

## OBLIGACIONES

Director de área: ALBERTO J. BUERES

Colaborador: GONZALO SOZZO

### LA NUEVA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE FUNCIONAMIENTO EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR\*

Luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la jurisprudencia ha comenzado a aplicar la nueva delimitación del ámbito de aplicación de las normas tutelares de las relaciones de consumo que establece el nuevo Código. En particular ha empezado a hacerlo para establecer si el actor que pretende reclamar daños y perjuicios es o no un consumidor.

El problema central es que para reclamar daños y perjuicios empleando las reglas del Derecho del Consumidor al efecto, es necesario revestir el carácter de consumidor. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece una noción de consumidor que revisita el modo en que el microsistema de la ley 24.240 (reformada por la ley 26.361 en 2008) lo hacía.

Esta nueva delimitación tiene al menos dos puntos críticos: (a) el primero es la exclusión del *bystander*; (b) el segundo –ya conocido en la tradición cultural argentina– es la inclusión de la empresa consumidora.

#### I. Los fallos anotados

*Caso 1: CCCom. de Jujuy, sala III, 23-9-2015, “Connise SRL c/Ejesa, Perico s/Amparo”, L. L. Online, AR/JUR/36293/2015*

La doctora Caballero dijo:

La presente causa tiene inicio con la demanda promovida por la doctora L. P., en representación de Connise SRL, conforme mandato que acredita

\* El presente trabajo es de autoría del Dr. GONZALO SOZZO.

con el instrumento de fs. 1/2. La dirige contra Ejesa, Perico, y tiene por objeto se invalide el acto formalizado en la nota S. P. N° 1022/2012 del 15 de agosto de 2012 y todos los que fueran su consecuencia.

Invoca el régimen del consumidor y dice cercenadas garantías constitucionales, especialmente los reconocidos a consumidores y usuarios, y el derecho de propiedad. También pide se condene a la accionada a indemnizar a su mandante, íntegramente, por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de las deficiencias producidas en la prestación del servicio de suministro de energía eléctrica; se le impongan multas y las costas del proceso. En cuanto a los antecedentes del caso, refiere que su mandante es una empresa de ciudad Perico de esta provincia, dedicada a la explotación, lavado y venta de áridos, producción de hormigón y realización de obras de ingeniería y de construcción.

Para el desarrollo de esas actividades requiere un importante abastecimiento de energía eléctrica. Desde hace dos años aproximadamente, comenzaron a surgir problemas en el suministro de energía en el servicio identificado con el N° 197548, tales como baja de tensión y cortes por tiempos prologados. Ello impedía el desarrollo normal de su actividad. Concretó varios reclamos a Ejesa vía telefónica sin obtener respuesta.

Con tal motivo y a fin de contar con energía complementaria y adecuada para cumplir con las obligaciones asumidas y evitar pérdidas, el 10 de noviembre de 2010 compró un grupo electrógeno.

Como los problemas seguían y se agudizaron a raíz de asentamientos ilegales de personas que incrementaron el consumo, el 29 de octubre de 2011 compró otro grupo electrónico por la suma de \$ 105.702,59. La puesta en funcionamiento de ambos equipos disminuyó su consumo de energía eléctrica provista por la demandada.

El 4 de julio de 2012 –prosigue– se presentó en el domicilio de su mandante –tal como lo hacía mensualmente– un inspector de la demandada a fin de verificar el estado del medidor N° 221.6749 relativo al suministro en cuestión. Detectó anormalidades y labró el acta N° 005736 “de comprobación de uso indebido de energía” sin que en ella se mencionara “manipuleo de equipo de medición”.

El 15 de agosto siguiente, la demandada le remitió la nota 1022/2012 por el “cobro de acta” en concepto de “apropiación de energía no registrada mediante manipulación del medidor por terceras personas” por la suma de \$ 27.707,17 y con fecha de pago el 17 de setiembre de 2012.

El 28 de agosto de 2012 su mandante contestó e impugnó el acta. No

obtuvo respuesta. En evidente abuso de derecho, el 28 de setiembre siguiente le informó la suspensión del servicio por falta de pago. Su parte intimó entonces a que se abstuvieran de cortarlo e interpuso medida cautelar a ese fin, obteniendo resolución favorable. Justifica seguidamente la procedencia de la demanda por tratarse –los denunciados– de actos y omisiones que, con manifiesta arbitrariedad, lesionan y amenazan los derechos de su mandante. Se extiende en consideraciones al respecto y destaca que, en tanto la demandada procede en forma periódica a controlar los medidores, resulta arbitrario e injustificado que atribuya “manipuleo” de éste desde hacía un año pues, de ser cierto, debió observarlo antes. Niega categóricamente de su parte toda maniobra orientada a distorsionar la lectura del medidor y afirma que la disminución del consumo advertida por la prestadora del servicio obedeció a la puesta en funcionamiento de los dos equipos de generación de energía, a la que debió acudir su parte por la deficiente prestación de la demandada. Informa que el servicio que otorga la demandada sólo cubre las oficinas internas de la firma. Cuestiona los conceptos facturados.

En definitiva, por esa conducta, la deficiente prestación del servicio, los gastos que debió afrontar a causa de ello y la consecuente lesión de garantías constitucionales, pide se declare la nulidad de la nota S. P. 1022/2012 y, en consecuencia, se deje sin efecto el requerimiento de pago y el aviso de suspensión de servicio.

En capítulo aparte justifica la legitimación activa de la actora en tanto consumidora del servicio de energía y la afectación de sus derechos por el mal suministro por parte de la accionada. También pide el resarcimiento del daño directo que data –dice– desde dos años previos a la demanda y que fue denunciado por su mandante, vía telefónica, en varias oportunidades y comprende el gasto que debió afrontar su mandante para la provisión adecuada de energía: compra de dos grupos electrógenos y combustible para alimentarlos. También pide se condene a pagar daño punitivo o multa civil. De todo cuanto afirma cita derecho, ofrece prueba y concluye pidiendo se haga lugar a su demanda, con costas.

2. En el marco del proceso sumarísimo impreso al presente trámite, las partes fueron convocadas a la audiencia a la que compareció la doctora P., por la actora, patrocinada en el acto por el doctor M. E. y la accionada, representada por la doctora L. L., conforme mandato que surge del instrumento de fs. 44/46, quien contestó la demanda por escrito (fs. 60/69). Después de puntuales negativas de los hechos expuestos por la actora, con cita del artículo 41, apartado 1º de la Constitución Nacional y de la ley 4442, postula la improcedencia de la acción por la existencia de otras vías idóneas y su

carácter excepcional. Refiere a la intervención obligatoria y previa de la Superintendencia de Servicios Públicos (Susepu en adelante) frente a reclamos como el que formula la actora conforme las disposiciones que cita y comenta, y afirma que el caso debe tramitar por la vía ordinaria.

Después de referir al contrato de concesión por el que es prestadora del servicio de energía eléctrica en la provincia, afirma que en la reglamentación que se incorpora a él como Anexo III se prevé lo relacionado a la inspección y verificación del medidor facultándose a revisar, constatar o cambiar los medidores o equipos de medición ya existentes.

En el caso de autos –afirma– el 27 de junio de 2012, entre otras anomalías, se detectó irregularidad en el de la actora, observándose que se encontraba sin el precinto superior de carcasa y el inferior estaba cortado.

Tales elementos son los que impiden el manipuleo del equipo y evitan que pueda adulterarse el registro del consumo. En esa ocasión no fue posible retirar el medidor por la ausencia del usuario titular del servicio. Tal medida se dispuso el 4 de julio siguiente, con la intervención de personal de Ejesa, de funcionario policial y del usuario. Se constató que, pese a que había carga de energía, el medidor estaba parado. Se labró acta que firmó el usuario en la que se describían las anomalías. Se le informó el retiro del medidor y su ulterior peritaje –que podía presenciar– y se instaló otro en su reemplazo. El peritaje se concretó ante personal del Ente Regulador.

Pese a que fue citado, el usuario no se hizo presente. En la ocasión, quedó corroborada la manipulación interna del equipo que presentaba las anomalías que describe y en razón de las cuales se encontraba fuera de rango, arrojando error del 100% en la medición. El 19 de julio de 2012, es decir, quince días después del cambio de medidor, personal de su mandante procedió a la lectura del nuevo constatando un consumo de 2.051 kw en ese período.

Por ello, y conforme el cálculo previsto en el Anexo del Contrato de Concesión, se determinó como consumo promedio mensual el de 4.102 kw, que es el que, en consecuencia, correspondía facturar. En tanto ya se había facturado una cantidad de energía consumida, se siguió el procedimiento previsto para computar el consumo no registrado.

De tal modo, establecida la diferencia relativa a los doce meses anteriores al retiro del medidor, más los impuestos respectivos, se determinó como debida la suma de \$ 27.707,17. Alega la regularidad del procedimiento, transcribe la normativa pertinente al respecto y dice que de ella surge la facultad de suspensión del suministro. Postula, en consecuencia, que no hubo incumplimiento de su parte ni motivo para endilgársele responsabili-

dad, como que la infracción fue cometida por el usuario. El siguiente capítulo lo dedica a rebatir los rubros reclamados.

Dice inaplicable el artículo 40 de la ley 24.240 en tanto está previsto para los daños causados por el servicio prestado defectuosamente o por el riesgo creado y no para el reintegro de gastos que dice la actora debió soportar para la provisión adecuada de energía que resultan improcedentes. Niega factor de atribución de responsabilidad al respecto. En cualquier caso –prosigue– cualquier nexo causal que vincule el daño con su mandante resultó quebrado por la propia víctima, pues al pedir el suministro encuadró su consumo en la categoría T1G relativa a “pequeñas demandas de uso general” siendo que, según sus propios dichos, el suyo es un consumo importante que debió encuadrar en la categoría T2 (“medianas demandas”).

Ello significa que superó la demanda prevista para esa categoría y su respectiva tarifa, provocando interrupciones. También repele –por los fundamentos que expone y a cuya lectura remito, para abreviar– la pretensión de condena al pago de daño punitivo. Denuncia enriquecimiento indebido de la actora y abuso de derecho, en tanto utilizó energía superior a la que pagó. Formula reserva del caso federal, cita derecho, ofrece prueba y pide el rechazo de la demanda, con costas.

.....

4. Las cuestiones a tratar son las siguientes.

4.1. En cuanto a los hechos y en líneas generales, no está controvertido el vínculo jurídico que liga a las partes por el suministro de energía eléctrica. Tampoco, la inspección del medidor de esa energía dispuesta por la demandada y el proceso que derivó en el requerimiento formalizado mediante nota N° 1022/12 cuya anulación denuncia la actora con la resistencia de su contraria.

4.2. Siendo ésa la plataforma fáctica del caso, cabe ante todo determinar si, como lo postula la actora, el caso está subsumido en el régimen del consumidor que regula la ley 24.240 y sus modificatorias y también el Código Civil y Comercial de la Nación de reciente entrada en vigencia (CCyC, en adelante) en tanto sus disposiciones sean más favorables al consumidor (art. 7°). Como se sabe, tras su modificación por la ley 26.361, el artículo 1° de la ley 24.240 califica al consumidor como “toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

El artículo 1092 del CCyC replica ese concepto aunque reemplaza la expresión “persona física” por la de “persona humana”. A diferencia del criterio

adoptado en otros países, el nuestro incluye en el especial ámbito de aplicación del régimen del consumidor a la persona jurídica, expresión comprensiva del concepto de “empresa”.

No obstante, el elemento finalista que contempla la norma (destino personal, familiar o social del bien o servicio adquirido), impide atribuirle el carácter de consumidor si el bien o servicio en cuestión es adquirido para ser incorporado a la cadena de producción concerniente a su objeto.

En palabras de Lorenzetti: “si una empresa compra un elemento para utilizarlo en el proceso productivo, puede ser que ese bien se agote con el uso en forma inmediata (energía eléctrica, servicio de comidas, etc.), con lo cual hay una apariencia de consumo. Sin embargo, al Derecho no le interesa la materialidad, sino la finalidad, y en ese sentido, el bien se integra con la finalidad comercial de la empresa. La ley argentina declara que siempre que hay consumo final se aplica, salvo que esos bienes sean destinados a la producción; es decir que, aun cuando exista consumo final, si el bien es integrado en procesos productivos, queda excluido” (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2ª ed. act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 104).

Con la misma orientación, señala Farina que para estar alcanzado por la especial protección de la ley, los bienes o servicios adquiridos deben quedar dentro del ámbito personal, familiar o doméstico del consumidor, sin que vuelvan al mercado (cfr. Farina, *Defensa del consumidor y usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 45/46). La línea divisoria entre los supuestos comprendidos y los excluidos del concepto de consumo contemplado en el régimen en cuestión no siempre exhibe un trazo definido e indubitable.

Antes bien, no pocas veces ofrece justificadas dudas. La casuística es inagotable por lo que es deber del intérprete analizar las particularidades de cada supuesto para establecer su inclusión o no en el régimen del consumidor.

Entiendo que, en el particular caso que tratamos, la respuesta al interrogante es diferente para cada una de las dos pretensiones que constituyen el objeto de la demanda. Así, la que está dirigida a enervar la pretensión de cobro y amenaza de corte de energía debe subsumirse en la preceptiva de los artículos 1º de la ley 24.240 (modificado por la ley 26.361) y 1092 del CCyC porque, según lo afirma la actora sin controversia de su contraria, desde varios meses antes al episodio que derivó en esa pretensión de cobro, la energía que suministraba la demandada a su empresa sólo abastecía a la oficinas internas de la firma, mas no a las maquinarias afectadas al proceso de producción, las que se alimentaban de la energía generada por equipos especiales adquiridos por su parte al efecto.

No se trata, pues, de consumo de energía destinado al proceso de producción sino al uso interno de la firma, por lo que se inscribe en el concepto de consumo con destino al ámbito personal de la actora. Tal el criterio adoptado por la CNCom., sala A, en los autos “Artemis Construcciones SA c/Diyon SA y otro”, 21-11-2000 cuyos fundamentos hago míos y doy por reproducidos, para abreviar.

En cambio, la pretensión de la actora enderezada a que la demandada la indemnice por los daños que fueron consecuencia de la deficiente prestación del servicio de energía destinado al proceso de producción y fabricación (concretamente los gastos para la adquisición de dos grupos electrógenos y combustible para su funcionamiento) excede el ámbito de la relación de consumo y, antes bien, está directamente relacionada a la consecución de su objeto social que no es otro que la comercialización de los productos que elabora, por lo que no puede encontrar respuesta en este proceso.

4.3. Dicho lo anterior, cabe tratar ahora el cuestionamiento de la demandada a la vía elegida por la actora. Siendo alcanzada por el régimen del consumidor la primera de las pretensiones aludidas, el proceso del amparo por el que tramitó esta contienda es incuestionable para dirimirla, pues la ley 24.240 dispone que las causas iniciadas para dar protección a los derechos del consumidor deben tramitar por el proceso más abreviado que rija en la respectiva jurisdicción (art. 53), y con la ley provincial 5326 que modificó la 5170 quedó establecido que, en nuestro ámbito, éste sería el del proceso de amparo.

De ello sigue que, para habilitar la vía, no es necesario que se ataque acto u omisión que en forma actual o inminente restrinja o amenace un derecho constitucionalmente protegido (ley 4442). Basta que la relación entre las partes sea de consumo y que la demanda la promueva quien reviste el rol de consumidor.

.....

4.5. Propicio rechazar, en cambio, el pedido de multa civil que también integra la demanda. Ello así porque, al actuar como lo hizo, la demandada no desplegó conducta que encuadre en la previsión del artículo 52 bis de la ley 24.240 que justifique ningún tipo de sanción. Repárese en que la rotura del medidor quedó constatada y la rectificación del monto de facturación por el consumo no registrado recién pudo concretarse después de transcurridos doce meses posteriores al retiro del medidor y en base al consumo real en ese período, dato con el que, ciertamente, no contaba la demandada al tiempo de la determinación practicada pocos días después del retiro del averiado medidor. Además, no formuló cargos a Conmise SRL por manipulación del

medidor ni por ningún otro concepto que no sea el del consumo presunto, los impuestos y la tasa por la intervención de la Susepu, por lo que ningún reproche cabe formular a su conducta.

*Caso 2: CNCiv., sala B, 15-9-2015, “Casanova, Silvina Florencia c/Flores, Cristian Ariel s/Daños y perjuicios (acc. tran. c/Les. o muerte)”, RCyS 2015-XI-110, RCCyC 2015 (noviembre), p. 192; AR/JUR/31171/2015*

*Considerando:* I. Contra la resolución de fs. 114/115, en virtud de la cual se admitió la excepción de prescripción opuesta por las encartadas, alza sus quejas la accionante.

.....

La quejosa adujo que, de acuerdo a las fechas en que se celebraron las audiencias de mediación, el plazo bienal de prescripción no se había cumplido al momento de iniciar la acción, afirmando que “la prescripción de la acción se extiende durante el plazo de ley que se establece por cada audiencia”; asimismo, sostiene que resulta de aplicación al caso el término prescriptivo contemplado en el régimen de defensa del consumidor (ley 24.240), por los argumentos que esgrime.

.....

III. En forma liminar, en lo tocante al primer agravio lo relevante es la fecha en que se realizó el acto jurídico con aptitud interruptiva de la prescripción y la ley que regía en ese momento. En el caso, la convocatoria a la audiencia respectiva se efectuó bajo los parámetros de la ley 25.689, por lo que las consideraciones del a quo al aplicar el artículo 18 de la mencionada ley resultan acertadas, a cuyos fundamentos *brevitatis causæ* este tribunal se remite; ello teniendo en cuenta –además– que la hipótesis fáctica propuesta por la quejosa carece de todo sustento probatorio. En lo relacionado al restante agravio, concerniente a la aplicación del régimen consumeril consagrado en la ley 24.240 (ley 26.361) que –*a contrario sensu* de lo manifestado por la actora en el memorial– fue invocado recién en la presentación de fs. 88/89 (luego de que las encartadas invocaran la excepción hoy motivo de análisis), esta sala comparte el criterio adoptado por el magistrado de grado. Sobre el punto, a partir de la reforma de la ley 26.361 la noción de consumidor se volvió extensiva a: 1) aquellos que no son parte de una relación de consumo pero que encuentren un vínculo con aquélla (como consecuencia o en ocasión); 2) quienes se hallan expuestos a una relación de consumo, que sin tener un vínculo específico y tampoco intención de tenerlo, igualmente sufren daños en función de ella.

Es así que el examen de la relación de consumo surge en lo relativo a los daños que de ella provienen (cf. Lovece, Graciela Isabel, *La expansión de la noción de seguridad. Las relaciones de consumo y la aplicación del “bystander”*, publicado en diario L. L. del 17-3-2011, p. 4; L. L. 2011-B-224; AR/DOC/688/2011). Y tales nociones implican afirmar que –en el caso, teniendo en cuenta el marco fáctico relatado en la demanda– el daño invocado por la damnificada no provendría de la relación de consumo originada en el contrato de seguro celebrado entre los codemandados; no sólo no se aprecia el vínculo –de acuerdo al primer supuesto reseñado–, tampoco se advierte que el daño fuere ocasionado por dicha relación. En casos similares al de autos, si bien la doctrina y jurisprudencia se halla dividida, debe recordarse que en materia de seguros el damnificado no es el beneficiario del contrato contra la responsabilidad civil (art. 109, ley 17.418), toda vez que se celebra con la finalidad de mantener indemne el patrimonio del asegurado. Por otro lado, debe ponderarse que entre los antecedentes legislativos en materia de consumo, la figura del *bystander* se encuentra limitada a prácticas y cláusulas abusivas, incluyendo solamente en tal carácter a personas –aun indeterminadas– que puedan resultar afectadas como consecuencia de publicidad engañosa y/u ofensiva o daños por productos elaborados (cf. Compiani, M. F., *El contrato de seguro y la protección del consumidor*, en Picasso y Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada*, Buenos Aires, La Ley, t. II, ps. 440 y ss.), precedentes que no incluyen supuestos como el que se presenta en la especie. Ésta también ha sido la tendencia seguida en las conclusiones de la Comisión 1: *Ámbito de aplicación del Derecho del Consumo. El “bystander” y su problemática* del III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, en las que se estableció por unanimidad que el concepto de consumidor incluye a “El ‘expuesto a una relación de consumo’, y alude a quien se sitúa frente al peligro derivado de una relación de consumo, o que resulta efectivamente damnificado. La noción comprende, entre otras situaciones: a) Los sujetos indeterminados expuestos a prácticas comerciales abusivas; b) Los sujetos expuestos a los defectos de seguridad de productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor” (cf. Lovece, ob. cit.). Cabe señalarlo, estos y otros aspectos son los que han dado motivo a la limitación de la figura bajo análisis en la nueva Codificación Civil y Comercial (ley 26.994); se adecua el concepto de consumidor de acuerdo con las críticas que ha merecido en la doctrina la incorporación de la noción del *bystander* (art. 1º, ley 26.361) en forma general: “En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud”.

Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho de que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador (v. Fundamentos del Anteproyecto, Título III: *Contratos de consumo*, punto 2: *Definición de relación y contratos de consumo*). El caso puesto allí de ejemplo no difiere de las vicisitudes particulares del caso de autos. Y apúntese que la noción amplia, que recepta a quien está expuesto a una relación de consumo, se limita a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable (cf. art. 1096 del CCyC; Compiani, María F., *El contrato de seguro en el Código Civil y Comercial*, publicado en diario L. L. del 22-10-2014, L. L. 2014-F-662, AR/DOC/3823/2014). En virtud de todo lo hasta aquí reseñado, teniendo en cuenta que la hipótesis planteada por el apelante carece de argumentos atendibles, los agravios serán rechazados, propiciando la confirmación del decisorio en crisis. Las costas de Alzada se imponen de igual modo que en el pronunciamiento recurrido (art. 68, párrafo primero del CPCCN).

Por ello, *se resuelve*: Confirmar la decisión apelada de fs. 114/115. Regístrese, protocolícese y publíquese. Fecho, devuélvase, encomendando la notificación de la presente en la instancia de grado. Roberto Parrilli. Claudio Ramos Feijoó. Mauricio L. Mizrahi.

## II. El comentario

### 1. La “cuestión” de la empresa consumidora

En el primer caso que anoto se debate la cuestión de si una empresa que produce bienes y utiliza energía eléctrica, no para el funcionamiento de las máquinas, sino de las instalaciones administrativas, puede o no ser considerada como un consumidor a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

La acción entablada es un amparo que constituye una acción de tutela inhibitoria sustancial de base constitucional. Este tipo de acción de amparo ha sido empleada –entre otros objetivos– en la tradición cultural argentina con el objetivo de desarrollar la prevención del daño. Ahora el nuevo Código Civil y Comercial da un paso adelante muy importante al regular la función de prevención del daño (arts. 1710 a 1713) y, en particular, una acción general de prevención.

La acción entablada incluía dos aspectos: un primer aspecto que se vincula con la prevención del daño que consiste en: (a) que no se cobraran los cargos

por consumo de energía que a juicio de la actora no correspondían. Un segundo aspecto que se relaciona con la reparación del daño y la punición; (b) que se impusiera a la empresa de la energía el pago de un “daño punitivo” (art. 52 bis de la ley 24.240 según la ley 26.361); (c) que se condenase a la empresa de energía eléctrica a abonar “los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de las deficiencias producidas en la prestación del servicio de suministro de energía eléctrica”.

La sentencia concluye que, en una acción de amparo entablada por una empresa consumidora, el objeto de la pretensión de la acción está delimitado por el carácter de consumidor de la empresa (art. 1092, CCyC) que a su vez debe ser establecido a partir de un criterio que se vincula con el destino de los bienes que debe ser el consumo final.

En virtud de este razonamiento, el tribunal habilita el tratamiento del primer aspecto de la pretensión de la acción de amparo que gira en torno a la prevención del daño y no del segundo aspecto que se vincula con la reparación del daño pues dicha reparación deriva –supuestamente– de que la empresa de energía no presta adecuadamente el servicio eléctrico, no sólo a fin de hacer funcionar las instalaciones administrativas y de servicios de la empresa, sino también las máquinas que la empresa emplea para producir. Este último uso de la energía no permite hablar de “consumo final” y, por tanto, de una “empresa consumidora”, sino de un “insumo” que se “reinserta” en el circuito productivo bajo una forma diferente; con lo cual, respecto de este segundo aspecto, la empresa actúa para el tribunal como proveedora y en consecuencia no tiene derecho a incluir esta pretensión en la acción de amparo que entabla como consumidora.

### 1.1. *La definición positiva y negativa de consumidor*

En Argentina el microsistema de protección del consumidor (ley 24.240 de 1993) en un comienzo recurrió al protocolo de establecer una definición positiva –ser un consumidor– y otra negativa –no ser considerado un proveedor de bienes y servicios<sup>1</sup>– de consumidor –que en verdad conforman una unidad– en los artículos 1º y 2º, segundo párrafo, respectivamente<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Esto es “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios [...] quienes adquieran, almacenen, utilicen, consuman bienes o servicios sin integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

<sup>2</sup> Sin embargo, entiendo que la idea de “consumidor” no debe ser extraída solamente de los arts. 1º y 2º de la ley, sino de todo el texto de ella, si es que se quiere conformar una noción que abarque todas sus instituciones. Puede decirse que la ley parte en sus distintas instituciones de conceptos de consumidor distintos.

Con la reforma de la ley 26.361 en 2008 se mantuvo solamente la definición positiva; por tanto, para ser considerado como consumidor debe hacerse adquisición de bienes y servicios para su consumo final (art. 1° de la ley 24.240) y habiéndose suprimido la noción negativa –al no incluir en el nuevo artículo 2° el que era el segundo párrafo del artículo 2° del texto original, ni regla similar–, ya no es necesario que no se trate de un proveedor de bienes y servicios.

1.2. *El consumidor se delimita sobre la base de un criterio subjetivo: hacer adquisición de bienes o servicios para consumo final*

La ley 24.240, además de establecer que el consumidor es quien hace “adquisición de bienes o servicios para consumo final” que podría ser calificado como el criterio finalístico o subjetivo de la definición de consumidor, traía tres incisos en los cuales enumeraba ciertos actos jurídicos como actos de consumo, lo cual puede ser considerado como el criterio objetivo.

La ley 26.361 suprimió los tres incisos que traía el artículo 1° de la ley 24.240 en los cuales se enumeraban ciertos actos de consumo y, por consecuencia, se excluían otros, y dejó vigente solamente el criterio de la causa fin.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.361, la dogmática sostenía que la enumeración que allí se hacía de los actos de consumo en tres incisos era meramente enunciativa, dado que de otra forma importantes contratos de consumo, como ser los de tiempos compartidos o las rifas, quedarían excluidos. Se enumeraban expresamente: “a) la adquisición o locación de cosas muebles, b) la prestación de servicios, c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada”. A lo que agrega el decreto reglamentario 1798/94 (art. 1°) que “b) En caso de venta de viviendas prefabricadas, de los elementos para construirlas o de inmuebles nuevos destinados a vivienda, se facilitará al comprador la documentación completa suscripta por el vendedor en la que se defina en planta a escala la distribución de los distintos ambientes de la vivienda y de todas las instalaciones, y sus detalles, y las características de los materiales empleados. c) Se entiende por nuevo el inmueble a construirse, en construcción o que nunca haya sido ocupado”.

Como señalé, esta enumeración fue suprimida por la nueva formulación que al artículo 1° otorga la ley 26.361. Sin embargo, y con cierto nivel de contradicción, en cuanto importa reintroducir un criterio de definición objetivo,

la ley 26.361 al final del primer párrafo del artículo 1º introducía una nueva regla –que luego sería suprimida por el nuevo CCyC– según la cual: “Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines”.

Pienso que en ocasiones estas inclusiones persiguen fines prácticos –evitar la discusión acerca de la inclusión o no de tal o cual contrato o sector del mercado– lo que permite justificarlas; sin embargo, creo que aunque lo anterior no puede ser soslayado, es necesario desarrollar el sistema, en el sentido de que en el campo del Derecho el progreso –en este caso hacia la inclusión de determinado negocio en el campo de la tutela de los consumidores– se obtiene a partir de una construcción de una explicación razonable acerca de la inclusión que sea aceptada por la jurisprudencia<sup>3</sup>.

En definitiva, lo verdaderamente caracterizante del concepto de consumidor es, entonces, que se haga un consumo final de los bienes en el caso de las personas humanas, lo que incluye también el traspaso para su consumo material o utilización por el mismo consumidor, por su círculo familiar o social, o beneficio propio, en el caso de las personas jurídicas.

### 1.3. *Las personas humanas y las personas jurídicas públicas o privadas pueden actuar como consumidoras*

La ley 24.240 incluyó desde un comienzo a las personas físicas y jurídicas, a diferencia del Derecho Comunitario. Aquí, la legislación nacional ha hecho una opción clara. Se trata de una opción ya que la cuestión no es pacífica en el campo de la dogmática consumerista, pues mientras unos piensan que

<sup>3</sup> La jurisprudencia argentina trató el problema de la aplicación de la ley 24.240 a los sistemas contractuales de tiempo compartido en la causa resuelta por la CNFed.CAdm., sala V, 25-11-97, “Mazzei Smurra y asociados SA c/Secretaría de Comercio e Inversiones –Disp. DNCI 1030/96–”. En el caso la demandada que era titular de un tiempo compartido planteó la inaplicabilidad del microsistema de protección del consumidor dado que conforme el art. 2º “las adquisiciones de bienes inmuebles destinados al placer o simplemente para vacaciones no se encontrarían alcanzados por aquella norma”. Frente a ello se dijo: “este tribunal entiende que no resulta irrazonable, en el caso, la aplicación de las normas convenidas en la ley 24.240 a la relación trabada entre los denunciados y la aquí apelante. En efecto, si alguna duda pudiere haber en cuanto al ámbito de aplicación del citado cuerpo legal en virtud de lo normado en los incs. b, y c, de su artículo 1º, la latitud del artículo 2º viene a disiparla, por cuanto en él se dispone ‘quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen...’ En tal contexto, una armónica interpretación de las aludidas normas, que no debe desconocer la voluntad tenida en miras por el legislador al sancionar la mentada ley (sin dudas, la de proteger al usuario o consumidor), nos lleva a concluir que [...] la aplicación de la ley 24.240 al *sub lite* no aparece como inadecuada”.

es connatural al Derecho del Consumidor que su ámbito de funcionamiento se encuentre limitado a las personas humanas, otros entienden que conviene proteger a las personas jurídicas y dentro de esta postura incluso algunos son de la idea de limitar la tutela a las pequeñas y medianas empresas; la Directiva Comunitaria 93/2013 relativa a cláusulas predispuestas, sienta en su artículo 2º un concepto de consumidor limitándolo a las personas físicas, y de la misma forma lo hacía el Proyecto de Ley de Defensa del Consumidor de Atilio Alterini, Roberto López Cabana y Gabriel Stiglitz. El problema se relaciona con la suprimida definición negativa de consumidor que se encontraba en el artículo 2º, segundo párrafo, del texto originario.

El nuevo Código Civil y Comercial aclara que consumidores pueden ser personas humanas y jurídicas (art. 1092), y proveedores, personas humanas y personas jurídicas de derecho privado o una empresa pública (art. 1093).

#### 1.4. *Los actos de adquisición de bienes y servicios de consumo pueden ser onerosos o gratuitos*

El texto legal originario de 1993 requería además que se tratara de actos a título oneroso, excluyendo los gratuitos, lo cual había sido criticado por la doctrina; así, por ejemplo, para Ricardo Lorenzetti, según el artículo 1º, es usuario quien sin haber adquirido los bienes los recibe gratuitamente por integrar el círculo familiar o social (amigos) del consumidor.

Luego el decreto reglamentario 1798/94 de la ley 24.240, en su artículo 1º, amplió la idea incluyendo como consumidores a quienes “a) ...en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo muestras gratis)”.

La versión del artículo 1º que introduce la ley 26.361 resolvió correctamente esta cuestión recogiendo la experiencia de la doctrina al señalar en el primer párrafo que es tanto consumidor quien adquiere los bienes o recibe el servicio de manera onerosa o gratuitamente.

#### 1.5. *Los bienes de consumo que se adquieren pueden ser nuevos o usados*

La frase final del párrafo primero del artículo 2º del texto originario de la ley 24.240 decía: “Se excluyen del ámbito de esta ley los contratos realizados entre consumidores cuyo objeto sean cosas usadas”.

Esta regla no fue reiterada en el nuevo artículo 2º de la ley 26.361, lo cual, sumado al hecho de que el primer párrafo del artículo 2º señala que el

proveedor puede ser un profesional o quien actúa “aun de manera ocasional” como proveedor, conduce a la conclusión de que, por ejemplo, un “particular” que vende un automotor usado de su propiedad será considerado como proveedor y el adquirente podría pretender exitosamente la aplicación del microsistema protectorio.

Esta reforma, así como la inclusión de los bienes usados en los artículos 11 y siguientes, muestra que una de las líneas directrices de la reforma de la ley 26.361 ha sido la inclusión de los bienes usados en el campo del régimen protectorio.

#### 1.6. *Los profesionales liberales como proveedores de bienes y servicios de consumo*

En la legislación argentina consumerista desde 1993 no son consumidores quienes contratan la prestación de un servicio por parte de un profesional liberal pues el profesional liberal por regla no es considerado un proveedor.

La Ley de Defensa del Consumidor 24.240 establece qué se entiende por tal; son aquellos que “requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello”. Sí son en cambio consumidores quienes contratan los servicios de estos profesionales liberales, sobre la base de una publicidad que éstos hagan de su ofrecimiento (art. 2º, segundo párrafo, *in fine*).

También en el artículo 2º, primer párrafo, *in fine*, se excluía del carácter de consumidor a quienes contratasen como consumidores finales y con las demás condiciones de los artículos 1º y 2º pero teniendo por objeto cosas usadas. Rubén y Gabriel Stiglitz denominan a estas dos últimas exclusiones de carácter objetivas, pues se encuentran referidas a la materia sobre la que se contrata<sup>4</sup>.

La ley 26.361 de 2008 reformuló la norma diciendo que “No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación” (art. 2º, segundo párrafo).

<sup>4</sup> *Derechos y defensa del consumidor*, La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 123.

1.7. *La invención de los criterios adicionales para delimitar la idea de “empresa consumidora”: la distinción entre bienes de consumo y bienes de capital*

El solo estatuto de contar con personalidad jurídica, no es suficiente para que una empresa sea considerada como consumidora. Es necesario además que cumpla con el criterio subjetivo de delimitación de la idea de consumidor, es decir, que haga (a) adquisición; (b) de un bien o servicio de consumo; (c) para su consumo final o de su núcleo familiar o social.

Esto requiere de un criterio adicional que permita establecer cuándo una empresa adquiere bienes o servicios para consumo final y cuándo no. La ley (24.240 y luego con la reforma de la ley 26.361) no establecía este criterio y, en consecuencia, “descubrirlo” para el caso de la empresa consumidora, fue una tarea que la doctrina<sup>5</sup> y la jurisprudencia se vieron obligadas a desarrollar.

El concepto de consumidor final, que mantiene la ley actual, importa para el operador del campo jurídico la necesidad de realizar una tarea central: determinar cuándo un bien o servicio es reintegrado al mercado o no. El decreto reglamentario, queriendo solucionar el problema, no aporta una pauta demasiado clara: “Se entiende que los bienes y servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica” (art. 2º, dec. 1798/94).

En consecuencia, el punto de partida para el razonamiento –dado que las empresas son naturalmente proveedores, es decir, reintroducen los bienes y servicios que adquieren en el circuito productivo y de comercialización–, fue delimitar cuándo “reinsertan” o no bienes.

El criterio general que fue utilizado como punto de partida para “pensar” el problema en el campo dogmático consistió en diferenciar si se trataba de bienes o servicios que constituyeran bienes de capital. El paso siguiente fue observar si son “insumos”. En definitiva, existe “reinserción” y en consecuencia la empresa actúa como proveedora y no puede reclamar para sí la tutela de la ley 24.240 si no son bienes de capital o si se trata de insumos; si, en cambio, adquiere bienes que son de capital, se entiende que por su naturaleza no los “integra” en el proceso productivo y, en consecuencia, puede quedar amparada, respecto de los problemas que la adquisición de estos bienes le acarrea, por la ley 24.240.

<sup>5</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 104; FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, Astrea, Buenos Aires, 2009, ps. 45/46.

### 1.8. *La heterogeneidad de la idea de proveedor*

Si un lector atento hiciera una recorrida por todo el articulado de la ley 24.240 teniendo en mente contabilizar las expresiones que en ella refieren al extremo comúnmente denominado “proveedor”, obtendría un resultado más o menos como éste: proveedores de cosas o servicios (art. 2º); quien realice la operación de creación de un bien de consumo; quien efectúe su montaje; quien construya un bien de consumo (art. 2º); el que conceda la marca (art. 2º); el productor (arts. 2º y 4º, 13); el fabricante (arts. 10, inc. c, 12, 14, inc. a); el importador (arts. 2º y 4º, 10, inc. c, 12, 13, 14, inc. a); el distribuidor (arts. 2º y 4º, 10, inc. c, 13, 14, inc. a); quienes comercialicen (arts. 2º y 4º); “quien actuare en nombre del proveedor” (art. 8º bis); el vendedor (arts. 10, inc. b, 12, 14, inc. a); quienes presten servicios (arts. 2º y 4º); suministren (art. 5º); quien emite una oferta (art. 7º, 1º párr.); el garante (art. 15); empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios (art. 25); quien haya puesto su marca en la cosa o servicio (art. 40); el transportista (art. 40).

Esta gran heterogeneidad –producto del recurso cada vez más acentuado a una técnica descriptiva y no conceptual para definir el polo pasivo de la relación de consumo– dificulta la tarea de encontrar un núcleo conceptual único.

La reforma de la ley 26.361 agregó como proveedores a quienes desarrollen las siguientes actividades: 1) “montaje” de productos, es decir el armador; 2) quien efectúa la tarea de “creación”; 3) “construcción”; 4) “transformación”; 5) “concesión de marca”.

Con lo cual –sumado a la supresión del segundo párrafo, primera parte– acentuó el carácter descriptivo de la definición de proveedor.

### 1.9. *En busca del núcleo de la idea de proveedor*

Además de ello, la reforma de la ley 26.361, evidentemente con el afán de dotar de mayor amplitud al régimen legal, quitó el segundo párrafo del artículo 2º del texto originario que señalaba –aunque empleando una fórmula negativa: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios...”– que son siempre proveedores “quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

La no reiteración de la regla del artículo 2º, segundo párrafo, primera parte, se explica por el hecho de que el texto originario ocasionaba algunos problemas no menos importantes para que las personas jurídicas –incluidas en el campo de esta tutela conforme al artículo 1º– pudieran ser consideradas comprendidas en

el régimen protectorio como consumidores pues en general adquieren bienes "...para integrarlos en procesos de producción, transformación...", con lo cual actuaban indefectiblemente como proveedores según la ley.

La jurisprudencia se ocupó del problema en varias oportunidades. Un verdadero *leading case* en la materia fue en su tiempo el caso resuelto por la CNCom., sala A, en autos: "Artemis Construcciones SA c/Diyón"<sup>6</sup> en el cual una empresa de construcciones había adquirido un automotor para uso de la empresa, en particular, para el traslado de sus miembros y empleados; en la sentencia se entendió que había celebrado un contrato de consumo pues aquí hacía consumo final del bien.

Esta derogación no ha dejado sin embargo sin sentido la perfectible regla del decreto reglamentario 1798/94 que dice: "Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica", si se piensa que aunque no exista más un concepto negativo de consumidor, la dicotomía insumo/consumo que subyace en esta regla constituye un criterio fundamental para establecer cuándo una empresa puede actuar como consumidor.

En efecto, si no quiere limitarse la existencia de un proveedor al hecho de que realice una de las actividades enumeradas en el artículo 2º pues ello, con el constante cambio de las circunstancias de los mercados y la producción, puede resultar en desprotección para el consumidor, es imprescindible identificar el núcleo de la idea de proveedor que no puede ser sustituido por el más simple protocolo de enumerar las actividades que habitualmente efectúan. En otras palabras, sólo un esfuerzo por establecer la idea nuclear de proveedor garantiza la protección a largo plazo.

Desde otra perspectiva, si se pretende sostener que la enumeración no es taxativa sino ejemplificativa, la situación es la misma: para aplicar extensivamente el régimen protectorio a otros proveedores que realizan actividades no enumeradas, es necesario encontrar el núcleo de la idea de proveedor.

Desde mi perspectiva, actúa como proveedor quien adquiere bienes para luego reinsertarlos en el mercado, luego de transformarlos, como bienes de consumo.

Con esta idea asumo la circunstancia de que no puede establecerse apriorísticamente quién es proveedor –por ello digo "actúa como proveedor"–; el proveedor es quien ocupa una determinada posición en el mercado de bienes de consumo, conforme a la cual tiene la función de "proveedor"; visto de esta

<sup>6</sup> L. L. 2001-B-838.

manera, no interesa si se trata de un profesional o no, si es una persona física o jurídica, si es un empresa, lo que importa es su posición como proveedor.

En fin, proveedor es quien por su posición en el mercado desarrolla la función social y económica de adquirir bienes para luego reinsertarlos en el mercado –después de transformarlos– como bienes de consumo. Esta idea nuclear de proveedor permitirá la aplicación del régimen a situaciones no previstas.

#### 1.10. *El “consumo final” de energía eléctrica y la energía eléctrica como insumo*

Como se sabe, para el Derecho Privado la energía es una cosa. Es definida en la tradición cultural del Derecho Civil argentino como una “fuerza natural susceptible de apropiación”, es decir, como un objeto inmaterial que es equiparado a una cosa y, por tanto, considerado como tal.

El advenimiento del Derecho del Consumidor ha venido a renovar esta objetivación de la energía como una cosa, complejizándola.

Para la sentencia que comento, la energía eléctrica es un bien bicéfalo. Puede ser en algunas ocasiones un “producto elaborado” que un consumidor consume y que puede causarle daños (arts. 5º y 40, ley 24.240) y puede en otras ocasiones ser considerado un “insumo” que se emplea para producir otros bienes o servicios de consumo y en este sentido se “reinserta” en el circuito productivo bajo una forma diferente –la del bien o servicio–.

En consecuencia, si el sujeto se vincula con el objeto de la primera manera, será un consumidor; en cambio, si se relaciona de la segunda forma, será considerado un proveedor.

Esta distinción –sobre todo la segunda posibilidad– subyace en la sentencia que comento.

Esta diferenciación entre un bien que se “consume” o se “reinserta” se corresponde normalmente con la categoría de bienes de capital. Así, por ejemplo, en el caso “Artemis”, tratándose de un automóvil, el criterio funciona a la perfección: el automóvil es un bien de capital y, por tanto, no se “reinserta” bajo la misma o similar forma en los bienes o servicios que la empresa produce; por tanto, la empresa actúa como consumidora al adquirir el bien.

Sin embargo, en el caso de las energías la situación es más difícil pues no puede ser calificada como un bien de capital.

La energía puede ser considerada un “insumo”. Hay “insumos” que se incorporan directamente al bien que se produce bajo la misma forma que tienen, verbigracia, una etiqueta que la empresa compra y pega en las botellas

del producto que elabora; o se incorporan de manera indirecta, en cuyo caso se la “reinserta” bajo una forma diferente de la que tiene como bien, es decir, se la reinserta como producto o servicio final que de alguna manera la “incluye”. Esto último es lo que ocurre con la energía. En consecuencia, si la empresa adquiere energía eléctrica de la empresa de energía para hacer funcionar las máquinas con las cuales produce los productos finales que comercializa, actúa como proveedora del bien y no puede pretender la protección como consumidora.

## 2. La “cuestión” del “bystander”

El segundo fallo que comento –a raíz de la apelación de la sentencia de primera instancia que recogió la excepción de prescripción de la acción de daños interpuesta– refiere a la cuestión del *bystander* como legitimado activo de una acción por daños y perjuicios originados, pretendidamente, en la existencia de una relación de consumo a la que se encuentra “expuesto”.

El problema que enfrenta la sentencia es el de determinar si una persona víctima de un accidente de tránsito constituye un “consumidor expuesto” de la relación de consumo que se entabla entre el causante del daño y su compañía de seguros con lo cual lo une un contrato de seguro por accidentes de tránsito.

El problema venía siendo tratado por la jurisprudencia anterior<sup>7</sup> en un contexto de ensayos de aplicación expansiva del entonces microsistema de protección del consumidor. La novedad de la sentencia es que se dicta una vez entrado en vigor el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que redefinió el ámbito de funcionamiento de la protección del consumidor.

### 2.1. El consumidor equiparado

Como se explicó en el punto 1, la ley 24.240 emplea desde el inicio como estrategia general para establecer su ámbito de aplicación definir al consumidor.

La ley 26.361 al reformular el artículo 1º agregó un segundo párrafo que no existía en el texto original de la ley 24.240 y en el cual señala quiénes son los sujetos que sin ser consumidores se le equiparan. El objetivo fue ampliar el ámbito de aplicación de la ley 24.240.

Establece dos casos: 1) “quien, sin ser parte de una relación de consumo,

<sup>7</sup> Vid. mi comentario en esta misma revista: *El “bystander” en la jurisprudencia argentina*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2013-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 359 y ss.

como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”, y 2) “quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

El consumidor equiparado en sentido amplio admite entonces dos hipótesis: (a) quien utiliza bienes o servicios de consumo; (b) quien se encuentra expuesto a una relación de consumo.

En la racionalidad legal, estos sujetos no integran la relación de consumo en el sentido de que no la integran “originariamente”, es decir que hay un consumidor que “constituye” la relación de consumo a partir de un contrato de consumo y luego esa relación de consumo afecta a un “tercero” que pasa a quedar equiparado –por esa circunstancia– al consumidor a los fines de su protección legal.

Lo que permite esta figura es que quien sufre daños sin haber sido parte de un contrato de consumo como consumidor, pueda reclamar los daños y perjuicios o el empleo en su favor de alguna otra institución del sistema normativo de tutela del consumidor, verbigracia, la protección contra cláusulas abusivas o prácticas comerciales discriminatorias.

## 2.2. *El consumidor equiparado propiamente dicho*

La primera parte del segundo párrafo del artículo 1º señala: “Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

La regla, que establece la primera hipótesis de consumidor equiparado, hace referencia a quienes no son parte de la relación de consumo, en el sentido de que no la integran a partir de un contrato de consumo (art. 1092, CCyC); para ello debería tratarse de personas que hacen “consumo final” en él pero sin efectuar la “adquisición” del bien a partir de un contrato de consumo; es quien “como consecuencia o en ocasión” de una relación de consumo que entabló un consumidor que adquirió el bien, “utiliza bienes o servicios como destinatario final”.

La norma debe ser interpretada en el sentido de que integran la relación de consumo no sólo los usuarios que adquirieron el bien a través de un contrato de consumo, sino también todos aquellos que hacen consumo final del bien, es decir que se trata de sujetos que “ingresan” a la relación de consumo a partir del consumo material del bien.

En fin, (1) son consumidores no sólo (1.a) quienes adquieren el bien

mediante un contrato con el fin de efectuar un consumo final del bien, sino también (1.b) quienes formando parte de su grupo familiar o social hacen consumo final aunque no lo hayan adquirido.

Además de los “usuarios” que forman parte del núcleo familiar o social, son consumidores equiparados: (1.c) quienes ingresan en la relación mediante un acto unilateral –como la oferta– o (1.d) por un hecho jurídico –como la publicidad–.

Pese a la terminología de la ley todos “integran” la relación de consumo –aunque “ingresan” mediante diferentes fuentes–; se equiparan en el sentido de que todos quedan vinculados con el grupo de proveedores (conf. art. 3º, primer párr., ley 26.361) y, en consecuencia, les resulta aplicable el micro-sistema de defensa del consumidor.

### 2.3. *El “consumidor expuesto” o “bystander” según la ley argentina*

#### *El “bystander” en el Derecho Comparado*

El *bystander* es una figura originariamente aparecida en el Derecho anglosajón para explicar que un accidente puede causar daños a quienes se encuentran en ese momento y lugar aunque no hayan sido propiamente damnificados directos como consecuencia del hecho dañoso. El *bystander* es una figura que ha sido incorporada en algunas legislaciones que se ocupan de los consumidores. En estos regímenes se considera *bystander* a un damnificado por un accidente de consumo que no es propiamente un consumidor. Es decir se trata de una persona que sin haber tenido la finalidad de consumir, esto es, de entablar una relación de consumo, sufre un daño en su persona derivado de la inseguridad adquirida del producto o servicio en razón de un defecto.

La pregunta que ha justificado el diseño de la figura es ¿por qué proteger también a estos sujetos que no son propiamente consumidores?: “A éstos les llega el daño como una sorpresa. Ellos no optaron por el producto que los daña, ni en la mayoría de los casos sabrán de su existencia hasta que ocurre el daño. Siendo así, a diferencia de quien usa el producto, no tendrán oportunidad de averiguar sus cualidades o determinar cuán seguro es. Esta situación de mayor indefensión que la de un consumidor común debe ser protegida, si fuera posible, en mayor medida que en el caso de dicho consumidor común”<sup>8</sup>.

La estrategia de estos regímenes legales es tratarlo como si fuera un consumidor, por lo que algunos de ellos traen una norma específica al respecto; así lo hace el Código de Defensa del Consumidor de Brasil, artículo 17: “Para

<sup>8</sup> KELLY, Julio Alberto, *Responsabilidad del fabricante*, Heliasta, Buenos Aires, 1987, p. 198.

los efectos de esta sección, se equiparan al consumidor las víctimas del evento”<sup>9</sup>. En Francia la ley 98/389 incorporó el artículo 1386-2 al *Code*, que dice: “Las disposiciones del presente título se aplican a la reparación del daño que resulte de un ataque a la persona o a un bien distinto del propio producto defectuoso”<sup>10</sup>, con la idea de extender la responsabilidad del proveedor también a quienes han sido damnificados sin ser consumidores, verbigracia, el *bystander*.

*La fórmula elegida para la traducción legal: “consumidor expuesto”*

La figura del *bystander* ha sido regulada legalmente en Argentina por primera vez en el ámbito del Derecho del Consumidor a partir de la reforma de la ley 26.361 a la ley 24.240. La fórmula elegida por la ley 26.361 a fin de “traducir” legalmente al Derecho Privado argentino la idea de *bystander* ha sido la de “consumidor expuesto”<sup>11</sup>.

En efecto, en la fórmula empleada en el segundo párrafo del artículo según la ley 26.361 no se lo menciona expresamente, pero la reforma de la ley 26.361 –que estuvo orientada por un espíritu de ampliación del ámbito de aplicación de la ley 24.240– permite considerarlo incluido en el artículo 1º, que en su segundo párrafo *in fine* dice que se considerará consumidor o usuario “...a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

En fin, la fórmula empleada por la reforma de la ley 26.361 “quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” permite considerar

<sup>9</sup> La figura del “consumidor equiparado” es empleada por diferentes reglas legales del Código de Defensa del Consumidor de Brasil; en efecto, además del artículo 17, que refiere en el capítulo de los daños por defectos del producto a la figura del *bystander*, el artículo 2º, segundo párrafo, establece: “Equipárase al consumidor la colectividad de personas, aun indeterminadas, que hayan intervenido en las relaciones de consumo”; también el artículo 29 relativo a las prácticas comerciales abusivas establece que “Para los fines de este capítulo y del siguiente, equipáranse a los consumidores todas las personas determinables o no, expuestas a las prácticas en él previstas”.

<sup>10</sup> Conf. ANDORNO, Luis O., 1999:104.

<sup>11</sup> La ampliación del ámbito de protección del consumidor al *bystander* ya había sido sugerida en algunos encuentros y jornadas sobre la materia. En el II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor y I Encuentro Argentino de Defensa del Consumidor, Rosario, 1994, Comisión 3, “*De lege lata* se recomendó que [...] 5. Dicha norma legal –artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte– se aplicará al dueño o guardián que no ha fabricado el producto cuando ocasione daños a terceros (*bystander*)”. Primeras Jornadas de Derecho Civil de Morón, 1994, Comisión 2, “*De lege ferenda* [...] VII. *Ampliación de la legitimación activa*. Debe concederse derecho a reclamar indemnización a toda persona que sufra un perjuicio en razón de daños derivados de productos defectuosos, no vinculada contractualmente al fabricante o elaborador, aun sin ostentar el carácter de consumidor en los términos del artículo 1º de la ley 24.240”.

incluido en la relación de consumo y, consecuentemente titular de la protección como si fuera un consumidor, a quien sin ser consumidor –porque no adquirió el bien o no lo empleó– sufre un daño y darle el mismo tratamiento tutelar que el microsistema dispensa a los consumidores propiamente dichos.

*El caso “Mosca”*

Poco tiempo antes de la reforma de la ley 26.361, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había afirmado en el considerando 10 del *leading case* “Mosca”<sup>12</sup> que “Cabe considerar también el derecho a la seguridad previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional, que se refiere a la relación de consumo, que abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados, que es precisamente el caso que se presenta en autos. De tal modo, la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales”.

Se trataba de un sujeto que no pretendía ingresar al espectáculo deportivo que se estaba desarrollando, sino que se encontraba en las proximidades del estadio por razones laborales y en esas circunstancias sufrió un daño a partir de una agresión que se originó en el estadio deportivo.

*La búsqueda de los límites a la figura del “bystander”*

La regla está justificada, pero debía ser empleada con prudencia y procurando encontrar los límites adecuados.

La jurisprudencia a instancias de los litigantes fue generando una especie de funcionamiento expansivo del microsistema de protección del consumidor por vía de estas figuras del consumidor equiparado y fundamentalmente del consumidor expuesto.

Este efecto expansivo se fue abriendo camino a través de imaginar aplicaciones de la figura del *bystander* absolutamente novedosas, alejadas de la idea núcleo.

<sup>12</sup> L. L. del 12-3-2007, p. 5.

Es que el *bystander* constituye un “préstamo legal” que no responde a la cultura jurídica argentina que emplea otras categorías dogmáticas para “pensar” este tipo de “situaciones”, verbigracia, la idea de damnificado indirecto, es decir, la persona que sufre un daño sin que el “hecho dañoso” haya recaído sobre su persona o patrimonio pero afectándola “por reflejo”. Quizá el ejemplo más notable de este intento de aplicación fuera del núcleo son los casos en los que los litigantes han pretendido valerse de las reglas protectorias del microsistema en casos de accidentes de tránsito planteando que las víctimas son *bystanders* de la relación de consumo originada en el contrato de seguro que une al victimario con su compañía de seguros.

Encontrar estos límites es fundamental por diferentes razones, entre las cuales quizá la más relevante es que si se ampliara el ámbito de funcionamiento del microsistema bajo el pretexto de una estrategia de aplicación expansiva, se correría el riesgo de ver desdibujada su propia identidad como sistema.

Para encontrar los límites es importante tomar como punto de partida la idea nuclear de *bystander*.

El núcleo de la idea de *bystander* en el Derecho del Consumidor es que se trata de una persona que: (1) no es un consumidor –en el sentido de que no adquirió el bien ni lo utiliza, ni es una persona que actúa teniendo por finalidad consumirlo–, pero (2) sin embargo quedó expuesto a la relación de consumo –que se originó para el consumidor en esa adquisición o uso–, y (3) en tal circunstancia sufrió un daño.

Hay dos subtipos: (a) que en el marco de una relación de consumo originada en un consumidor que adquirió –o utilizó el bien sin haberlo adquirido– hubiera ocurrido un accidente de consumo y que un tercero que “estaba ahí” próximo a esa relación de consumo en ese momento y lugar hubiera sufrido un “daño indirecto”; (b) que quienes participan de una relación de consumo causen daños a quienes se encuentran –espacial y temporalmente– próximos a dicha relación –como ocurrió en “Mosca”–.

#### *El rediseño del NCCyC*

El NCCyC desarrolló un programa que tiene por objetivo resistematizar la regulación de la cuestión del consumo.

Como se sabe, el estado general en América del Sur de la situación del Derecho del Consumidor es encontrarse separado del Derecho Civil y Comercial. Así ocurre en Uruguay, Paraguay, Bolivia, Chile, Venezuela, Perú, Ecuador, Colombia.

La posibilidad de codificar el Derecho del Consumidor en un Código

Civil y Comercial es la primera vez que se plantea en América del Sur donde –como se recuerda en los Fundamentos del Proyecto– ha prevalecido el modelo que podemos denominar de la separación entre el Derecho Privado y el Derecho del Consumidor.

Según se explica en los Fundamentos es necesario tener en cuenta para decidir este aspecto tres cuestiones: “...hay que considerar el rango constitucional de los derechos del consumidor, la amplia aplicación de estas normas en los casos judiciales y la opinión de la mayoría de la doctrina”.

Considerando estos aspectos el Proyecto decidió que “...es necesario no sólo avanzar en cuanto a la unificación de los contratos civiles y comerciales, sino también incorporar a los contratos de consumo”.

Aquí el Código Civil sigue la línea de la reforma al Código Civil alemán de 2002, el Código de Quebec o el Código holandés, que incorporan algunos instrumentos del Derecho del Consumidor, sobre todo en la esfera contractual.

Una vez tomada la decisión de codificar el Derecho del Consumidor, el problema que sigue es determinar la extensión de dicha codificación.

Como se sabe, el Derecho del Consumidor no es puramente “Derecho Privado”. Posee componentes de diversas disciplinas jurídicas típicas del “Derecho Público”, así posee reglas de Derecho Constitucional y Administrativo y fuertes conexiones con el campo ambiental.

De modo que aun resuelta la voluntad de codificar, esta operación no puede consistir en traspasar los contenidos del Derecho del Consumidor al Código Civil y Comercial sin una tarea previa de establecer qué elementos son trasladables y cuáles no. Por ejemplo, claramente no correspondería regular en el Código lo que podría denominarse “sistema administrativo de defensa del consumidor”.

Obviamente hay dos componentes principales de la regulación de las relaciones de consumo que corresponde codificar: todo lo que refiere a la “protección contractual del consumidor”, lo que incluye la regulación de las cláusulas abusivas, la formación del contrato, modalidades especiales de la contratación, etcétera, y la protección del consumidor frente a los daños. Se trata de las dos cuestiones centrales que tradicionalmente han dividido y sistematizado, a la vez, el Derecho del Consumidor.

El Proyecto se inclinó aquí por codificar el primer gran tema: la protección del consumidor en las relaciones contractuales.

La segunda cuestión –la del daño al consumidor– se ve impactada de manera indirecta, vía del diálogo de fuentes por las modificaciones en la teoría general del Derecho de Daños, pero no ha sido objeto de una regulación

específica. En este sentido, Gabriel Stiglitz señala que el nuevo Código Civil es en general –más allá de las normas específicas de Derecho del Consumidor que trae– beneficioso para el Derecho del Consumidor; por ejemplo, en el campo de la responsabilidad civil en el cual se establecen reglas generales que “complementan la legislación especial, proveyendo un lenguaje normativo común”: así, la función preventiva de la responsabilidad civil, “los avances en torno a nuevos daños resarcibles, y legitimados activos (damnificados indirectos, convivientes, etc.)” (arts. 1738, 1746), “pautas adicionales en el régimen de responsabilidad objetiva”, en particular la regla del artículo 1757: “el responsable no se exime por autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni por el cumplimiento de las técnicas de prevención” y el hecho de que se incluye ahora la idea de responsabilidad objetiva por actividad riesgosa; “la eliminación –en los casos de responsabilidad objetiva– de la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta que recaiga la penal” (art. 1775)<sup>13</sup>.

En el campo específico de la protección contractual del consumidor, aquella misma cuestión –como codificar el Derecho del Consumidor con algunos límites– exige considerar el problema de la expansión y colonización de todas las relaciones contractuales por el Derecho del Consumidor. Problema que, luego de la reforma de la ley 24.240 por la ley 26.361/2008 que incorporó la idea de consumidores expuestos a las relaciones de consumo, la doctrina y la jurisprudencia ya se había planteado.

Este problema fue considerado por el Anteproyecto de Código. Se lee en los Fundamentos del Anteproyecto: “Corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo), y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general. Esta solución es consistente con la Constitución Nacional que considera al consumidor como un sujeto de derechos fundamentales, así como con la legislación especial y la voluminosa jurisprudencia y doctrina existentes en la materia. Es necesario, entonces, regular tanto los contratos civiles, como los comerciales y de consumo, distinguiendo el tipo general del contrato de consumo”<sup>14</sup>.

“Dentro del Libro Cuarto (*Derechos personales*) y luego del Título I (*De las obligaciones en general*), se distinguen tres títulos: el primero dedicado

<sup>13</sup> STIGLITZ, Gabriel, *La defensa del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en LORENZETTI, Ricardo (dir.), *Suplemento especial Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 140.

<sup>14</sup> *Fundamentos del Anteproyecto*, p. 143.

a los contratos en general, el segundo a los contratos de consumo y el tercero a los contratos en particular”. Es decir que el Código trabaja con la idea de que existe más de una “parte general” de contratos, o si se quiere, que existen partes especiales de la parte general; en este sentido el principal fraccionamiento del universo de los contratos que queda es la dicotomía entre contratos paritarios, centralmente, interempresariales, y contratos no paritarios o de consumo: hemos asumido que constituyen una fragmentación del tipo general de contratos que influye sobre los tipos especiales, y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte general<sup>15</sup>.

El problema central que genera la introducción del consumidor como sujeto de protección en las relaciones contractuales en el NCCyC es el de delimitar con precisión cuál es el ámbito de funcionamiento y que dicho ámbito de funcionamiento guarde un equilibrio con el ámbito de funcionamiento del sector de los contratos paritarios sin que ninguno de los campos fagocite al otro.

Por ello, en este contexto, establecer reglas que definan el ámbito de funcionamiento del principio de protección del consumidor en las relaciones contractuales con gran fuerza expansiva es un riesgo.

En este contexto el CCyC optó por definir con mayor precisión el ámbito de funcionamiento de los contratos de consumo para lo cual (a) definió la relación de consumo, en igual sentido que lo hacía la ley 24.240 luego de la reforma de la ley 26.361; luego (b) generó por primera vez una definición de “contrato de consumo” en el artículo 1093, y finalmente (c) estableció por primera vez una norma de “diálogo de fuentes” entre el sistema general del CCyC y el microsistema de tutela del consumidor (art. 1094).

Un tema central en este programa de rediseño del ámbito de funcionamiento de la protección contractual del consumidor ha sido la supresión de la figura del “consumidor expuesto” a una relación de consumo o *bystander*. En efecto, el CCyC rescribió el segundo párrafo del artículo 1° de la ley 24.240 que es idéntico al 1092 que define la relación de consumo diciendo que “Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. Es decir, mantuvo la figura del consumidor equiparado y, al no reproducir la última parte del segundo párrafo, excluyó al “consumidor expuesto”.

La idea ha sido evidentemente corregir el uso indiscriminado que los

<sup>15</sup> *Fundamentos del Anteproyecto*, p. 159.

operadores del campo legal estaban ensayando de esa figura y evitar con ello que el ámbito del sector de reglas orientadas por el principio de protección pierda precisión.

A renglón seguido, le reasignó una nueva función a la idea de “consumidor expuesto”. En efecto en el artículo 1096 relativo a las “prácticas abusivas” se dice: “Las normas de esta Sección y de la Sección 2ª del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”. Es decir que el nuevo “consumidor expuesto” a una “relación de consumo” es el consumidor “expuesto a una práctica comercial abusiva”.

No obstante los elementos que constituyeron las condiciones de posibilidad del precedente “Mosca” se encuentran intactos, lo que eventualmente puede permitir que la jurisprudencia, guiada por dicho *leading case* y la idea nuclear de *bystander* y conceptos provenientes de la tradición jurídica argentina en la materia –como el del damnificado indirecto– concluya que en un caso concreto existe un “consumidor expuesto” que merece una reparación.

