado sin necesidad de entrar en el detalle de las leyes positivas, puesto que en la realidad de las cosas hay una transformación continua y perpetua de las ideas y de las instituciones, sosteniendo también muy acertadamente que las leyes positivas, los códigos pueden permanecer intactos en sus textos rígidos, pero que por la fuerza de las cosas, la presión de los hechos, de las necesidades prácticas puede ocurrir que el texto haya quedado sin fuerza y sin vida, o bien que mediante una sabia y sutil interpretación, se le dé un sentido y un alcance no soñado por el legislador al redactarla<sup>3</sup>.

Hemos señalado con anterioridad que la protección a cierta categoría denominada “los consumidores”, se va a evidenciar en dos ámbitos dentro del Derecho Privado: el área contractual y el área de la responsabilidad<sup>4</sup> y que los Derechos Constitucional, Administrativo, Internacional y Procesal también se ocupan de la protección de estos intereses, a punto tal que el tema se ha convertido en uno de los más populares del momento. En el ámbito internacional y de Derecho Comparado, el tema ha sido objeto de tratamiento legislativo, de declaraciones y directrices que marcan las pautas más sobresalientes de esto que algunos han denominado “derecho del consumo” y que nosotros llamamos Derecho del consumidor, resaltando al sujeto tutelado<sup>5</sup>.

1 Alterini, A. A., Más allá del Código, Revista Jurídica La Ley 4 de marzo 2010.

2 DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)* Ed. Heliasta 1975, 1a. ed., traducción ADOLFO G. POSADA y RAMÓN JAÉN, *Las transformaciones del Derecho Público* y CARLOS G. POSADA, *Las transformaciones del Derecho Privado*.

3 DUGUIT, L. L. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*, Ed. Heliasta, 1975 págs. 171 y 172.

4 GARRIDO CORDOBERA, L.; BUSTO LAGO, M. *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed. Reus, 2010.

5 PARRA LUCAN, M. A., *Daños por productos y protección al consumidor*, Ed. Bosch, 1990. MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos*, Ed. Atelier, 2007.

En Argentina en el área patrimonial, es notable la irrupción de las relaciones de consumo, que cruzan transversalmente el sistema y cuyos principios son prevalentes (conforme al art. 3 de la Ley 24240 (TO)), puesto que es una legislación de orden público.

Se tiende a proteger a los consumidores de los empresarios que elaboran y ponen en circulación bienes y servicios para el consumo, o realizan contratos con estos, en los que se utilizan técnicas de pre-redacción, pero la noción misma de consumidores implica una toma de posición, ya que enrolar en ella únicamente a las personas físicas que contraten sobre bienes o servicios implicará excluir a las empresas de las técnicas de protección<sup>6</sup>.

Hoy, la discusión se centra en dilucidar si todo contrato implica una relación de consumo, lo cual determinaría en ciertos extremos el carácter abusivo de una cláusula (conforme al art. 37 LPC) y su consecuente nulidad, haría aplicable la prescripción más favorable y habilitaría en su caso a las acciones colectivas (conforme al art. 43 CN y LPC).

La defensa de los derechos del consumidor es hoy una de las temáticas principales del Derecho Privado y del Derecho Público, pero ha tenido un derrotero zigzagueante en la Argentina. Este sistema normativo no existía de manera orgánica hasta la Ley de Protección al Consumidor, pero se infería de una serie de disposiciones entre las que encontrábamos las leyes de defensa de la competencia (22.262), de lealtad comercial (22.802), de medicamentos (16.643), de abastecimiento (20.680), entre otras.

La Ley 24240 de Protección al Consumidor fue sancionada el 22 de septiembre de 1993, con un veto en materia de garantías legales y en responsabilidad por productos, un año después, en 1994, recién asistimos un hito fundamental, a la consagración a nivel constitucional de los derechos del consumidor en el art. 42 de la CN, lo cual impulsó una profunda y vigorosa relectura de la ley<sup>7</sup>.

En 1998, la Ley 24999, le devolvió al texto normativo todo su vigor en materia de responsabilidad de la cadena de comercialización de bienes y servicios al reinstaurar el art. 40 vetado, y finalmente la reforma en 2008 introduce sustanciales modificaciones por la ley 26361, aunque ciertos institutos despiertan fuertes críticas, como el daño

---

SEUBA, X., *La protección de la salud ante la regulación internacional de productos farmacéuticos*, Ed. Marcial Pons, 2010.

- 6 MOSSET ITURRASPE, J.; LORENZETTI, R., *Defensa del consumidor*. Ed. Rubinzal Culzoni, 2003. FARINA, J., *Defensa del consumidor y del usuario*, Ed. Astrea, 1994. PICASSO S.; VÁZQUEZ FERRYRA, R. (Directores), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, Ed. La Ley, 2009.
- 7 Gelli, M. A., *Constitución de la nación argentina*, Ed. La Ley, 2003. RINESSI, J. A., *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Ed. Astrea, 2006. MOSSET ITURRASPE, J., *Defensa del consumidor*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003. LORENZETTI, R., *Consumidores*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2003.

directo o el modo en que se receptan los daños punitivos., que modifica e incorpora un total de 36 artículos, pero de gran importancia cuyo tratamiento y crítica exhaustiva en esta oportunidad nos excede<sup>8</sup>.

Los ataques a los que se puede estar sometido en materia de consumo son múltiples y hace necesario que se reconozca entidad a los grupos intermedios para garantizar, en definitiva, la calidad de vida y evitar la continuidad de lo que perjudica a la comunidad toda y además que el Estado como cabeza del Poder de Policía adopte ese rol efectivamente, y que la Justicia no sea una Justicia<sup>9</sup>.

Encontramos entre el catálogo de derechos<sup>10</sup> de los consumidores, sin que ello implique una nómina taxativa los siguientes: 1) de ser informado; 2) de ser escuchado; 3) de petitionar colectivamente ante las autoridades; 4) de ser resarcido de los daños; 5) de educación; 6) de protección.

Con respecto al “daño por productos de consumo” el problema es –como ya lo hemos dicho en varios trabajos– de gran interés y complejidad, ya que por su naturaleza además de configurar un daño particular puede ser un daño colectivo y afectar a comunidades de individuos, vulnerando el derecho garantizado a la “calidad de vida” y la tutela jurisdiccional<sup>11</sup>.

## 2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La reforma de 1994 reglo en el art. 42 de un modo expreso la protección de los consumidores en el territorio nacional<sup>12</sup>, estableciéndose que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato digno y equitativo”, y en su 2º párrafo se manifiesta enfáticamente que “las autoridades proveerán a la protección de estos derechos”.

8 ALTERINI A.A., *Las reformas a la Ley de defensa del consumidor - primera lectura 20 años después*, Rev LL abril 2008. PIZARRO, R.D.; STIGLITZ, R., *Reformas a la Ley de defensa del consumidor*, Rev La Ley 16/3/09. Picasso, S.; Vázquez Ferryra, R. (Directores), *Ley de defensa del consumidor comentada y anotada*, Ed. La Ley, 2009.

9 RUSCONI, D. *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo Perrot, 2009. PAGES LLOVERAS, R., Protección judicial del consumidor, en *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo Perrot, 2009, pág. 451 y ss.

10 PÉREZ BUSTAMANTE, L., *Derecho social de consumo*, Ed. La ley, 2004.

11 Deben intensificarse los controles de calidad de los productos y fiscalizar la propaganda y los prospectos que acompañan al producto.

12 Existían desde la vuelta a la democracia en 1985 una serie de constituciones y leyes provinciales que ya los consagraban en su territorio. RUSCONI, D., *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo Perrot, 2009.

Esta norma según manifiesta GELLI reconoce como fuente, aunque con variantes el art. 51 de la Constitución Española de 1978<sup>13</sup>, LORENZETTI lo menciona como un derecho fundamental<sup>14</sup> y FARINA al hablar del mandato constitucional dice que se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa, recordando cómo advierte SANTOS BRIZ que todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre<sup>15</sup>.

Por su importancia hay que recalcar y su actualidad, que el texto constitucional incorpora el término “relación de consumo”, lo que hasta la reforma de la Ley de protección al consumidor en 2008 obligó a una cuestión de armonización interpretativa ya que la ley de 1993 tenía un concepto más restringido y recién con la última modificación se consagra con esos términos en el texto de la ley<sup>16</sup>.

Opinamos siempre –siguiendo a BIDART CAMPOS– que lo prescripto por nuestra norma constitucional constituyen o son derechos plenamente operativos, invocables entre particulares y contra el Estado, en el caso de los consumidores, hay un expreso derecho a la información, a la salud, lo cual unido al derecho a no ser dañado que dimana del art. 19 CN según lo ha dicho la Corte Suprema, da la base constitucional para considerar que frente al supuesto de daño causado debe mediar la correspondiente indemnización<sup>17</sup>.

Recordemos que en la Argentina nos encontramos en pleno auge de la interrelación del Derecho Privado y la Constitución, en el proceso que se ha denominado constitucionalización del Derecho Privado.

### 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 24240 (TO) CONSUMIDOR Y RELACIÓN DE CONSUMO

En una apretada visión de la ley, a fin de tener una mirada de conjunto, vemos que con la sanción de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, nuestro país se incorporó al grupo de naciones que han puesto la atención en la protección de los consumidores de bienes y servicios, y fueron varias las leyes que modificaron sus alcances, las más importantes serían la Ley 24499 en 1998 y la Ley 26361 de abril de 2008, que modifica e incorpora un total de 36 artículos, pero de gran importancia<sup>18</sup>.

13 GELLI, M. A., *Constitución de la nación argentina*, Ed. La Ley, 2003, pág. 371.

14 LORENZETTI, R. *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Rosario, 2003, pág. 76.

15 FARINA, J. *Defensa del Consumidor y del usuario*, Ed. Astrea, 199, pág. 5.

16 El art. 3 LPC establece “relación de consumo es el vínculo jurídico que entre el proveedor y consumidor o usuario”.

17 Al formar la Constitución un todo armónico, debemos relacionar la parte pertinente del preámbulo “Promover el bienestar general”, el art. 41 de protección ambiental, el 43 de amparo colectivo, el 75 de las atribuciones del Congreso, 86 del Defensor del Pueblo y el art. 31 que referencia los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

18 ALTERINI A.A., *Las reformas a la Ley de defensa del consumidor - primera lectura 20 años*

La responsabilidad objetiva en la ley de defensa al consumidor, no solamente se desprende del art. 40 receptado como riesgo, sino que se han establecido otros factores de imputación de responsabilidad objetivos los que si bien se encuentran consagrados doctrinal y jurisprudencialmente en el Derecho Civil, han sido positivados en las relaciones de consumo, y surgen de los arts. 4, 5 y 6 de la Ley 24.240 como ser la obligación de seguridad<sup>19</sup>.

Veamos entonces someramente algunas cuestiones, la ley en su versión actual, expresa que es su objeto la defensa de los consumidores o usuarios, en el Derecho argentino se entiende comprendidas a las personas físicas o jurídicas, que contraten a título oneroso o gratuito para su consumo final o de su grupo familiar o social. La protección también alcanza a quien sin ser parte en la relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella se encuentre expuesto a una relación de consumo<sup>20</sup>.

En la reforma, se incluye en el concepto de consumidor, al sujeto que utiliza los bienes o servicios, que no tiene en realidad una relación contractual con el proveedor, por ejemplo el acompañante en el auto en una ruta concesionada (consumidor equiparado) y también a quien está expuesto a una relación de consumo.

El concepto de consumidor abarca entonces: a) a los consumidores efectivos, o consumidores en sentido estricto, entendiéndose por tal a los sujetos que cumplen con los requisitos establecidos por el primer párrafo del artículo 1 de la LPC; b) a los “sujetos equiparados al consumidor”, (2º párrafo del artículo 1 de la LPC), que si bien no se encuadren estrictamente en la definición de consumidor del primer párrafo del artículo 1º de la LPC, utilizan bienes o servicios sin ser parte del contrato de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social y tendrán igual o equivalente tratamiento en el sistema de protección al consumidor y c) los consumidores expuestos.

Los consumidores equiparados son sujetos que no tienen un vínculo contractual o de derecho público con el proveedor, pero como consecuencia o en ocasión de ello adquieren o utilizan bienes o servicios que fueron adquiridos por un consumidor efectivo con el que los une un vínculo familiar o social.

---

*después*, Rev LL abril 2008. PIZARRO, R. D.- STIGLITZ, R., *Reformas a la Ley de defensa del consumidor*, Rev La Ley 16/3/09. PICASSO S.; VÁZQUEZ FERREYRA, R (Directores), *Ley de defensa del consumidor*. Comentada y anotada, Ed. La Ley, 2009.

19 GARRIDO CORDOBERA L., La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en *Responsabilidad*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.

20 Comprende la adquisición de tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados, y figuras afines.  
El art. 2 establece que es PROVEEDOR la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores y usuarios.

Se encuadran en esta categoría, por ejemplo, quien recibe como regalo o presente de estilo un producto defectuoso o quien es invitado a una comida en la que se sirven productos contaminados o adulterados, el acompañante en un automóvil que circula por una ruta con peaje.

Son sujetos que sin estar vinculados directamente con el proveedor, se encuentran legitimados a ejercer los derechos y a ampararse en las normas de defensa de los consumidores.

Finalmente, tenemos en el régimen protectorio de la LPC a los sujetos “expuestos a una relación de consumo”, incorporándose la figura del “bystander” del derecho estadounidense: perfilándose muchas veces de un modo negativo como aquellas personas diferentes del consumidor y del proveedor, no dependientes de este último, y diferentes del equiparado o usuario no contratante o usuario no consumidor.

La idea de “estar expuesto a una relación de consumo”, implica que una persona física o jurídica, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufre o está en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios.

Los consumidores potenciales, serán aquellos sujetos que se encuentran en la etapa de tratativas previas a la celebración de un contrato o vínculo de derecho público y en esta línea se inscriben las disposiciones que protegen a los consumidores frente a prácticas comerciales que puedan afectarlos, por ejemplo incumplimiento de ofertas (art. 7 LPC) y publicidades (artículo 8 LPC), publicidades ilícitas<sup>21</sup>, prácticas abusivas (artículo 8 bis LPC), cláusulas abusivas (artículo 37 LPC), tanto en sus derechos individuales como de incidencia colectiva.

Por último, el concepto de sujetos expuestos a una relación de consumo, comprende también a las potenciales o efectivas víctimas no consumidoras. Se trata de sujetos ajenos a la relación de consumo (esto es, distinto de las personas del consumidor o de los diferentes miembros de la cadena de proveedores) que sufra un daño como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, por causa de la acción de cualquiera de los proveedores, sus dependientes, las personas que se encontraren bajo su tutela o cuidados, o los consumidores en la relación del consumo o los bienes o servicios introducidos por ellos en el mercado, ya sea por incumplimiento del deber de seguridad (arts. 5 y 6 LPC), o por vicios o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio (art. 40 LPC)<sup>22</sup>.

21 BAROCELLI, S., *Novedades legislativas de protección al consumidor frente a la publicidad*, IJ Editores, 04-06-2010, Cita: IJ-XXXVIII-616...

22 BAROCELLI, S., *Los sujetos expuestos a una relación de consumo*, DJ 11/05/2011, 1.

De esta manera se procura alcanzar y regular las consecuencias de la introducción de bienes o servicios en el mercado y en la sociedad, cualquiera fuere el camino o la vía para esa incorporación, y el rol cumplido por los agentes que facilitaron o posibilitaron que tales bienes o servicios estuvieran presentes<sup>23</sup>.

Se sostiene que el vínculo se concreta con la materialización de los efectos de una relación de consumo que refleja sus consecuencias en terceros o con el riesgo de que ello ocurra, comprendiendo a la gran masa de consumidores espectadores de las relaciones de consumo, por lo cual se trata de relaciones de consumo de vínculo indeterminado *ex ante*<sup>24</sup>.

El art. 2 LPC caracteriza al proveedor, en tanto ocupa un rol en el mercado y esa profesionalidad no se pierde por ser solo una actuación ocasional, pues este extremo está incluido y no se requiere el elemento de habitualidad. Sin embargo, la ley argentina establece una exclusión a favor de los profesionales liberales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por los colegios profesionales, pero si tutela la publicidad del ofrecimiento de sus servicios que se ven atrapados por la ley como también la conducta de los que actuando en nombre de proveedores incurran en prácticas abusivas tipificadas en el art. 8.

La relación de consumo es uno de los ejes de la actual ley, pues surge del art. 3 y se lo considera como el vínculo jurídico entre proveedor y consumidor o usuario, adecuándose a la mencionada garantía constitucional. Cuando tiene su fuente en un contrato, este podrá ser oneroso o gratuito y se dará entre un consumidor final (persona física o jurídica) con otra que actúa profesional u ocasionalmente o empresa productora o prestadora de servicios y que tendrá por objeto la utilización en beneficio propio, familiar o social (art. 1) pero también abarca a la situación del consumidor expuesto y del equiparado y reconoce la fuente extracontractual, por lo cual la relación de consumo es más que el contrato de consumo.

Se establece en materia de consumo la integración normativa de la ley con las normas de Lealtad Comercial (Ley 22208), de Defensa la Competencia (Ley 25156) y con toda norma general o especial aplicable a las relaciones de consumo, dando preeminencia a la tutela del consumidor, que se manifiesta no solo en el principio pro consumidor, sino en aplicaciones concretas como las del art. 25 referida a servicios públicos domiciliarios y el art. 50 que establece que se estará al plazo de prescripción más favorable cuando por leyes especiales se establezca uno distinto al de 3 años establecido en la ley.

No hay discusiones en doctrina, en cuanto a que toda interpretación se orienta en sentido de la tutela del consumidor<sup>25</sup>, pues es una normativa que tiene tal finalidad y

23 SANTARELLI, F., *Hacia el fin de un concepto único de consumidor*, LL 2009-E, 1055.

24 RUSCONI, D., *La noción de "consumidor" en la nueva Ley de defensa del consumidor*, JA 2008-II-1225 - SJA 28/5/2008.

25 Dijimos que desde la sanción del primer texto normativo siempre la interpretación

por el art. 3 “...en caso de duda, sobre la interpretación de los principios que establece la ley prevalecerá la más favorable para el consumidor”<sup>26</sup>.

El deber de informar surge expresamente del art. 4<sup>27</sup>, que actualmente establece que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que provee y las condiciones de su comercialización. El suministro de la información debe ser siempre gratuita para el consumidor y ser proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión<sup>28</sup>.

La información es muy importante para la protección del consumidor no solo en la etapa precontractual, sino sobre todo a través de informaciones especiales en: productos o servicios peligrosos (art. 6), productos deficientes o reconstituidos (art. 9) y servicios de reparación (art. 21), seguridad de instalaciones en los servicios públicos (art. 28) u operaciones de crédito (art. 36) por ejemplo.

Con ella se persigue dar a conocer las características del bien o servicio a fin de permitir una adecuada evaluación por parte del consumidor y subsanar la asimetría, abarca la etapa de la formación del contrato de consumo como así también su desarrollo y se dice que es un proceso, no solo un instante.

---

tendía a la que le brinde mayor protección, obteniendo desde entonces carta de ciudadanía en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo principio general, el de la protección al consumidor (*favor consumidor o in dubio pro consumidor*).

26 PÉREZ BUSTAMANTE, L., *La reforma de la Ley de Defensa al Consumidor*, en Reformas a la Ley del Consumidor, La Ley 2008. PIZARRO; R.D.; STIGLITZ, R., *Reformas a la Ley de defensa del consumidor*, Rev La Ley 16/3/09.

27 En el texto original decía: “Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”.

28 El no cumplimiento del deber de información ha tenido en la jurisprudencia un profuso desarrollo.

El fundamento del deber de informar está dado por la desigualdad que presupone que una se halle informada y la otra desinformada sobre un hecho que grave o ejerza influencia sobre el consentimiento de esta última, de tal manera que el contrato nunca se hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido de manera más favorable.

(C Fed de Córdoba, sala A, 26/8/2003, Altamira Cijena, Raúl E c/ Hyundai Argentina, Lexis Nexis online 1/70020718-11).

La ley de defensa al consumidor consagra el derecho subjetivo del consumidor o del usuario a ser debidamente informado sobre la naturaleza y demás características de los bienes y servicios que adquiere, constituyendo un derecho esencial para quienes carecen en su mayoría de los conocimientos necesarios para poder juzgar por adelantado sus características intrínsecas, sus cualidades o defectos, conocer los riesgos de uso o consumo y las medidas a adoptar para evitarlos.

(C. Cont Ad. y trib Ciudad de Bs As, sala 2da., 8/6/2004, Staff MedicoSA c/ Ciudad de Bs As LL Online.

En el ámbito contractual, frente a su incumplimiento el art. 37 establece, que se podrá anular el contrato o alguna de sus cláusulas presumiendo que su carencia lleva al desequilibrio contractual, diremos que habrá que observarse si tal omisión tiene o no tal consecuencia, ya que no toda omisión afecta del mismo modo la evaluación realizada por el contratante, pues puede tratarse de una circunstancia irrelevante o menor, que no tenga peso por sí para influir en la dinámica del contrato. Esto no significa que no debe sancionarse al incumplidor del deber de informar, pero no necesariamente con la nulidad si esto no favorece al consumidor.

También el art. 10 establece la ineficacia de las condiciones generales no entregadas al consumidor y el art. 36 hace lo propio en materia de las operaciones de venta a crédito y de financiación.

Mencionamos anteriormente que la Obligación de Seguridad<sup>29</sup>, también está consagrada en los arts. 5 y 6 de la Ley 24240, ya que el sentido de las normas es garantizar que quien adquiere un producto o servicio no sufra daños por el uso de la cosa adquirida o el servicio contratado<sup>30</sup>.

El art. 5 establece expresamente bajo el nombre “Protección al Consumidor” que las cosas o servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que utilizados en condiciones previsibles o normales de uso no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios.

En el art. 6 se reafirma la protección estableciéndose que las cosas o servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

La publicidad adquiere en las relaciones de consumo un papel preponderante, ya que se ha establecido por la ley argentina que ella integra el contrato, formando parte de la oferta atento la generación de confianza que impulsa en el consumidor a realizar el contrato y por ende conlleva responsabilidad (art. 8)<sup>31</sup>. Debemos señalar que no existe en el país una normativa específica en materia de publicidad pues solo encontramos además de lo ya dicho del deber de veracidad, el art. 9 de la Ley 22802 de Lealtad Comercial en cuanto a la publicidad engañosa, como aquella que incurre en

29 Lo que se entendía como un deber secundario de seguridad basado en una interpretación amplia del art. 1198 del C.C., se ha transformado por aplicación del art. 5 de la Ley 24440 en un deber de seguridad inescindible de toda obligación que emane de un contrato que encuadre dentro del concepto de relación de consumo. (C.Nac.Civ, sala E, 17/9/2007, Lencinas, Verónica c/ Grupo Concesionario Oeste SA y otro, DJ Online).

30 HERNÁNDEZ, C. A.; FRUSTAGLI, S., Comentario a los arts. 5 y 6, en *Ley de defensa del consumidor*. PICASSO, S.; VÁZQUEZ FERREYRA, R., Ed. La Ley. 2009, pág. 73 y ss.

31 SANTARELLI, F., Comentario del art. 8, en *Ley de defensa del consumidor*. PICASSO, S.; VÁZQUEZ - FERREYRA, Ed. La Ley. 2009, pág. 99 y ss.

exactitudes u ocultamientos que puedan inducir a error, engaño o confusión, respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, condiciones de comercialización, precio, uso, etc.

Las cláusulas especiales insertas en un contrato se basan en el principio de autorregulación y de la autonomía de la voluntad, y son de utilización usual en la dinámica contractual, pero no siempre serán consideradas válidas o serán respetadas en una revisión judicial del contrato; hemos sostenido en varios trabajos, que el carácter de abusivo de una cláusula podría surgir de ella misma o de su combinación con otras y se considerara tal a la que limita indebidamente la responsabilidad por daños personales, importa renuncia de los derechos del adherente o ampliación de los derechos del pre-disponente, conforme lo prescripto en la Directiva 93/13 de la Unión Europea<sup>32</sup>.

La LPC establece en el art. 37 hipótesis de nulidad de la cláusula y en caso de nulidades parciales el juez podrá de ser necesario integrar el contrato con otros contenidos, a fin de que se cumpla con la finalidad perseguida al contratar.

Recordemos que el art. 37 se refiere a las cláusulas que invierten la carga de la prueba, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor, amplíen los derechos de la otra parte, desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños<sup>33</sup>.

Son situaciones en las que se entiende que se conlleva a una pérdida del equilibrio entre las prestaciones del contrato. Se trata de fórmulas abiertas que permiten al juez también efectuar un análisis de conjunto para determinar si se justifica la descalificación de la cláusula.

Vemos que el Decreto Reglamentario de la Ley de Defensa al Consumidor Argentino nos brinda un concepto y establece que se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre obligaciones y derechos entre las partes en concordancia con la Directiva 93/13.

Las prácticas abusivas previstas en el art. 8 bis dependerá del juzgamiento en cada caso, pues no se ha elaborado un catálogo de prácticas consideradas de tal naturaleza, serían por ejemplo el condicionar la provisión de un producto o servicio a la adquisición de otro, negarse injustificadamente a atender los reclamos del consumidor, enviar sin solicitud un producto o servicio, aprovechar sus condiciones subjetivas para lograr el consumo, etc.

32 GARRIDO CORDOBERA, L., Las transformaciones del derecho contractual y los principios de libertad y autonomía, en *Realidades y tendencias del derecho en el s. XXI* por el 80° Aniversario de la Universidad Javeriana, Ed. Temis y Javeriana, Bogotá, 2010.

33 MOSSET ITURRASPE, J. y LORENZETTI, R., *Defensa del consumidor*. Ed. Rubinzal Culzoni, 2003, ob. cit.

Este artículo incorporado es muy importante en cuanto establece el derecho al trato digno del consumidor y a que no se incurra en prácticas discriminatorias, vejatorias, vergonzantes o intimidatorias pudiendo su violación acarrear la aplicación del daño punitivo además de otras sanciones (art. 8 *in fine*).

La LPC establece en el art. 38 la regulación aplicable a los contratos de adhesión y a los contratos formularios estableciendo que la autoridad de aplicación vigilará que los contratos no contengan cláusulas previstas con los alcances de lo establecido en el art. 37.

Recordemos que siempre la interpretación se hará en sentido más favorable al consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de la obligación, se estará por la liberación.

En materia de responsabilidad por productos o servicios, con la sanción de la Ley 24.499 se reinstaló, a nuestro modo de ver, una de las normas más importantes, aunque la solución idéntica era viable por la aplicación de los arts. 1119, 1198 y 1113 del C. C.; el art. 40 consagra la responsabilidad objetiva y solidaria de toda la cadena de comercialización, estableciendo como única causal para eximirse, el deber de probar que la causa del daño le ha sido ajena; con excepción del transportista quien podrá liberarse si prueba que el daño o vicio en la cosa no se produjo en ocasión del transporte<sup>34</sup>.

Ello ha venido a poner fin a las discusiones en cuanto a quienes se encuentran legitimados pasivamente para ser demandados por los daños causados en materia de productos, imponiéndoles un tipo de responsabilidad “solidaria” entre los integrantes de la cadena de producción o comercialización<sup>35</sup>.

Sobre esta base, el citado art. 40 de la LPC ha establecido que los miembros de la cadena se podrán liberar “probando que la causa le es ajena” creemos que esto, solo puede entenderse como que se podrá probar que la causa le es ajena, demostrando la ruptura del nexo causal en alguna de las formas establecidas para el art. 1113 2º párrafo (ya sea mediante culpa de la víctima, culpa de un tercero por

34 El art. 40 de la Ley de Protección al Consumidor establece “si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. La responsabilidad es solidaria pero seguimos sosteniendo que esta es en realidad una responsabilidad “*in solidum*”, pues reconocen distinto origen y se deja abierta la vía de reintegro dado que se dice la frase “sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” o sea en la proporción correspondiente sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Solo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

35 Seguimos sosteniendo que esta es en realidad una responsabilidad “*in solidum*”, pues reconocen distinto origen y además se dice la frase “sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan” o sea en la proporción correspondiente.

quien no se debe responder o caso fortuito o fuerza mayor externo), ya que en caso contrario saldríamos de un régimen de imputación objetiva para caer en uno de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga probatoria, situación que realmente no creemos que haya sido perseguida por el legislador<sup>36</sup>.

Una norma que ha traído discusiones que aun no se han acallado, es el art. 40 bis que incorpora la figura del daño directo<sup>37</sup>, como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes. Estableciendo también un sistema de pago de montos indemnizatorios en sede administrativa que serán deducibles de otras indemnizaciones que por el mismo concepto le pudieran corresponder en sede judicial<sup>38</sup>.

Extremo que creemos es sumamente importante ha sido la inclusión del daño punitivo<sup>39</sup> en el art. 52 bis, pese a su redacción criticable y a que no compartimos la existencia del tope legal dispuesto en la norma. Se establece que el mismo es aplicable al proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a pedido de parte y en su beneficio, pero no podrá superar el límite de 5 millones de pesos, y se graduará en función de la gravedad del hecho y de las demás circunstancias<sup>40</sup>. Sostenemos que esta norma se completa con los criterios del art. 49 (perjuicio, posición en el mercado, cuantía del beneficio obtenido, gravedad de los riesgos o perjuicios sociales y su generalización, reincidencia)<sup>41</sup>.

Para cerrar este ligero pantallazo es importante recordar que la amplitud y proyección acordada al concepto de consumidor junto a la extensión de la materia y de las fuentes de la relación de consumo generan tensiones en cuanto a la determinación del régimen legal aplicable.

36 GARRIDO CORDOBERA, L., La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en *Responsabilidad Civil*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.

37 PICASSO, S., Nuevas categorías de daños en la Ley de defensa al consumidor, Especial para La Ley, abril, 2008. PICASSO, S., Comentario del art. 40 bis, en *Ley de defensa del consumidor*. PICASSO, S.; VÁZQUEZ FERREYRA, R., Ed La Ley, 2009, pág. 527 y ss. BUERES, A. J., Comentario del art. 40 bis en *Ley de defensa del consumidor*. PICASSO, S.; VÁZQUEZ FERREYRA, R., Ed La Ley, 2009, pág. 538 y ss.

38 PIZARRO; R.D.; STIGLITZ, R., *Reformas a la Ley de defensa del consumidor*, Rev La Ley 16/3/09.

39 PIZARRO, R. D., Daños punitivos, en *Derecho de Daños*, 2ª. p., La Rocca 1993, pág. 291 y ss. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., *¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos?* Anales de Academia de Derecho y Cs Ss de Buenos Aires, 2ª. época, XXXVIII, 1983, n° 31, pág 89. y ss.  
LÓPEZ HERRERA, E., *Los daños punitivos*, Ed. Abeledo Perrot, 2008.

40 PICASSO, S., *Comentario del art. 52 bis*, en *Ley de defensa del consumidor*. PICASSO, S.; VÁZQUEZ FERREYRA, Ed. La Ley, 2009, pág. 593 y ss.

41 GARRIDO CORDOBERA, L., Ponencia al Congreso Internacional de Consumidores, en *Homenaje a Roberto López Cabana*, 23 al 25 de septiembre de 2010.

#### 4. LAS GARANTÍAS COLECTIVAS: LOS SEGUROS Y LOS FONDOS DE GARANTÍA

La doctrina nacional e internacional brega por la instalación de sistemas de fuente colectiva de reparación pues es una realidad que no podemos asistir al espectáculo diario de que queden daños sin ser reparados, o que las reparaciones de los daños lleguen tarde para cumplir sus fines de garantía. Se tiende a lograr una mayor distribución del riesgo, con la discusión de si ello significa el fraccionamiento del daño entre todos o bien la imputación a quien esté en mejor posibilidad de soportarlo.

El fenómeno de la socialización de la responsabilidad se integra con las formas de las garantías colectivas a través de las cuales la carga resarcitoria del daño queda puesta en cabeza de comunidades categorizadas, según el tipo de accidente, en tal sentido podemos recordar a POUND que señalaba como última idea-base la del seguro.

ALTERINI, al referirse a los sistemas que nos ocupan, dice que estos son instrumentos económico-jurídicos que pueden ser utilizados por los responsables políticos cuando se presente la necesidad de opciones de gran relevancia social que exijan la consideración de complejas series de variables<sup>42</sup>. Creemos que es cierto que la distribución de riesgos se adecua a una decisión que no deja de ser política: una realidad para una sociedad determinada y en un momento particular.

Para muchos autores, tanto el Seguro Obligatorio como la instrumentación de un Fondo de Garantía se establecen por razones económicas o de oportunidad, y tienen por finalidad designar quién o quiénes van a soportar el costo de los accidentes.

Con un criterio funcional del derecho, se entiende que el número total de accidentes que existen en una sociedad es el producto de una decisión más o menos explícita o consciente de la propia sociedad, ya que en esa cifra están ponderadas consideraciones económicas y valores morales; y para la Escuela del Análisis Económico, el número de accidentes que toleramos es la cantidad inversa de vidas que pretendemos salvar. Estas propuestas son desarrolladas en las Universidades de Chicago y de Yale, y analizadas exhaustivamente por GUIDO CALABRESI<sup>43</sup>

42 ALTERINI, A. A., *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo-Perrot, 1987, pág. 35 y ss.

43 CALABRESI, G., *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed. Ariel-Derecho, 1984.

Da como alternativas ante el acaecimiento de un evento dañoso.

Dichas posibilidades serían que el coste del accidente opere de la siguiente manera:

- Que sea soportado por la víctima en particular;
- Que sea pagado por el ofensor de cada víctima en la medida exacta del daño;
- Que sea atribuido a aquellas categorías de sujetos que tienen mayor posibilidad de constituirse en víctimas;
- Que sea atribuido a las categorías de sujetos que tienen mayor probabilidad de convertirse en ofensores;

En el criterio macroeconómico, la responsabilidad está fundada en el cálculo comparativo entre el “coste social de la actividad” y “la riqueza productiva”, o, más sencillamente, entre “los intereses del damnificado y los del autor”, tomando asimismo en cuenta el interés social involucrado y el principio de solidaridad.

En el criterio microeconómico, los costos de los accidentes se consideran al comenzar cualquier actividad; se estima que la gente es libre de decidir entre emprender una actividad pagando los costes de hacerlo (incluyendo los accidentes), o bien, evaluándolos, escoger una actividad menos atractiva pero no tan arriesgada o riesgosa.

Como ya hemos señalado, en este incesante caminar de la responsabilidad desde una de tipo individual a una colectiva, cada país y cada doctrinario ha reflejado su tendencia en una sociedad y momento dados; pero la constante ha determinado la adopción de los seguros –voluntarios u obligatorios– y también la existencia de los fondos de garantía para algunos supuestos.

Se ha sostenido la necesidad de la realización de nóminas taxativas de grandes flagelos contra los que el hombre común no puede luchar, y sería entonces el Estado el que asuma la prevención de esos daños y también la carga de reparar esos riesgos en función de su nocividad<sup>44</sup>.

En tal línea argumental es clásico considerar que la Sociedad y el Derecho han ideado un método más o menos idóneo para hacer frente al riesgo que significa la posibilidad de tener que sufrir un perjuicio como consecuencia de un siniestro: el “seguro”.

Este instrumento económico-financiero permite desviar el riesgo hacia cierta colectividad, en la cual cada uno de sus miembros solo tendría a su cargo una parte ínfima del costo; se obtiene así una adecuada absorción y dilución de los riesgos.

Nadie desconoce tampoco que el avance de los factores de atribución objetivos acarreó un incremento de las acciones de reparación y también un aumento en la con-

- 
- Que sea pagado por quienes, en cierto sentido, violan nuestros códigos morales (sean culpables), según el grado de transgresión y con independencia de su participación en los accidentes;
  - Que sea pagado por quienes, en términos estadísticos, tienen mayor probabilidad de violar nuestros códigos morales;
  - Que sea imputado a las arcas del Estado o a sectores industriales, conforme a ciertos criterios que pueden ser totalmente ajenos a la intervención en los accidentes;
  - Que sea satisfecho mediante una combinación de los anteriores postulados.

44 MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G., *La responsabilidad en la era tecnológica*, Abeledo-Perrot, 1989, pág. 178.

En la nota aclara que esta propuesta pertenece a FRANCIS CABALLERO (Francia, año 1979). Coincide tal postulación con la adoptada por muchos juristas de la Comunidad Europea con respecto a la realización de nóminas de carácter taxativo, con indicación de productos y actividades que generan un riesgo.

tratación del seguro voluntario de la responsabilidad civil, pero, que muchas veces por su carácter voluntario ha dependido del grado de conciencia en el tomador del seguro.

En el seguro obligatorio de responsabilidad civil viene a paliar la gran crítica que se efectúa al sistema de aseguración voluntaria, que consiste en la discrecionalidad en su contratación o no contratación, y por consiguiente en la posibilidad de encontrarnos ante un daño frente a un agente no asegurado.

Este sistema se basa en la obligatoriedad impuesta por el Estado a través de una normativa para determinadas actividades que son consideradas riesgosas o potencialmente dañosas y de esa manera, una categoría de personas se haría cargo del costo del accidente.

Representa la presencia de un patrimonio solvente para hacer frente a la indemnización de las víctimas, pero, por sí solo, sin la combinación con el sistema de los fondos de garantía, presenta ciertas situaciones desventajosas tales como las que se plantean ante la insolvencia del asegurador o la caducidad de la póliza.

Los congresos de juristas en la Argentina han sostenido incansablemente que debía legislarse sobre la implantación del seguro obligatorio en áreas tales como los accidentes de circulación, la actividad médica, el quehacer de empresas potencialmente contaminantes, de las empresas constructoras y de las dedicadas a la elaboración de productos alimenticios y medicinales<sup>45</sup>.

En sentido de la evolución de la responsabilidad civil en Francia, se expresa acabadamente LAMBERT-FAIVRE, describiendo la existencia de las víctimas de daños tecnológicos y colectivos, haciendo hincapié en el derecho a la indemnización que ellos tienen<sup>46</sup>.

Este sistema de los Fondos de Garantía o Compensación ha demostrado su eficacia en el Derecho Comparado<sup>47</sup>, y generalmente su operatividad comprende hasta los

45 Jornadas sobre Responsabilidad Civil, Rosario, 1986, Comisión III; 4tas. Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1986; I Congreso Internacional del Derecho del Seguro, Rosario, 1988; Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, Mar del Plata, 1989. Por citar las pioneras.

46 LAMBERT FAIVRE, Y., *L`evolucion de la responsabilite civile, d`un credit de responsabilite a una creance d`indemnizacion*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1987.

47 Francia es uno de los países donde podemos analizar con mayor detenimiento la evolución del sistema de la Responsabilidad Individual al sistema de la Responsabilidad Colectiva y a modo de ejemplo para la armonización de los sistemas de aseguración obligatoria con los de fondo de garantía, especialmente con respecto a automotores, basta recordar la descripción que realizó FRANÇOIS CHABAS.

CHABAS, F., *Le droit des accidents de la circulation*, París, 1985.

CHABAS, F., Responsabilidad nueva por riesgo o responsabilidad clásica: el fundamento de la ley francesa del automóvil, traducción del Dr. ÁNGEL CHAVARRI, en *Responsabilidad civil*, Ed. Vélez Sarsfield, 1988, pág. 155.

daños producidos por supuestos que podrían entrar en la categoría de casos fortuitos o de fuerza mayor, siendo manejados sus fondos por el Estado, lo que garantiza la subsistencia de un patrimonio solvente para hacer frente a la indemnización, e indemnizan, por lo general los daños causados por responsables anónimos, insolventes o no asegurados, y en algunos sistemas también funcionan ante una insuficiencia de la cobertura contratada.

Los fondos de este sistema colectivo pueden nutrirse, según sea la decisión de política legislativa, por una contribución generalizada impuesta a todos los ciudadanos, mediante una porción de la prima en la aseguración de ciertas actividades, por sanciones disciplinarias impuestas a las compañías de seguros, y de la acción de tipo civil que tiene el fondo para obtener la repetición de lo pagado frente al agente dañoso cuando este aparece con posterioridad o se le descubren bienes suficientes.

Asimismo se puede decir que la indemnización, si bien tarifada, debe ser otorgada mediante un procedimiento ágil y brindar a la víctima una satisfacción oportuna, aunque retaceada, de manera rápida y eficaz.

El sistema imperante en Nueva Zelanda aporta al tema de la reparación de los accidentes una respuesta considerada sin precedentes, al crear un ente estatal denominado Accident Compensation Commission, que maneja tres fondos de garantías que cubren prácticamente todos los eventos dañosos, el sistema si bien ha oscilado se ha mantenido lo suficientemente estable para ser tomado como referencia.

Pero, como creemos que el jurista debe partir de la observación de la realidad social, debemos reconocer, que en nuestro país resulta difícil lograr la protección que buscamos, y que será necesario adoptar soluciones transitorias como la ampliación de la instauración del Seguro Obligatorio para cubrir por ejemplo los daños de ciertos productos, pero debe tenerse presente la posibilidad de infracciones a la Ley del Seguro Obligatorio, la insolvencia de las compañías aseguradoras y los supuestos en que el autor no pueda ser identificado, lo que ocasionaría –en cada caso– que la víctima no tendría contra quién reclamar una indemnización sino se lo articula con un Fondo de Garantía.

En el tema de las garantías colectivas, vuelve a renacer con fuerza la polémica de que si la reparación o compensación de los daños, por escapar a las reglas clásicas de la responsabilidad civil, debe ser tarifada, ante esto consideramos que una valoración moderna y solidaria del Derecho de Daños contrasta con cualquier tipo de limitación, pese a que el tema pertenece al ámbito de la decisión política.

Para avalar nuestra posición recordemos que ya en noviembre de 1986, en ocasión de realizarse las jornadas en homenaje al profesor ROBERTO H. BREBBIA, la Comisión N° 3

---

Chabas, F. François, Derecho a reparación de las víctimas de la circulación, en *Derecho de Daños*, pág. 681, Ed. La Rocca, 1989.

abordó el tema “Sistemas de protección a los damnificados por actividades riesgosas o peligrosas”<sup>48</sup>; en dicha oportunidad se estableció en el Punto 7 del Despacho de Comisión que el seguro obligatorio debe cubrir la reparación integral de los daños, y cuando deba acudir al fondo de garantía, la reparación podrá ser tarifada.

La ideología de la comisión se ve coronada por el Punto II del Despacho, que declara que, para la adecuada protección de toda víctima de actividades peligrosas o riesgosas debe llegarse a “sistemas de seguro social integral”<sup>49</sup>.

Aún aceptándose un criterio no integral, se debe siempre buscar que los daños corporales estén absolutamente cubiertos y que la indemnización no sea irrisoria, reajustándose al momento del efectivo pago, que no debe ser dilatado en el tiempo.

Por nuestra parte, consideramos que como aspiración que la indemnización debería ser integral y abarcar, en cuanto a los daños a las personas, tanto el daño material como el moral, pudiendo fijarse en forma de renta el pago del perjuicio.

Como nosotros hemos sostenido que el daño producido por el “riesgo de desarrollo” es un daño resarcible, que debe ser indemnizado que no existe una ruptura de la relación de causalidad, que su fundamento es el riesgo de actividad, que el tiempo de manifestación del daño es lo que debe ser tenido en cuenta, que juegan la consolidación de los daños, y creemos que es susceptible de aseguramiento, se nos ha criticado que es de muy difícil cálculo para fijar la prima y la cobertura, pero creemos que ello puede hacerse ya que si es factible para accidentes ecológicos por derrames o vertimientos también es posible calcular las potenciales víctimas por producto tomando en cuenta por ejemplo pérdida de la vida o incapacidad permanente

48 Ponencias presentadas: Bueres, Alberto J., y Moisset de Espanés, Luis; Ferreyra, Francisco; Garrido Cordobera, Lidia M. R.; Inst. de Derecho Privado de Junín; Mosset Iturraspe, Jorge; Nicolau, Noemí L.; Vallespinos, Carlos, y Pizarro, Ramón D. Coordinadores y relatores: Luis Moisset de Espanés; Alberto J. Bueres.

En el seno de la Comisión se reflejaron las dos posturas tradicionales: la de priorizar a la víctima, independientemente de la fuente obligada a reparar el perjuicio, y que se traduce en una indemnización o reparación integral, abarcando los daños materiales y morales, aplicable tanto a los sistemas de seguros como a la combinación con los fondos de garantía.

La otra postura, que presenta en el Derecho Comparado con una mayor profusión, propugnó por razones socioeconómicas: cuando la indemnización quede a cargo del Fondo de Garantía, esta será limitada; se consideró que se está frente a un régimen excepcional que viene en ayuda de la víctima para reparar el perjuicio sufrido, y que si la colectividad se sacrifica en aras de las víctimas, ellas a su vez deben admitir un límite en sus pretensiones.

Ambas posiciones cuentan con suficiente aval, y será una cuestión a dilucidar por cada uno si la ideología del Derecho de Daños debe admitir como solución transaccional la tarifación de la reparación cuando ella provenga del Fondo de Garantía.

49 Comisión redactora: Bueres, Cordobera de Garrido, Ferreyra, Garrido Cordobera, Moisset de Espanés, Mosset Iturraspe, Nicolau, Pizarro, Vallespinos.

y fijando tal vez topes pero seguimos creyendo firmemente que deben ser siempre indemnizables estos graves daños por lo que hemos planteado a nivel teórico la discusión de la intemporalidad o imprescriptibilidad del reclamo frente a estos daños, lo que nos complica en el tema del seguro pero no frente a la operatividad de los fondos. Pese a todos los argumentos de la doctrina que no acepta la responsabilidad por “riesgo de desarrollo” sostienen sin embargo, que resulta conveniente la inclusión de este tipo de daño en una legislación especial, que prevea justamente la implantación de un fondo de garantía a fin de evitar las disvaliosas consecuencias sociales derivadas de daños sin reparación y el imperativo del desarrollo social y tecnológico<sup>50</sup>.

## 5. SEGURO Y CONSUMO

Se ha venido discutiendo la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor a los contratos de seguro, existiendo dos posiciones diametralmente opuestas en la Argentina, que subsisten al día de hoy, pese al tiempo transcurrido y que se acentúa en el ítem de la prescripción, exponentes de la posición amplia que compartimos son RUBÉN y GABRIEL STIGLITZ, LORENZETTI; GHERSI; RUSCONI; FARINA entre otros.

Por ejemplo SOBRINO defiende la incumbencia de LPC a los seguros obligatorios, pues la misma constituye un piso mínimo a favor del asegurado, por lo cual no puede la póliza desvirtuarlo y solo podría mejorar las condiciones<sup>51</sup>; mientras que LÓPEZ SAAVEDRA considera que los asegurados se encuentran adecuadamente protegidos por la Ley de Seguros<sup>52</sup>.

La posición restrictiva argumenta que la LS con su impronta reglamentarista y con sus normas inmodificables o modificables solo a favor del administrado ofrece el marco equitativo y adecuado de protección a los derechos del asegurado, lo que es reforzado pues la Ley 20091, establece el control por la Superintendencia de Seguros del contenido y aprobación de los textos de las pólizas, cuidando que ellas sean equitativas y no violatorias de la ley; la fijación suficiente de las primas, la verificación de la solvencia de los aseguradores, etc.; además la Ley 22400 introduce el concepto de asesor productor de seguros, cuya función apunta al debido asesoramiento del asegurado. Se destaca en esta línea de pensamiento que todo este ordenamiento apunta a una idoneidad, experiencia, profesionalismo y técnica que no está presente en la LPC<sup>53</sup>.

50 GARRIDO CORDOBERA, L., La responsabilidad por riesgo de desarrollo en los productos de consumo, en *Homenaje a Francois Chabas*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.

51 SOBRINO, W. Ponencia IX Congreso Internacional del Derecho de Daños (2 y 3 de junio de 2011).

52 LÓPEZ SAAVEDRA, D., *La adecuada protección de los derechos del asegurado, en la Ley de Seguros y las leyes 20.091 y 22.400*; LL 2010-F, 1104.

53 LÓPEZ SAAVEDRA, D., *La adecuada protección de los derechos del asegurado, en la Ley de Seguros y las leyes 20.091 y 22.400*; LL 2010-F, 1104.

Estas leyes especiales detentan una suficiente defensa de los derechos de los asegurados y no le es aplicable al contrato de seguro la LPC, pues existe una preeminencia de la LS y una incompatibilidad entre ambos regímenes<sup>54</sup>, la LPC al ser una ley general no interviene en controles específicos ni en actividades específicas, y además es principio de derecho que una ley general posterior no modifica los alcances de una ley especial anterior.

No se encuentra obstáculos para considerar al asegurado como consumidor, en la medida en que se constituya en el destinatario final del servicio, es decir que resulte titular del interés asegurado para beneficio personal o de su grupo pero no de un proceso empresarial y considera que LPC garantiza de manera más efectiva la protección de la parte débil de la relación asegurativa<sup>55</sup>.

La reiteración de las condiciones generales de contratación, práctica de estilo en el tema de seguros, facilita la inclusión de cláusulas abusivas que consolidan su posición dominante entre las que suelen hallarse la adhesión del asegurado a cláusulas desconocidas la imposición de cargas formales de estricta observancia, la inversión de la carga de la prueba o la prórroga de competencia territorial. Por el art. 38 de LPC, la autoridad de aplicación se halla legitimada para requerir a la Superintendencia de Seguros de la Nación la modificación de las pólizas que contengan cláusulas abusivas.

Para SOBRINO la categoría de consumidores de seguro, no solo incluye a las personas físicas aseguradas, sino a las empresas aseguradas y también a las víctimas de siniestros<sup>56</sup>. Pero sobre todo sostiene, que la LPC ha modificado a la LS con argumentos que compartimos como el de la constitucionalización del derecho privado, recordemos que el derecho de los consumidores está amparado por el art. 42 de la CN que la LS no puede desconocer y constituye una norma fundamental, lo que nos lleva a plantear la prelación o preeminencia.

Estamos frente a la consagración y eficacia plena de un principio que se desprende el principio “pro homine” que unido a la LPC crea un sistema autónomo y autorreferente. Se dice también, que estamos, no frente a una legislación general, sino a una especial y que con la última reforma expresamente debe ser de aplicación preeminente, siendo además una normativa de orden público y modificatoria de toda legislación que se le oponga, mientras que la LS no tiene estas características.

Se menciona como modificaciones alcanzadas por LPC, la ampliación del concepto de asegurado; que la reticencia sería la falsa respuesta a la consulta rea-

54 LÓPEZ SAAVEDRA, D., *La prescripción en la ley de seguros y la Ley de protección al consumidor*; LL 2009-F,703.

55 ZETNER, D., *Los contratos de consumo* en RUSCONI, D., *Manual de Derecho del Consumidor*, pág. 342 Ed. Abeledo-Perrot.

56 SOBRINO, W., *Las modificaciones a la Ley de seguros por aplicación de la ley de defensa del consumidor*, RCyS febrero 2011.

lizada por el asegurador teniendo en cuenta el deber de informar que este tiene; que las pólizas deben ser claras y fáciles de leer; que la sanción por la denuncia tardía (posterior a los 3 días), no sería la pérdida de la indemnización (art. 47 LS), sino su reducción en la medida del perjuicio sufrido por la aseguradora; que se considere al productor de seguros como inserto en la cadena de comercialización del 40 de LPC; que el plazo de prescripción de 1 año (art. 58 LS) sería alcanzado por la LPC favoreciendo al consumidor de seguro (asegurado y víctima de un accidente) con el plazo de 3 años (art. 50 LPC), mientras que para la aseguradora se mantiene en 1 año; que con respecto al seguro de responsabilidad civil, hay que recordar que el art. 109 de la LS fue pensado cuando la responsabilidad civil no había evolucionado hacia el Derecho de Daños y el seguro era básicamente voluntario, tenía la mira centrada en mantener incólume el patrimonio del asegurado, hoy esto ha sido profundamente transformado, pues el centro del sistema está en el derecho a la reparación de las víctimas y en el auge de los seguros obligatorios y los factores objetivos de atribución de responsabilidad; que el art. 114 LS que regula la existencia de la culpa grave que hace perder el derecho a la indemnidad para el asegurado (la compañía de seguros queda eximida con respecto a él) pero que la víctima no pierde el derecho a la indemnización, la aseguradora debe pagarle a la víctima y repetir contra el asegurado.

Sin embargo, la polémica continúa y la jurisprudencia no es pacífica en la Argentina.

## 6. CONCLUSIÓN

En virtud, del desarrollo sucinto de las ideas que hemos vertido, podemos sostener que el seguro es una relación de consumo y por ello se puede propiciar la preeminencia de la legislación de protección al consumidor por sobre la Ley de Seguros, teniendo en cuenta tanto su aplicación en materia contractual como la que se realiza en Derecho de Daños.

Respecto a esto último, aclaramos que ello no significa, que la mera existencia de una compañía de seguros implique el otorgamiento de la indemnización, sino que deberán reunirse los requisitos para que esta proceda (antijuridicidad, daño, relación de causalidad y factor de atribución) y que sostenemos la necesidad de ir aun más allá de los contratos de seguros obligatorios e instaurar un fondo de garantía para cumplir adecuadamente con la protección de los consumidores sobre todo si pensamos en los daños tecnológicos<sup>57</sup>.

Recordemos que el derecho de los consumidores es un sistema global de normas principios e instituciones consagrados en nuestro ordenamiento jurídico a favor del

57 GARRIDO CORDOBERA, L.; BUSTO LAGO, M., *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed. Reus, 2010.

consumidor para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en su relación con los empresarios<sup>58</sup>, proveedores y el Estado<sup>59</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

1. ALTERINI A. A. (abril 2008), *Las reformas a la Ley de defensa del consumidor* - primera lectura 20 años después, Rev LL.
  2. ALTERINI, A. A., (1987), *Contornos actuales de la responsabilidad civil*, Ed. Abeledo-Perrot. pág 35 y ss.
  3. ALTERINI, A. A., Más allá del código, Revista Jurídica *La Ley*, 4 de marzo 2010.
  4. BAROCELLI, S., Novedades legislativas de protección al consumidor frente a la publicidad, IJ Editores, 04-06-2010, Cita: IJ-XXXVIII-616...
  5. BAROCELLI, S., *Los sujetos expuestos a una relación de consumo*, DJ 11/05/2011, 1.
  6. BUERES, A. J., Comentario del art. 40 bis en Ley de defensa del consumidor.
  7. CALABRESI, G. (1984), *El coste de los accidentes, análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed. Ariel-Derecho.
  8. CHABAS F, FRANÇOIS (1989), Derecho a reparación de las víctimas de la circulación, en Derecho de Daños, Ed. La Rocca, 681.
  9. CHABAS, F., *Responsabilidad nueva por riesgo o responsabilidad clásica: el fundamento de la ley francesa del automóvil*, traducción del Dr. Ángel.
  10. CHABAS, F. (1985), *Le droit des accidents de la circulation*, París.
  11. CHAVARRI (1988), *Responsabilidad civil*, Ed. Vélez Sarsfield, 155.
  12. DUGUIT, L. (1975), *Las transformaciones del derecho (Público y Privado)*, Ed. Heliasta, 1ra. ed., traducción ADOLFO G. POSADA y RAMÓN JAÉN, *Las transformaciones del Derecho Público y CARLOS G. POSADA, Las transformaciones del Derecho Privado*.
  13. FARINA, J. (1994), *Defensa del consumidor y del usuario*, Ed. Astrea.
  14. GARRIDO CORDOBERA, L. (2007), La responsabilidad por riesgo de desarrollo en materia de productos de consumo, en *Responsabilidad Civil*. Ed. Rubinzal Culzoni.
  15. GARRIDO CORDOBERA, L. (2010), Ponencia al Congreso Internacional de Consumidores en Homenaje a ROBERTO LÓPEZ CABANA, 23 al 25 de septiembre.
  16. GARRIDO CORDOBERA, L. (2010), Las transformaciones del derecho contractual y los principios de libertad y autonomía, en *Realidades y tendencias del Derecho en el s. XXI por el 80º Aniversario de la Universidad Javeriana*, Ed. Temis y Javeriana, Bogotá.
  17. GARRIDO CORDOBERA, L.; Busto Lago, M. (2010), *Los riesgos del desarrollo, una visión comparada*, Ed. Reus.
- 
- 58 STIGLITZ, R.; STIGLITZ, G., *Ley de defensa del consumidor, una primera visión de conjunto*, JA 19993-IV, 871.
  - 59 GARRIDO CORDOBERA, L., La responsabilidad por riesgo de desarrollo en los productos de consumo, en *Homenaje a Francois Chabas*, Ed. Rubinzal Culzoni, 2007.

18. GELLI, M. A. (2003), *Constitución de la Nación Argentina*, Ed. La Ley.
19. HERNANDEZ, C. A.; FRUSTAGLI, S. (2009), Comentario a los arts. 5 y 6, en la Ley de defensa del consumidor Picasso, S.; Vázquez Ferreyra, R. Ed. La Ley, pág. 73 y ss.
20. Jornadas sobre Responsabilidad Civil, Rosario, 1986, Comisión III; 4tas. Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1986; I Congreso Internacional del Derecho del Seguro, Rosario, 1988; Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, Mar del Plata, 1989. Por citar las pioneras.
21. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1983), ¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos? *Anales de Academia de Derecho y Cs Ss de Buenos Aires*, 2ª época, XXXVIII, n° 31, pág. 89 y ss.
22. LAMBERT FAIVRE, Y. (1987), L`evolucion de la responsabilite civile, d`un credit de responsabilite a una creance d`indemnizacion, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*.
23. LÓPEZ HERRERA, E. (2008), *Los daños punitivos*, Ed. Abeledo Perrot.
24. LÓPEZ SAAVEDRA, D. La adecuada protección de los derechos del asegurado, en la Ley de Seguros y las Leyes 20.091 y 22.400; LL 2010-F, 1104.
25. LÓPEZ SAAVEDRA, D. La prescripción en la ley de seguros y la ley de protección al consumidor; LL 2009-F, 703.
26. Lorenzetti, R. (2003), *Contratos*, Rubinzal Culzoni, Rosario, 76.
27. Lorenzetti, R. (2003), *Consumidores*, Ed. Rubinzal-Culzoni.
28. MARCO MOLINA, J. (2007), *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos*, Ed. Atelier.
29. MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, G. (1989), *La responsabilidad en la era tecnológica*, Abeledo-Perrot. 178.
30. MOSSET ITURRASPE, J.; LORENZETTI, R. (2003), *Defensa del consumidor*, Ed. Rubinzal Culzoni.
31. PAGES LLOVERAS, R. (2009), Protección judicial del consumidor, en *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo Perrot, pág. 451 y ss.
32. PARRA LUCAN, M. A. (1990), *Daños por productos y protección al consumidor*, Ed. Bosch.
33. PÉREZ BUSTAMANTE, L. (2004), *Derecho social de consumo*, Ed. La Ley.
34. PÉREZ BUSTAMANTE, L. (2008), La reforma de la Ley de defensa al consumidor, en *Reformas a la Ley del Consumidor*, La Ley.
35. PICASSO S.; VÁZQUEZ FERREYRA, R. (Directores) (2009), *Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada*, Ed. La Ley.
36. PICASSO, S. (2009), Comentario del art. 52 bis, en *Ley de defensa del consumidor*. PICASSO, S.; VÁZQUEZ FERREYRA, Ed. La Ley. pág. 593 y ss.
37. PICASSO, S. (abril 2008), Nuevas categorías de daños en la Ley de defensa al consumidor, Especial para La Ley.
38. PIZARRO, R. D. (1993), Daños punitivos, en *Derecho de daños*, 2a ed., La Rocca. pág 291 y ss.
39. PIZARRO, R.D.; STIGLITZ, R. Reformas a la Ley de defensa del consumidor, *Rev La Ley* 16/3/09.

40. Ponencias presentadas: Bueres, Alberto J., y Moisset de Espanés, Luis; Ferreyra, Francisco; Garrido Cordobera, Lidia M. R.; Inst. de Derecho Privado de Junín; Mosset Iturraspe, Jorge; Nicolau, Noemí L.; Vallespinos, Carlos, y Pizarro, Ramón D. Coordinadores y relatores: Luis Moisset de Espanés; Alberto J. Bueres.
41. Rinesi, J. A. (2006), *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Ed. Astrea.
42. Rusconi, D. (2009 ), *Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo Perrot.
43. Rusconi, D. La noción de “consumidor” en la nueva Ley de defensa del consumidor, JA 2008-II-1225 - SJA 28/5/2008.
44. SANTARELLI, F. (2009), *Comentario del art. 8, en Ley de defensa del consumidor*. Picasso, S.; Vázquez-Ferreyra, Ed. La Ley, pág. 99 y ss.
45. SANTARELLI, F. *Hacia el fin de un concepto único de consumidor*, LL 2009-E, 1055.
46. SEUBA, X. (2010), *La protección de la salud ante la regulación internacional de productos farmacéuticos*, Ed. Marcial Pons.
47. SOBRINO, W. Ponencia IX Congreso Internacional del Derecho de Daños (2 y 3 de junio de 2011).
48. SOBRINO, W. (febrero 2011), *Las modificaciones a la Ley de seguros por aplicación de la Ley de defensa del consumidor*, RCyS.
49. STIGLITZ, R.; STIGLITZ, G. *Ley de defensa del consumidor, una primera visión de conjunto*, JA 19993-IV, 871.
50. ZETNER, D. *Los contratos de consumo en Rusconi, D., Manual de Derecho del Consumidor*, Ed. Abeledo-Perrot, 342.