

# La eliminación del “bystander” en el Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012

Por

**Alejandro Horacio Barletta<sup>1</sup>**

Sumario: 1. Palabras introductorias. 2. El consumidor expuesto o bystander. 3. Las razones invocadas para su eliminación. 4. El consumidor expuesto y la responsabilidad por productos elaborados. 5. Conclusiones finales.

## **1. Palabras introductorias**

Hace tiempo se ha expresado que el derecho está del lado de la víctima y su función excede la sanción de quien incumple las normas que rigen el tejido social. En especial, el derecho de daños que por mucho tiempo estuvo enmarcado dentro de los límites del derecho privado, hoy se encuentra estrechamente vinculado con principios constitucionales. El derecho a una justa composición resulta ser de extrema necesidad en un mundo donde el riesgo y el peligro importan más que una amenaza, convirtiéndose en crudas realidades de nuestros tiempos. La sociedad industrial dio pie a numerosas situaciones dañosas y la tecnológica promete crear no menos perjuicios que su antecesora. El riesgo es un fenómeno global y abundan los estudios que lo abarcan, muchos de ellos, sostienen que ante su creación alguien debe estar preparado para afrontar sus consecuencias, en general, aquél que decidió su introducción en la sociedad.

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Adjunto en la materia “Derecho de las Obligaciones”, titular Dra. Aurora Besalú Parkinson, UCES; Titular de la asignatura “Teoría general de las obligaciones”, Facultad de derecho, Universidad de Palermo; Ayudante de primera por concurso en las materias “Obligaciones civiles y comerciales”, cátedra de la Dra. Graciela Messina y “Derecho de Daños” a cargo del Dr. Martín Christello; ha sido adjunto interino en el curso “Responsabilidad civil por daño ambiental” a cargo de la Dra. Aurora Besalú Parkinson; Facultad de Derecho UBA. Ha colaborado como docente en los cursos dictados para el personal del Poder Judicial en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Ha finalizado la totalidad de los seminarios del doctorado de la UMSA, con proyecto de tesis aprobado. Ha publicado trabajos de su autoría en diversas publicaciones jurídicas. Co-autor del libro “Régimen de los menores de edad” - Solari - Benavente directores, Ed. La Ley. Ha efectuado diversas colaboraciones para libros, pendientes a la fecha de publicación, en calidad de autor y co-autor, para las editoriales La Ley y Errepar. Ha asistido como ponente y como asistente a numerosos congresos, jornadas y seminarios de la especialidad de derecho de daños y de derecho civil. Colabora con proyectos de investigaciones en el ámbito de UBACyT, a cargo de la Dra. Aurora Besalú Parkinson. Es prosecretario (int) del Juzgado Nacional en lo Civil N° 103.

Frente al daño, se ha impuesto incluso el deber jurídico de impedirlo o evitarlo, idea que hubiera sido considerada descabellada en otras épocas. Tanto la industria como la tecnología, prestan a la sociedad una dinámica de desarrollo sorprendente, por un lado es el mismo consumidor de bienes y servicios quien requiere la novedad y el confort prestado por ellos, por otro, los empresarios buscan rápidas salidas al mercado y por lo tanto, el testeado y elaboración de los productos se efectúa en un tiempo mucho más reducido. Tales situaciones no pueden importar un regreso del ser humano a soportar las consecuencias del "azar nefasto", que referían los hermanos Mazeaud en su obra sobre responsabilidad civil; ya que por un lado se pretende inundar de bienes y servicios a la población y por el otro se le impone soportar las desviaciones o incorrecciones cometidas por quienes lucran con tales prácticas. Si bien una y otra parte -productores y receptores- se ven beneficiados, no puede cargarse sobre los últimos el precio del bienestar ofrecido, no sólo por carecer de los medios necesarios para afrontar los daños, sino también porque es una verdad insoslayable, que la adquisición de los bienes y servicios se debe en la mayoría de los casos, a la publicidad que se hace de éstos y que es observada a través de los medios de comunicación masiva, que hoy también engloban a las redes sociales y a "Internet", donde las previsiones son menos observadas y las amenazas se multiplican. La historia demuestra que la permisividad que existió en el industrialismo, atrajo numerosas situaciones disvaliosas que forzaron al hombre del derecho a repensar las bases jurídicas de la sociedad industrial, una de las consecuencias más evidentes fue la existencia de un gran número de víctimas encerradas en un perverso sistema de responsabilidad. Por su parte, la sociedad post industrial trajo también un gran cúmulo de beneficios, pero despertó asimismo un número importante de nuevas situaciones dañosas. Sólo aquellos que tienen la experiencia de sufrir perjuicios ocasionados por los bienes y servicios puestos en el mercado, son testigos de la injusticia de un daño que en principio resulta evitable. La producción en masa, permite que dichos bienes lleguen a más personas en un planeta superpoblado, sin embargo, muchas veces tal situación perturba a todo el entramado social, sin discriminación alguna, imponiéndole al afectado un verdadero calvario del que muy pocos pueden salir.

En Argentina, la idea reformadora lleva ya muchos años; un gran número de ideas se han frustrado, otras tantas han logrado derribar algunas de las barreras que se presentan en el camino de reformulación de las leyes civiles, sin embargo no han podido llegar a buen puerto y ser objeto de una sanción completa. Si bien muchos descreen de las bondades de promover un Código Civil acorde a los nuevos tiempos, creemos que la decisión tomada de reprofundamente nuestras normas, es positiva sin lugar a dudas. Lo dicho importa recibir con beneplácito muchos aspectos del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. No obstante ello, el motivo del presente trabajo es

hacer notar que dentro de sus prescripciones se pretende eliminar el concepto de consumidor expuesto o *bystander* de la ley de defensa del consumidor. Tal situación implica un retroceso respecto al terreno ganado en aras de la tutela de los derechos amparados por el art. 42 de la Constitución Nacional, por cuanto resulta insostenible que en virtud de una legislación defectuosa se opte directamente por la su eliminación lisa y llana. Si bien es cierto que el actual art. 1° de la Ley 24.240 (reformado por la ley 26.361) puede prestarse a interpretaciones demasiado amplias o fuera de contexto; no puede soslayarse que en la temática referida a la responsabilidad civil por productos elaborados, la protección del *bystander* encuentra cada vez más adeptos tanto a nivel nacional como en el extranjero.

Nuestra Carta Magna ha optado por considerar el término relación de consumo, en lugar de otros más restrictivos como lo es el de "contrato de consumo". Esto permite interpretar al consumo como fenómeno y no como un convenio particular de características especiales, en consonancia con la más moderna doctrina comparada y avizorando situaciones disvaliosas que se presentan a raíz de la adquisición de bienes y servicios. En nuestra sociedad actual "el individuo ya no se conforma con buenas indemnizaciones...La sociedad no soporta ya la exposición a fuentes contaminantes de su ambiente o al consumo de productos que pongan en peligro su salud"<sup>2</sup>. Por otra parte, los daños y su origen causal no se circunscriben a un lugar determinado, sino que por el contrario, pueden derivar de lugares distantes e inclusive transfronterizos. Mac Luhan entendía que "la nueva interdependencia electrónica vuelve a crear el mundo a imagen de una aldea global"<sup>3</sup> En efecto, la conversión del planeta - que por tanto tiempo permaneció como una suma de estados, sociedades y culturas independientes - en una 'aldea global' hace repensar las funciones mismas del derecho, creado para regir la vida de las personas en comunidad.<sup>4</sup> Las posibilidades de sufrir percances se multiplican, el ser humano es fuente de innumerables ofertas de negocios que traspasan los límites estatales, originándose en lugares distantes del planeta; los productos y servicios ofrecidos muchas veces no cumplen el estándar mínimo para ser comercializados, sin embargo, terminan -pese a sus fallas y el limitado control de calidad - en manos de consumidores y *par ricochet*, perjudican a terceros inocentes. En virtud de tal situación, no es concebible que obtenido un triunfo en la defensa de víctimas consideradas vulnerables frente al sistema de consumo, se decida dar un paso hacia atrás debido a una errática aplicación o interpretación de las normas.

<sup>2</sup> Marquez, J. F. (2009). La sociedad del riesgo y el derecho de daños. RCyS 2009-X, 10

<sup>3</sup> McLuhan, M. (1985). La Galaxia de Gutemberg, Planeta-De Agostini, 1985, p. 22

<sup>4</sup> Barletta, A. H. (2012). Daños Masivos. Buenos Aires, Errepar, *Compendio jurídico*, N° 66, sept. 2012, p. 29

Como veremos, la solución presentada en el proyecto no hace otra cosa que sembrar nuevas dudas e incluir nuevos obstáculos a la tutela constitucional, no sólo excluyendo a parte de quienes se encuentran expuestos a perjuicios derivados de las relaciones de consumo, sino también creando nuevas imposiciones a los mismos consumidores que se pretende tutelar.

## **2. El consumidor expuesto o *bystander*.**

El derecho reglamentado por la Ley 24.240 (reformada conforme la Ley 26.361), entre otras cosas, ha contemplado un criterio amplio de la relación de consumo, extendiendo la legitimación activa de los perjudicados y ampliando la correspondiente a aquellos que deben responder por los perjuicios ocasionados. Tal situación refleja el constante desarrollo de dicha materia no sólo en los límites geográficos de nuestra Nación, sino también en distintas partes del mundo, muchas de las cuales se han anticipado a dar soluciones a las distintas circunstancias que plantea el derecho del consumidor. Es así que su defensa se ha ido ampliando desde el estrecho límite del contrato que une a los intervinientes, hasta la contemplación de aquellos sujetos que sufren daños a raíz de estar expuestos a un producto defectuoso, sin que se requiera para el amparo de sus derechos su calidad de contratante o destinatario de su uso. El *Common law* ha denominado a tal sujeto, genéricamente, *bystander*, es decir, aquella persona que ha sufrido un daño por el sólo hecho de haber estado en el lugar y tiempo en el que sucedió el evento dañoso, sin que tenga relación alguna con el producto salvo su propio daño derivado del defecto de aquél.

El desarrollo conceptual del *bystander* debe remontarse a un número importante de sentencias dictadas por las Cortes estatales de Estados Unidos y a una serie de trabajos doctrinarios que importaron la apreciación de la situación en que se encuentra la persona expuesta a los daños emanados de productos defectuosos. Entre tantos, se destaca la publicación efectuada en la revista jurídica "Columbia Law Review", en el mes de mayo de 1964, donde mediante el artículo "Strict product liability and the bystander"<sup>5</sup> cuyo epígrafe cita a William Prosser<sup>6</sup>, se efectúa el análisis de un caso ficcional donde una persona al mando de un automóvil en compañía de su esposo (el comprador del automóvil), atropella a un peatón. Tal situación no tendría mayores problemas de ser abordada sino se tuviera en cuenta que la pérdida de control del automóvil resultó tener origen en un defecto de fábrica de la máquina (específicamente en la dirección). Es así que se desarrolla el análisis de la situación a la luz de los precedentes, la legislación y la doctrina (Restatement of torts) aplicable al caso.

---

<sup>5</sup> Columbia Law Review (1964). Vol. 64, N° 65, 916-937.

<sup>6</sup> La cita se refiere al trabajo "The assault upon citadel (strict liability to the consumer)". publicado en *The Yale law Journal*, Vol. 69, june 1960, N° 7.

Si bien la temática referida al *bystander*, ha tenido un notable desarrollo en Norteamérica a lo largo del siglo XX, a través del tratamiento de la responsabilidad por productos<sup>7</sup>; nuestro país no ha sido ajeno a su identificación, y tanto la doctrina como la comunidad académica<sup>8</sup> han prestado atención al fenómeno, inclusive antes de que se presentara la tutela diferenciada de los derechos de los consumidores.

Bustamante Alsina<sup>9</sup> consideraba como aspecto fundamental, implícito pero incontestable, que no se debe hacer diferencia alguna según que la víctima fuese el adquirente del producto defectuoso o un tercero. Por otra parte, en las "IV Jornadas Rioplatenses de Derecho" celebradas entre el 13 y el 15 de noviembre de 1986 se estableció como conclusión unánime que "se encontrarían legitimados para las acciones de daños por productos no sólo los consumidores, sino todo aquél que sufre un daño causado por el producto en razón de su vicio o riesgo"<sup>10</sup>. Alterini<sup>11</sup> sostenía por su parte que "la acción que cabe al *bystander* es de índole extracontractual en virtud de sufrir daños". También en un notable trabajo anticipatorio, López Cabana y Lloveras<sup>12</sup>, entendían que la acción -del *bystander*- puede fundarse en el art. 1113 del C. Civil, ya que no obstante las palabras utilizadas por dicho artículo - dueño o guardián - no desecha su aplicación en el caso del fabricante por no ser dueño o guardián de la cosa que ha puesto en el mercado y ha producido un daño. Se debería prestar atención para ello, al momento en que la cosa - ya viciosa - fue puesta en el mercado. Tal tesis era planteada frente a un sector de la doctrina que impulsaba la responsabilidad extracontractual del fabricante en los límites del factor subjetivo de atribución prescripto por el art. 1109 del C. Civil.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> El tratamiento de tales fallos excedería el límite de este trabajo, no obstante ello cabe mencionar a *Greenman vs. Yuba Power Prods. Inc.* (59 Cal. 2d 57, 377 P.2d 897, 27 Cal. Rep. 697 (1963)); *Escola v. Coca Cola Bottling Co.* (24 Cal. 2d 453, 461 P.2d. at 441); *Berrier v. Simplicity Manufacturing Inc.* (Pennsylvania Supreme Court 663 F. 3d at 56); *Elmore v. American Motors Corp.* Cal 2d, 451 P.2d 84, 75 Cal Rptr. 652 (1969); *Piercefield v. Remington Arms. Co* 375 Mich. 85, 133 N. W. 2d 129 (1965); *Mitchell vs. Miller* . 26 Conn. Sup. 142, 214 A.2d 694 (1965).

<sup>8</sup> XXII y XXXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil celebradas en Córdoba en el año 2009 y Tucumán en el año 2011, en estas últimas en especial el despacho N°1 de la Comisión N° 8 v. Hernández, Carlos - Frustagli, Sandra (2012). Daños al Consumidor: reflexiones sobre el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Ed. Infojus, Revista de derecho privado, f° 3, 192-193.

<sup>9</sup> "Responsabilidad civil por productos elaborados defectuosos"; *Lley* 1992-E, 1064.

<sup>10</sup> Citado por Alterini, A.A.; López Cabana, R. (1987) Responsabilidad civil por daños al consumidor; *Lley* 1987-A, 1040.

<sup>11</sup> Alterini, A. A. (1989) La responsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el derecho argentino; *Lley* 1989-E, 1178.

<sup>12</sup> Lopez Cabana, R - Lloveras, N. L. La responsabilidad civil del industrial; *ED* 64-605

<sup>13</sup> Bustamante Alsina, op. cit. quien luego de un análisis pormenorizado de alguna legislación extranjera, concluía que resultaba aplicable el art. 1109 por cuanto sólo la actuación del dueño o guardián permitía la aplicación del art. 1113.

En definitivas, en esta primera etapa<sup>14</sup> no existía legislación aplicable y debían buscarse en las disposiciones del Código Civil las soluciones relativas no sólo al perjudicado expuesto no contratante, sino también al consumidor mismo. Dichos debates doctrinarios, que se encontraron en su momento acompañados por otros tantos jurisprudenciales, fueron la base para el desarrollo de la defensa del consumidor en la Argentina, que actualmente culmina entre otras cosas, con la recepción del *bystander* en el art. 1° de la ley 24.240 -reformada por ley 26.361 - y que puede llegar a retrotraerse a aquella primer etapa en caso de promulgarse el Proyecto de Código civil y comercial del año 2012.

No podemos dejar de mencionar los proyectos de resolución en el ámbito del MERCOSUR, los cuales no han adquirido vigencia, pero demuestran la toma de posición respecto a la defensa del consumidor. La resolución 123/1996 GMC indica en el art. 1° de su anexo que "Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella. Equipáranse a consumidores a las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo"; en el mismo sentido se expresa el Protocolo de Santa María sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo.

### **3. Las razones invocadas para su eliminación.**

La Comisión conformada para la realización del Anteproyecto de reforma, informó como fundamento para la eliminación de la figura del "consumidor expuesto" o *bystander* lo siguiente - en prieta síntesis -: 1) En general, la depuración de la redacción y la terminología de la legislación especial de acuerdo a las observaciones efectuadas por la doctrina. 2) En particular, traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla la noción de consumidor expuesto en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general, ya que la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable; 3) Como observación especial, destaca que el actual texto de la legislación de consumo carece de restricciones por lo que, es interpretado literalmente, logrando una protección carente de substancialidad y de límites por su amplitud. Se da como ejemplo que en alguna opinión y algún fallo que lo recepta, 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.

---

<sup>14</sup> V. Bueres, A. J. - Picasso, S. (2009). La responsabilidad por daños y la protección al consumidor. *Revista de derecho privado y comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, nº 2009-1, p. 31, quienes distinguen cuatro etapas en la evolución de la protección al consumidor: 1) El comienzo de su desarrollo y cuando aún no existía legislación; 2) La ley 24.240; 3) El art. 42 de la Constitución Nacional y por último 4) La reforma a la Ley de defensa del consumidor introducida por la ley 26.361.

Si bien es cierto que la introducción del *bystander* en nuestra legislación resulta confusa y puede ser motivo de amplias interpretaciones, tal vez un poco excedidas; no consideramos que su eliminación completa presentará una solución al problema; es más, tal como hemos referido en párrafos anteriores, la aplicación de las normas del Código Civil, no permitirían dar soluciones justas y se prestaría a errores de interpretación de la misma envergadura de los que se pretende eliminar.

Si es al consumidor a quien se pretende resguardar, no se entiende como se evidencia tal tutela si él va a ser sujeto de una acción por daños y perjuicios, derivada del vicio de una cosa y cuya responsabilidad en la relación acotada de consumo recae sobre el fabricante o productor. Al tercero ajeno, sólo puede caberle la acción contra el dueño o guardián, que no es otro que el consumidor; salvo que los jueces opten por la solución teórica que López Cabana y Lloveras sostenían en tiempos pretéritos, quienes consideraban que el dueño o guardián era aquél que ostentaba tal calidad al momento de crearse el defecto, por aplicación del criterio *res ipsa loquitur*<sup>15</sup>, también traído del derecho anglosajón, que imputa negligencia al individuo que ostentaba la cosa al momento de crearse el vicio, por cuanto la cosa habla por sí misma y sería de sentido común imponer la responsabilidad a dicha persona - en general el fabricante o productor - y no a quien la tenía sin conocimiento de su peligrosidad.

También existen posiciones respecto al guardián de la cosa que efectúan distinciones entre la guarda de la estructura y la guarda del comportamiento. La primera sería aquella referida "a la responsabilidad de la materia que compondría la cosa, el poder de control sobre los vicios de la cosa. En cambio, la guarda del comportamiento atañe al funcionamiento de la cosa, a la responsabilidad derivada de su utilización. El guardián del comportamiento no es necesariamente guardián de la estructura"<sup>16</sup>. No obstante ello, el Proyecto mantiene la teoría del guardián material de la cosa<sup>17</sup>, por lo que el consumidor debería responder o al menos ser demandado por los daños ocasionados.

De tales premisas es fácil concluir que sin darle legitimación activa al *bystander* en función de la ley de defensa del consumidor, el sistema de responsabilidad

<sup>15</sup> En Inglaterra: *Byrne vs. Boadle*; 2 Hurl. & Colt. 722, 159 Eng. Rep. 299, 1863; en Estados Unidos, no sólo la jurisprudencia lo admite, sino también la doctrina A.L.I. Restatement (Second) of Torts, § 328D y Restatement (Third) of Torts, § 17; en ambos estatutos se establecen requisitos para la aplicación del instituto; otros países también consideran su aplicación.

<sup>16</sup> LOPEZ MESA, Marcelo J. "El guardián en la responsabilidad por el hecho de las cosas"; *LLey*, 14/5/2014, p. 4.

<sup>17</sup> El art. 1758 dispone: "El dueño o guardián son responsables concurrentes del daño causado por las cosas se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella"

se torna complejo y puede ser utilizado inclusive para eludir aquellos deberes impuestos a quien pone en circulación un producto defectuoso.

Respecto a la traslación impropia del art. 29<sup>18</sup> del “Código de defesa do consumidor” brasileño; si bien es cierto que no contempla al tercero expuesto a una relación de consumo, sino en lo que hace a las prácticas abusivas; no puede soslayarse que tal sujeto ha sido considerado en el art. 17<sup>19</sup> del mismo Código, que expresa que para los efectos de la sección (responsabilidad por el hecho de un producto o de un servicio) se equipara a los consumidores con todas las víctimas del evento.

Nuestra actual redacción del art. 1° de la ley 24.240 (reformada por ley 26.361) dispone en su último párrafo: “...y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”. Aún en el caso en que la acepción no tenga claridad ni limitación; entendemos que la solución no es borrar de un plumazo lo que se ha logrado con tanto esfuerzo, sino darle sus justos límites, es decir, amparar a todo aquél que ha sufrido un daño, entendiendo que únicamente este perjuicio es el que lo une con la cosa objeto de la relación de consumo. Tanto para el consumidor, como para el tercero expuesto, las cargas impuestas a raíz del hecho dañoso resultan gravosas como ya hemos explicado y la búsqueda de caminos alternativos se funda en soluciones que arriban al mismo resultado: sólo aquél que ha creado el vicio es responsable de los daños producidos a raíz de éste y es él quien está en mejores condiciones de asimilarlo, no el consumidor -ya sea su dueño o guardián.

El ejemplo sustentado para demostrar la necesidad de la eliminación no nos parece aceptable, debe hacerse notar que cualquier prescripción jurídica puede ser fruto de las más variadas interpretaciones, que a falta de unificación de la doctrina jurisprudencial no puede tener solución al menos en lo inmediato. Por ejemplo la introducción del art. 1113 ha traído las más variadas aplicaciones de la teoría del riesgo, incluso exageradas, sin embargo el art. 1113 ha permanecido inmanente por más de 40 años. No podemos reducir la figura del consumidor expuesto al mero hecho de que puede ser utilizada por eventuales víctimas de accidentes de tránsito para requerir a las compañías aseguradoras, en virtud de lo dispuesto por la ley de defensa del consumidor, obligaciones no contempladas en el contrato de seguro que las vincula con el asegurado. Si bien no objetamos la teoría que entiende que el contrato de seguro es un contrato de consumo, consideramos que en este caso sí sería

---

<sup>18</sup> Art. 29. “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. La sección referida es la de las prácticas comerciales.

<sup>19</sup> Art. 17 “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”

aplicable una norma que se adaptara a lo dispuesto por el art. 29 de Código de consumidor brasileño, siempre que se demostrara una práctica abusiva<sup>20</sup>. Si bien la Corte Suprema ha aceptado que la franquicia en el transporte público de pasajeros resulta oponible a la víctima de un accidente<sup>21</sup>, tal postura no ha sido aplicada al caso de las franquicias en los seguros de ferrocarriles, las cuales ha sido declaradas irrazonables y rayanas con una actitud repugnada por la ley (conforme arts. 953 y 1198 del C. Civil)<sup>22</sup>.

#### **4. El consumidor expuesto y la responsabilidad por productos elaborados**

Tal como hemos referido, si bien la actual redacción del art. 1° de la Ley 24.240 parece al menos exorbitante y da lugar a interpretaciones no buscadas por la norma, no nos parece adecuada la simple eliminación sino que consideramos que debe existir una conceptualización del *bystander* o consumidor expuesto, en especial a lo que hace a la responsabilidad derivada de productos defectuosos - en un intento de depurar la redacción y terminología de la legislación especial -. Se ha indicado con razón que "se adolece de una definición de producto elaborado, no existe la premisa de 'ingreso del producto al mercado', entre otros conceptos que el derecho comparado ha construido para identificar la responsabilidad del proveedor de bienes y servicios por los daños causados por aquellos"<sup>23</sup>. La doctrina y jurisprudencia norteamericana como la proveniente de la Comunidad europea, han efectuado distinciones terminológicas en torno a la idea de defecto, lo que ha podido lograr una mejor determinación del fenómeno. Ejemplo de ello son el *Restatement third on torts* (A.L.I.); el *Uniform Commercial Code*<sup>24</sup> de aplicación en Estados Unidos aunque no obligatoria y en Europa la Directiva 85/374 CEE del Consejo del 25 de julio de 1985, modificada por la Directiva 1999/34/CE, en donde se presta una circunstanciada descripción de los productos, sus defectos y la extensión de la responsabilidad por aquellos perjuicios causados por la puesta en circulación

<sup>20</sup> En virtud de ello resultaría de aplicación el art. 1096 del Proyecto de Reforma, incluido en el Libro 3°, fít. III, cap. 2, secc. 1° "prácticas abusivas" en el que se dispone "las normas de esta sección 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 art. 1092", con ello se ha incluido en el Código aquello dispuesto en el art. 29 de la Ley de consumidor brasileña.

<sup>21</sup> Doctrina de los fallos "Nieto" 329:3454; "Cuello" 330:483 y "Villarreal" 331:379

<sup>22</sup> v. al respecto Barletta, A. H. (2010). La franquicia irrazonable y el rol del juez en la prevención de prácticas abusivas", DJ año XXVI, N° 11 - 17/3/2010 p. 618

<sup>23</sup> Santarelli, F. G. (2009). Hacia el fin de un concepto único de consumidor. *Lley 2009*, 1055.

<sup>24</sup> Marco Molina, J. (2004). La evolución y el sustrato teórico de la jurisprudencia de los Estados Unidos en materia de responsabilidad por productos defectuosos. *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 3005-3033

de productos defectuosos<sup>25</sup> Inclusive se han distinguido los tipos de defectos, como defectos de diseño, de fabricación, información y de fabricación<sup>26</sup>; regulando la responsabilidad de acuerdo a las circunstancias presentadas por cada uno de ellos.

Tanto en la legislación de fondo como en la especial, se ha optado por normas generales, que necesariamente necesitan de otras particularizadas, que expresen de manera exhaustiva la problemática tutelada. Ahora bien, si el Código Civil pretende hacer desaparecer al consumidor expuesto aún en el caso de daños producidos por productos defectuosos, sería desprolijo esperar que una legislación posterior vuelva a incorporar a este sujeto para ser amparado por las normas de tutela especiales, como sería aceptarlo en el caso de productos defectuosos, que es en donde mayor medida se encuentra amparado en el derecho foráneo.

La idea de armonización de la legislación al menos en el ámbito regional, también resulta ser un fundamento para no desvincular al *bystander* de la lista de personas asimilables al consumidor. Tal como hemos transcripto, el art. 17 del Código de consumo brasileño, extiende la responsabilidad a todo aquél individuo que sufre un daño a raíz del producto o servicio y sería ésta la meta de la normativa común, por cuanto bien se ha dicho que la armonización "puede hacérsela en base a la legislación más adelantada - como adoptando la forma sencilla -, siguiendo un modelo intermedio o haciendo una nueva legislación para todos los miembros del bloque. Por supuesto la forma ideal de armonizar está en adaptar y adaptarse al modelo superior más avanzado. En el caso del MERCOSUR, la situación dada parecería indicar la conveniencia de un acercamiento a la legislación brasileña ya que es la de mayor protección al consumidor"<sup>27</sup>

## **5. Conclusiones finales**

Los productos y servicios que se lanzan al mercado tienen capacidad suficiente para infringir daños a las personas. En el caso de los daños producidos a quienes de cualquier manera se encuentran expuestos a sus efectos, se presentan diferentes alternativas con la actual legislación y con la proyectada. 1) Ley

---

<sup>25</sup> Trigo Represas - Lopez Mesa (2003), *Tratado de la responsabilidad civil*, tº IV, - Bustamante Alsina (1992). Responsabilidad civil por productos elaborados o defectuosos. *Lley* 1992-E, 1064.

<sup>26</sup> Barocelli, S.S. (2011). Los sujetos expuestos a una relación de consumo. *DJ* 11/5/2011, 1, quien cita a Weingarten, C. y otros (2007). *Derecho del consumidor*. Buenos Aires Ed. Universidad, p. 240 y ss.

<sup>27</sup> Feldstein de Cárdenas, S. L. - Klein Vieira, L. La noción de consumidor en el Mercosur. Trabajo presentado en el marco del Proyecto UBACyT n° 20020090100048, sobre «El Derecho Aplicable Materia de Contratación Electrónica con Consumidores: bases para la armonización legislativa en el Mercosur» (2010-2012), dirigido por la Dra. Sara L. Feldstein de Cárdenas.

24.240 (ref. por ley 26.361): a) En caso de riesgo, los fabricantes responden si omiten prestar la información suficiente para su manejo y utilización, entre otros supuestos; b) En caso contrario, no habría mayores dificultades para determinar la responsabilidad objetiva del consumidor o quien se sirve de la cosa aún sin ser el contratante, la carga de la prueba pesa sobre los integrantes de la cadena de comercialización, deudores solidarios, quienes deben demostrar la causa ajena; c) En el caso de los productos que presentan defectos, si el daño tiene su origen en el vicio, el dueño o guardián carga con una responsabilidad excusable, el *bystander* tiene acción directa contra los integrantes de la cadena de comercialización, en tanto deudores solidarios, a quienes, atento al origen del daño, les será mucho más dificultoso demostrar la causa ajena.

2) De aprobarse el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: 1) En caso de riesgo, la víctima deberá efectuar su demanda en contra del dueño o guardián, quien deberá demostrar la causa ajena; en caso de culpa de la víctima no habría mayores problemas, las dificultades se presentarían si debe demostrar el hecho de un tercero por quien no debe responder, ya que en tal situación la prueba debería versar sobre aquellas omisiones en que ha incurrido el fabricante, algo que parece en principio descabellado; 2) En caso de un producto defectuoso, la víctima se verá obligada - conforme la ley civil - a demandar al dueño o guardián material de la cosa que resulta ser también un inocente, por cuanto ha adquirido el producto que presenta el vicio cuyo origen radica en el actuar de un tercero; demostrar la culpa de éste lo eximirá de responder, sin embargo, cabe anticiparlo, la tarea no será fácil.

Las situaciones descriptas demuestran como se diluye la defensa del consumidor y como también se condena al individuo perjudicado (*bystander*) quien no se ve beneficiado por la ley tuitiva que entre otras cosas permite tener un juicio abreviado, gratuito y que en definitiva, devuelve el equilibrio social, frente a ciertas situaciones disvaliosas que suceden con frecuencia. El Proyecto, en este aspecto, retrotrae la responsabilidad civil por productos a una primera etapa, colmada de dudas y que en cierta medida produce la sensación de encontrarnos otra vez con un sistema perverso, en el que algunos gozan de las prerrogativas emanadas por la ley y otros las sufren, sin mediar para ello, culpa alguna de su parte. Abogamos por la puesta en marcha de una necesaria catalogación de los defectos que pueden presentar los productos elaborados y por una tutela de aquellos individuos que soportan los daños producidos, sin importar la relación que éstos tienen con el fabricante e inclusive si no han tenido alguna.