



# **UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES**

**La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en el marco  
de la Ley de Seguros. El deber de información en los procesos  
falenciales.**

La información en el consumo

Tesis de Doctorado en Derecho Privado

Autora

María del Rosario Gonzalez Lonzieme

Director de tesis

Dr. Raúl Aníbal Etcheverry

Buenos Aires, marzo de 2016

*Dedicatoria*

*A Facundo, por su incondicionalidad, gracias por acompañarme e impulsarme.  
A mi familia, por el apoyo que me brindaron, en mi formación como persona.*

## *Agradecimientos*

*A la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) y a todo su cuerpo docente, por haberme abierto las puertas en el camino de la investigación.*

*Por su gran sabiduría y bondad, al Dr. Raúl Aníbal Etcheverry.*

*Al Max-Planck- Institut für ausländisches und internationales Privatrecht por otorgarme la posibilidad de realizar allí mi investigación.*

*Son cosas chiquitas. No acaban con la pobreza, no nos sacan del subdesarrollo, no socializan los medios de producción y de cambio, no expropián las cuevas de Alí Babá. Pero quizá desencadenen la alegría de hacer, y la traduzcan en actos. Y al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable.*

Eduardo Galeano

## Resumen

El abordaje de la tesis que se presenta, tiene como finalidad indagar las bases sobre las que se asienta nuestro régimen de responsabilidad civil. Para ello, haremos hincapié, respecto de aquéllos principios, reglas y estándares que regulan la materia, y que en su mayoría, se contraponen con lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). De ahí la necesidad, de invitar a una nueva reflexión sobre el tema.

Con esta intención, el motivo que nuestra tesis propone analizar, consiste en determinar si el pasajero de transporte público terrestre, puede llegar a ser considerado consumidor en los términos de la LDC y del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Principalmente, porque advertimos que no existen argumentos jurídicos que permitan afirmar lo contrario. Y en segundo lugar, porque observamos la existencia de normas contradictorias y la ausencia de un marco regulatorio claro. Todo lo cual permite, que el funcionamiento del transporte público se torne lesivo, y a veces perjudicial para los usuarios.

Como consecuencia de una interpretación contraria a la citada, muchas víctimas de accidentes de tránsito se ven perjudicadas por los “beneficios” a los cuales se atienen estas empresas.

La situación descripta significa que el estado de cesación de pagos del sector, acompañado de la contemplación legislativa del régimen de seguros aplicado al transporte público terrestre, genera que frente a un accidente en el cual la empresa deba responder, se desaliente o se retrase el cobro de la indemnización –en el mejor de los casos-.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la existencia de la LDC. Ciertamente, este conjunto de derechos, no hacen más que evidenciar algunas prerrogativas que se encontraban ya garantizados, no solo en el ámbito nacional, sino también internacional; en miras a proteger aquellos actos de la vida cotidiana de los individuos.

Con el transcurrir del tiempo nos empezamos a preguntar ¿Quién es este nuevo sujeto? Y así, fuimos polarizando su impacto, en las distintas relaciones jurídicas que se concretan habitualmente.

Para comenzar, tomaremos como referencia la idea de que el sistema de transporte pone a disposición de la ciudadanía, los recursos necesarios a los fines de dar cumplimiento con el ejercicio de la libre circulación, garantizado en la Constitución Nacional (C.N.; art. 14). Aunque a pesar de ello, vislumbramos que esta intención se encuentra opacada por lo que la realidad del transporte público muestra.

Ante este fenómeno, es menester destacar que cada ciudadano, con cierta información, pretende un determinado resultado del producto o servicio que se propuso contratar. Por esta razón, un factor que no puede ser dejado de lado es la asesoría con la que cuenta este sujeto, para poder ejercer en debida forma sus derechos y elecciones. Lo que a nuestro criterio se traduce, en una correcta educación. Esto claramente significa, que la falta de acceso a la información, lamentablemente, se profundiza en los sectores más vulnerables, privilegiándose a aquéllos que poseen mejores medios y posibilidades de obtenerla; es decir, los proveedores de bienes y servicios.

Así, en la estructura de negocio actual del modelo argentino de transporte, desde la óptica empresarial, se analizan las posibilidades de riesgo a los fines de obtener un análisis de mercado de la prestación que se va a ofrecer. De allí, nace el contrato de seguro, que viene a asumir, financiando e indemnizando, el daño por la ocurrencia del siniestro previsto. Por esta razón, tendremos como eje, la seguridad que aporta a las relaciones comerciales entre profesionales y consumidores, la existencia de dicho contrato.

En definitiva, el estudio que se presenta, es el resultado de la actividad creativa del legislador, que con la complicidad del sistema judicial, torna legal una situación inmoral.

Bajo estos lineamientos la función social del transporte público y del sistema de seguros, y la Ley de Defensa al Consumidor que desde ya, adelantamos, no encuentra reflejo alguno en la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ), son protagonistas silenciosos de la problemática aquí presentada.

Nuestra premisa será entonces a partir de la función social del seguro, desarrollar nuestra idea del deber de información a los consumidores de transporte público. Y así, con dicho fundamento habilitar el reclamo a las aseguradoras en base a la normativa consumerista. Esta propuesta, consideramos, traería indudables ventajas a los usuarios, y a la vez, reduciría los niveles de judicialización. Ello debido a que, esta postura, no hace otra cosa que acoplarse a los fundamentos de la responsabilidad que tiene en miras minimizar al máximo posible, las situaciones de ausencia de resarcimiento, para las víctimas de los daños producidos.

Conforme ya hemos hecho mención, en la Argentina, existen en circulación líneas de transporte que se encuentran en estado de cesación de pagos, por –pese a las subvenciones estatales- no poder hacer frente a sus acreedores. A la vez, las aseguradoras se manejan por topes indemnizatorios, en virtud de los cuales en el caso de un litigio, el consumidor se encuentra obligado a iniciar en un primer momento el juicio en sede civil con el objetivo de obtener una condena favorable. En el caso en

que la suma obtenida en la sentencia resulte ser menor al de la franquicia (a partir de \$40.000), por dicho monto deberá presentarse ante el juicio falencial a fin de verificar su crédito, y así obtener, con la mayor de las suertes, finalmente el pago de la indemnización.

Lo hasta aquí expuesto, por otra parte, ha sido sostenido por la jurisprudencia. Citamos, entre los numerosos precedentes existentes en la dirección señalada:

(...) Cuando la aseguradora es citada en garantía, la sentencia será ejecutable contra ella "en la medida del seguro", esto es, en los límites y con los alcances de la cobertura asumida por la empresa, entre los que se comprende a la franquicia pactada en la póliza cuyas estipulaciones resultan oponibles al damnificado, ya que su derecho se circunscribe -en este aspecto- a las modalidades del contrato de seguro que vincula a la parte demandada y a la citada en garantía (CNCiv., Sala I, 03.10.96, "Olea de Barrera, Ma. Asunción c/ Alonso, Raúl Osvaldo").

Este entramado legislativo ha sido generado por la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) cuando a través de la resolución 25.429/97, estableció que en todo contrato de seguro que cubra responsabilidad civil de vehículos destinados a transporte público de pasajeros, "el asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de \$ 40.000". Consecuentemente, no cabe duda que la fijación de dicha franquicia para el seguro contra la responsabilidad civil del transporte automotor de pasajeros (cláusula 4ª de la res. 25.429) evidencia un ejercicio de las facultades invocadas por la SSN (art. 67, inc. b, de la Ley 20.091). En este escenario, debe tenerse en cuenta que el usuario del transporte no puede negociar en su tenor o en su confección los contratos: sólo puede aceptarlos tal como son ofrecidos, o directamente no contratar.

Fundamentalmente cabe recordar que, si el asegurador debe hacerse cargo del riesgo de insolvencia del victimario, distribuirá el costo de esa insolvencia entre todos sus asegurados. Por el contrario la víctima, a quien se le impone un contrato en el cual no ha formado parte, no tiene forma de distribuir ese riesgo.

Como diversos estudios han puesto de manifiesto, el fuerte enraizamiento de la postura de las aseguradoras en innumerables normas y estructuras sociales, provoca que su debate no sea una tarea sencilla. A pesar de ello, no se puede negar que quien utiliza el servicio de transporte público es un usuario en los términos de la LDC, y por ende debe recibir la protección que dicha legislación le confiere.

Es que si bien es cierto que el contrato de seguro ostenta una significativa trascendencia económica y características propias que ameritan una especialización, conforme sostiene Gregorini Clusellas (2009), ello no implica ni determina su autonomía e independencia normativa.

Con lo hasta aquí descripto, no cabe duda, que el presente, torna imperiosa la

necesidad de que el derecho comience a brindar respuestas concretas; frente a la diversidad de inconvenientes que el problema citado genera, sobre todo para los usuarios.

Para comenzar a comprender la situación actual estimamos imprescindible, recordar los distintos procesos históricos que gestaron al sistema vigente. Por ende, acudiremos a los sucesos que han colaborado con la creación de las distintas legislaciones que nos proponemos estudiar. Primordialmente, con el objetivo de alcanzar certeza, en cuestiones que nuestro derecho pareciera no poder explicar.

Asimismo debemos mencionar que abordar este tema presenta algunos inconvenientes, principalmente, porque aún se encuentra en proceso de discusión el sujeto que será pasible de protección dentro de este marco; por lo que las situaciones de tutela cotidianamente, no encuentran su reflejo en la realidad. Por ello, elaboraremos algunos parámetros a tener en cuenta a los fines de terminar dicha discusión. Sobre todo, con el objetivo de que el usuario de transporte público terrestre sea alcanzado por la normativa protectoria.

Así, analizaremos el marco jurídico protectorio que se desprende de la tutela que brinda la LDC; que si bien a la fecha presenta algunas dificultades en términos de aplicabilidad, no puede negarse que es uno de los tópicos con mayor crecimiento en los últimos tiempos.

Sobre todo tendremos en cuenta los principios y valores que se ha propuesto introducir con la sanción del CCCN. No tanto como conjunto de normas, en la medida que lo que atañe al tema aquí trabajado, ha receptado criterios que ya se venían aplicando a través del aval jurisprudencial y doctrinal. Sino que tendremos en cuenta el mundo actual, lo que significa buscar la coherencia entre los sistemas económico, social y ambiental (Lorenzetti, 2008).

En estos términos se abre lugar a una tensión normativa que se debate entre el orden público económico-social y la relación contractual entre el particular, la empresa de transporte y la aseguradora, y de estos dos últimos entre sí; todo ello a resguardo de la potestad estatal sin la cual dichos subsistemas –seguros y transporte- no podrían funcionar.

En este orden de ideas y en caso de que la empresa de transporte se encuentre en estado de cesación de pagos, y por lo tanto, exista un proceso concursal, consideramos -aplicando la legislación consumerista- que dicha circunstancia debe ser informada al usuario, así como el tope indemnizatorio de la franquicia, previo a que se genere la relación. Dado que esto no sucede, deducimos que se está incumpliendo el art. 4° de la Ley 24.240 (conf. Ley 26.361) y, por ende, la franquicia le es inoponible. Consecuentemente y en los términos del art. 16 de la LCQ entendemos que nos

encontramos frente un crédito que requiere ser abonado con inmediatez.

En lo que al Estado argentino se refiere se analizan de forma crítica tanto los aspectos normativos, como la propia voluntad y compromiso político asumido. Por sobre todo, se apuntan los valores sobre los que debe asentarse esta toma de conciencia y las obligaciones que derivan directamente de la C. N.

Estos y otros planteos darán paso a la construcción de nuevas teorías para evitar –a nuestro modesto entender también, solucionar-, los conflictos que surgen dentro del marco de la responsabilidad civil y brindar así, un nuevo enfoque. Comprendemos, sin más, que la respuesta se encuentra a través de la lectura de la normativa consumerista.

Con esta intención, entendemos que el análisis de la problemática que nos convoca constituirá un enriquecedor aporte, además de proponer un tratamiento de prevención puntual. A la vez, creemos que la investigación que se desarrolla podrá contribuir en la resolución de conflictos de esta índole, suscitados en sede judicial, beneficiando a los consumidores, abogados y al sistema.

## **Palabras clave**

Tesis, derecho privado, derecho del consumidor, ley de seguros, ley concursal

## Abreviaturas usadas

Artículo	art.
Comunidad económica europea	CEE
Código Civil	Cód. Civ.
Código Civil y Comercial de la Nación	CCCN
Código de Comercio	Cód. Com.
Concordantes	cc.
Constitución Nacional	C.N.
Corte Suprema de Justicia de la Nación	CSJN
Decreto	Decr.
Decreto de necesidad y urgencia	DNU
Inciso	inc.
Ley de Concursos y Quiebras	LCQ
Ley de Seguros	LS
Ley de Defensa del Consumidor	LDC
Resolución	Res.
Superintendencia de Seguros de la Nación	SSN
Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	SCJBA

# Índice general

	Pág.
<b>Capítulo 1: Introducción</b> .....	17
<b>Capítulo 2: Objetivos</b> .....	20
<b>Capítulo 3: Estado del arte</b> .....	22
<b>Capítulo 4: Fuentes</b> .....	24
<b>Capítulo 5: Marco metodológico</b> .....	27
<b>Capítulo 6: Marco conceptual o teórico</b> .....	29
<b>I: El surgimiento del seguro, la gestación del instituto y su tratamiento a nivel jurídico.</b>	
1.1 Consideración preliminar .....	29
1.2 Antecedentes del seguro .....	29
1.2.1 Comienzos del seguro .....	30
1.2.2 Desarrollo en Argentina .....	33
1.2.3 La seguridad como meta .....	36
1.2.4 Función social y económica .....	37
1.3 Integración del contrato de seguro .....	38
1.3.1 Precisión conceptual .....	39
1.3.2 Componentes .....	40
1.3.2.1 El asegurador .....	40
1.3.2.2 El asegurado .....	41
1.3.2.3 El tomador .....	42
1.3.2.4 El interés .....	42

1.3.2.5 El riesgo .....	43
1.3.2.6 La prima .....	44
1.3.3 La póliza .....	46
1.3.4 El siniestro .....	47
1.3.5 El reaseguro .....	47
1.3.6 Aleatoriedad gestionada .....	48
1.3.7 La doctrina de la muy buena fe .....	49
1.4 Responsabilidad civil y seguros .....	51
1.4.1 Nacimiento de la responsabilidad civil .....	51
1.4.2 Concepto .....	52
1.4.3 Abordaje legislativo en materia de seguros .....	53
1.4.4 La legislación civilista .....	54
1.4.5 El seguro obligatorio de responsabilidad civil en automóvil .....	56
1.4.6 Perspectiva actual del régimen de responsabilidad civil .....	59
1.5 El daño .....	60
1.5.1 Bases en las que se asienta .....	61
1.5.2 El deber de reparar .....	62
1.5.3 La reparación integral .....	63
1.5.4 Legislación comparada: el concepto de <i>tort</i> .....	65
1.6 El rol del Estado .....	67
1.6.1 Órgano de control: Superintendencia de Seguros de la Nación .....	68
1.6.2 Fundamentos del control estatal .....	69
1.7 Conclusiones .....	69

## **II: Perspectiva del pasajero “asegurado”. Un nuevo desafío: hacia la recategorización del usuario de transporte público.**

2.1 El transporte interurbano .....	72
2.2 Evolución del transporte terrestre .....	72
2.3 Derecho del transporte: relevancia jurídica .....	75
2.3.1 El transporte: un servicio público .....	75
2.3.2 La garantía del servicio público .....	77
2.3.3 La concesión del servicio .....	77
2.4 Las subvenciones estatales .....	79
2.4.1 Un poco de historia .....	79
2.4.2 La situación actual .....	80
2.4.3 La Comisión Nacional de Regulación del transporte (CNRT) .....	83

2.5 El contrato de transporte ante el usuario .....	83
2.6 La responsabilidad civil del transportista terrestre .....	86
2.7 Contratación predispuesta y de adhesión .....	87
2.8 El seguro de responsabilidad civil en materia de transporte público .....	89
2.9 La franquicia en el seguro .....	91
2.9.1 Oponibilidad vs. Inoponibilidad .....	93
2.9.2 Aplicar el derecho .....	98
2.10 La víctima sin resarcimiento .....	99
2.10.1 La intervención estatal .....	99
2.10.2 La solución en otras legislaciones .....	100
2.10.3 Consorcio de compensación de riesgos .....	101
2.10.4 El Fondo de libre circulación ciudadana .....	103
2.11 El sistema de boleto único (SUBE) .....	103
2.12 El Mercado Común del Sur .....	105
2.12.1 Los comienzos del MERCOSUR .....	106
2.12.2 El transporte regional .....	107
2.13 Conclusiones .....	109

### **III: El nuevo paradigma integrador de la Ley de Defensa del Consumidor.**

#### **Dinámica legislativa: origen, presupuestos y alcances.**

3.1 Generalidades .....	111
3.2 Antecedentes históricos .....	111
3.3 La etapa nacional .....	115
3.4 La posición del consumidor .....	117
3.4.1 Régimen legal .....	118
3.4.2 Problemática suscitada .....	120
3.4.3 Aproximación a una definición .....	123
3.4.4 Categoría objetiva: bien o servicio .....	125
3.5 Principios: la debilidad de la libertad .....	126
3.5.1 <i>In dubio pro consumidor</i> .....	126
3.5.2 Regla de la norma más favorable .....	127
3.6 La protección al consumidor .....	128
3.6.1 Derecho a la información .....	128
3.6.2 Derecho a la seguridad .....	131
3.7 El contrato de consumo .....	133
3.8 Responsabilidades de los consumidores .....	134
3.9 El consumo como derecho social .....	135

3.10 Cláusulas oscuras, sorprendentes y abusivas .....	136
3.11 Los daños en el consumo .....	139
3.12 El acceso del consumidor a la justicia .....	141
3.13 El consumidor de servicios públicos .....	143
3.14 Volver a la incertidumbre: aciertos y desaciertos del CCCN .....	144
3.15 El consumidor de seguros .....	146
3.15.1 El debate doctrinario .....	147
3.15.2 El carácter del seguro .....	149
3.15.3 El contrato de seguro enmarcado en el estatuto consumerista .	151
3.16 Las convergencias y divergencias en los procesos de integración en el ámbito del MERCOSUR: Dimensión y expectativas .....	152
3.16.1 El consumidor en los países miembro .....	153
3.16.2 Los desafíos pendientes .....	154
3.17 Nuevas leyes y proyectos en materia de consumo .....	156
3.18 Conclusiones .....	158

#### **IV: Los procesos falenciales en empresas de transporte público de pasajeros: implicancias de una visión integradora del consumidor**

4.1 Planteamiento introductorio .....	161
4.2 Introducción a la Ley de Concursos y Quiebras .....	161
4.2.1 La pauta de la continuidad de la actividad empresarial .....	163
4.2.2 La <i>par conditio creditorum</i> .....	165
4.3 El transporte público argentino en cesación de pagos .....	167
4.4 El dilema del acreedor involuntario .....	169
4.4.1 El consumidor como acreedor involuntario .....	172
4.4.2 El usuario de transporte público: un acreedor involuntario .....	174
4.4.3 El resarcimiento civil integrante del pasivo concursal .....	175
4.5 El pronto pago al consumidor como alternativa .....	176
4.6 Derecho a la información del usuario de transporte público .....	178
4.6.1 Fundamento .....	179
4.6.2 Finalidad .....	181
4.6.3 Pautas de interpretación .....	181
4.6.4 Extensión .....	182
4.7 El orden público en los derechos del consumidor .....	182
4.8 La opción fundamental de contratar o no .....	183
4.9 Implicancias de la especialidad que plantea el derecho del consumidor .....	185
4.9.1 La sanción disuasiva y punitiva .....	185

4.9.1.1 El desarrollo anglosajón del instituto .....	186
4.9.1.2 Las controversias a la orden del día .....	189
4.9.1.3 La recepción Argentina .....	190
4.9.1.4 Algunas reflexiones .....	193
4.9.2 El expuesto a la relación de consumo .....	194
4.9.2.1 Legislación comparada y jurisprudencia .....	194
4.9.2.2 El tercero expuesto .....	196
4.9.2.3 El principio de progresividad como eje .....	198
4.9.2.4 El debate en materia de seguros .....	200
4.9.2.5 El damnificado: un consumidor expuesto .....	201
4.9.3 La acción directa .....	201
4.9.3.1 Implicancias de su admisión .....	202
4.9.3.2 El fin de la solidaridad impropia entre la compañía aseguradora y su asegurado como remedio ineludible ....	203
4.9.3.3 Fuerza expansiva del consumidor .....	203
4.9.4 La prescripción de la acción .....	204
4.10 Conclusiones .....	208

## **Capítulo 7: Hipótesis** ..... 210

## **Capítulo 8: Aplicación**

8.1 El accionar del consumidor: el fortalecimiento del derecho .....	211
8.2 El flagelo del servicio público .....	214
8.3 Seguridad jurídica e inseguridad resolutoria .....	216
8.4 Balance y evaluación del Mercosur .....	218
8.5 Aplicación .....	219

## **Capítulo 9: Discusión**

9.1 Discusión .....	221
9.2 Hacia una nueva oportunidad .....	222
9.3 La información como paradigma de la nueva era .....	224
9.4 Nuestra tesis .....	225

9.5 El contrato de seguro frente a nuestra propuesta .....	229
--	-----

## **Capítulo 10: Conclusiones**

10.1 Conclusiones .....	231
10.2 Recomendaciones .....	233

## **Capítulo 11: Bibliografía**

11 Referencias .....	238
11.1 Autores citados .....	238
11.2 Fuentes de información .....	254

# Capítulo 1

## Introducción

El presente estudio tiene como objetivo descubrir los diferentes elementos, procesos y prácticas a través de los cuales se erige la Ley de Seguros (LS); particularmente, los diversos análisis que se plantean, desde la óptica de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), considerada aquí como el punto de partida.

Nuestro propósito es generar una nueva dinámica respecto del derecho de daños, a la luz del derecho de los consumidores de transporte público terrestre. Principalmente, porque advertimos que muchas víctimas de accidentes de tránsito se perjudican por los “beneficios” a los cuales se atienen estas empresas; en razón de que gran parte de aquéllas se encuentra en estado falencial, y ello retrasa, o impide el cobro de la indemnización.

De este modo, el desarrollo de la investigación se fundamenta en tres interrogantes que dan forma y sentido a nuestro planteo. Entonces nos cuestionamos: ¿Pueden coexistir la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Seguros? ¿Qué rol social desempeñan los procesos falenciales de las líneas de transporte público y el tope indemnizatorio de la franquicia del seguro de responsabilidad civil? ¿Cómo se interpreta frente a esta situación el deber de información garantizado por la Ley de Defensa del Consumidor? Estas cuestiones, se prestarán a múltiples respuestas y a varios planteamientos, que serán analizadas en los sucesivos capítulos.

Cabe advertir que, al abordar las temáticas que aquí se introducen no perseguimos alcanzar el monopolio de la verdad; en este aspecto es bueno recordar lo afirmado por Karl Popper (1973) en cuanto a que los enunciados científicos hay que entenderlos como esbozos creativos o interpretativos que sólo tienen un valor hipotético-conjetural: en las Ciencias Sociales el conocimiento sólo alcanza a ser conjetural.

Inicialmente, la investigación se propone abarcar diferentes aspectos de la temática abordada y, para ello aplicaremos diversas técnicas de investigación por lo que emplearemos el abordaje cualitativo y cuantitativo, de modo tal que utilizaremos la triangulación metodológica.

Es importante destacar que el énfasis del estudio está puesto en la Ley de Defensa del Consumidor, y su repercusión en el sistema de seguros de responsabilidad civil. Sobre todo porque aquél establece una franquicia, la que ante el estado falencial de las empresas de transporte público de pasajeros y una vez ocurrido

el siniestro, se advierte que el usuario carecía de conocimiento respecto a la existencia de dicha situación. Esta información, es receptada por aquél, una vez acontecido el hecho dañoso. Por ello, entendemos que no se ha dado cumplimiento con la obligación de informar, que se impone a los proveedores de un servicio.

En suma, nuestro objetivo central es estudiar las fuentes, elementos y procesos a través de los cuales se aplica este régimen. Al mismo tiempo, y como segunda intención, trataremos de indagar sobre los fines de las distintas legislaciones que inciden en el actual resultado. En miras a alcanzar los objetivos propuestos, partimos de la siguiente hipótesis: Procede la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor por encima de lo establecido por la Ley de Seguros.

De esta manera, el sentido final de esta tesis es el de armonizar la normativa de seguros, con la del consumidor. A partir de este objetivo general, propondremos la ampliación y relectura de los límites de la responsabilidad civil a través de la normativa consumerista. Nuestro propósito, en consecuencia, es determinar los aspectos que coadyuven a resolver la problemática planteada entre ambas legislaciones, ratificando la importancia de la Ley de Defensa del Consumidor.

El trabajo que aquí se presenta, está dividido en cuatro partes, y cada una de ellas desarrolla el objeto de estudio desde diferentes ángulos, por lo que siguen su propia lógica y presentación de resultados. En la primera parte, titulada “El surgimiento del seguro, la gestación del instituto y su tratamiento a nivel jurídico”, aborda los diversos planteamientos, procesos y estrategias a través de los cuales se construyó el seguro como instituto. En la segunda parte de la investigación, titulada “Perspectiva del pasajero “asegurado”. Un nuevo desafío: hacia la recategorización del usuario de transporte público”, tomaremos como referente a los usuarios de transporte público automotor, a los fines de analizar las condiciones en las cuales se celebra el contrato de transporte, y las consecuencias que de allí se derivan. Asimismo, haremos hincapié en la importancia del transporte público como bien de interés social y de allí resaltaremos el sentido diferenciador y jerarquizador que encierra.

Luego, en la tercera parte, titulada “El nuevo paradigma integrador de la Ley de Defensa del Consumidor. Dinámica legislativa: origen, presupuestos y alcances” presentaremos un estudio sobre el rol del consumidor. Los temas allí planteados resultan ser un punto de partida fundamental, ya que las características de dicha normativa, marcan singularmente el estudio que presentaremos. Con esta intención, se abordarán las concepciones y disposiciones, que permitirán entender la protección que la Ley regula.

Por último, en la cuarta parte de la tesis denominada “Los procesos falenciales en empresas de transporte público de pasajeros: implicancias de una visión

integradora del consumidor”, entre los puntos que se abordarán, tendremos presente a los procesos falenciales, que aparecen como factor relevante cuando el consumidor comparece a reclamar por daños y perjuicios. A la vez, se indagará acerca de la importancia de desentrañar, la cuestión aquí planteada.

Finalmente, se presentarán una serie de sugerencias y propuestas, sin pretensión de definitivas, que a nuestro juicio se consideran oportunas aportar para mejorar algunos aspectos que redunden en la calidad de vida de los usuarios de los servicios de transporte público, tanto en lo nacional como en lo regional.

En tal orden de ideas, entendemos que el análisis de la problemática que nos convoca constituirá un enriquecedor aporte, además de proponer un tratamiento de prevención puntual. Asimismo, creemos que la investigación que se desarrollará podrá representar una respuesta, o generar nuevas, en relación a la temática planteada; beneficiando a los consumidores, abogados y a la ciudadanía, a lo largo y a lo ancho del país.

## Capítulo 2

### Objetivos

El presente trabajo se plantea como objetivo general analizar la Ley de Seguros (LS) y la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ), a la luz de lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). Ello, con el propósito de unificar y conciliar el sistema de responsabilidad civil. Principalmente, haremos hincapié en la relevancia que representa la indemnización, cuando la responsabilidad del hecho acaecido proviene de la actividad de un servicio público.

Para ello, trataremos de comprender la relación que existe entre la forma de entender la responsabilidad civil y la dignidad humana. A su vez, tendremos en cuenta el rol que desempeñan los distintos operadores jurídicos (legisladores, doctrinarios, jueces), frente a esta situación. Esta descripción, permitirá no sólo conocer la incidencia -en sentido efectivo y potencial- que el régimen de seguros presenta en la vida diaria de la ciudadanía, sino también los efectos de los procesos falenciales en el funcionamiento del transporte público de pasajeros.

Por sobre todo, estimamos necesario explicar por qué es imprescindible una toma de conciencia en materia de protección al usuario de transporte público, que refleje la perspectiva y valores que contiene la Constitución Nacional (C. N.). Más aún, cómo este proceso puede ser ayudado por los agentes de derecho, y el efecto directo que tendría para la sociedad, configurar normas coherentes con dichos principios y valores.

Los propósitos generales planteados, se desarrollarán mediante los siguientes objetivos específicos:

a) Analizar la interpretación jurisprudencial en materia de responsabilidad civil, con particular consideración en la aplicación -o no- de la LDC. Esta recopilación, servirá para comprender el alcance de la protección que emerge de la ley, y su recepción y comprensión, por parte de los Tribunales de nuestro país.

b) Explorar el impacto de la franquicia en materia de seguros en los procesos falenciales. Esto permitirá entender la repercusión que adquiere la problemática abordada en la vida diaria de los usuarios. Asimismo servirá para determinar, desde qué valores ha de hacerse la nueva propuesta que aquí pretendemos arribar.

c) Analizar la tendencia actual en materia de aplicación del deber de información al consumidor. Partiendo de la premisa de la falta de información que posee el usuario de transporte respecto al estado de cesación de pagos de la empresa

prestataria del servicio, y la franquicia con la que opera el seguro de responsabilidad civil, queremos aportar un nuevo enfoque de la situación. Para ello se apuntan líneas de cambio estructural, así como también se mencionan herramientas facilitadoras que se conviertan en aliadas de este proceso.

d) Profundizar el privilegio del acreedor “involuntario” en materia concursal. Con este norte, se expondrá la situación en nuestro país de esta corriente doctrinal, tanto desde el aspecto jurisprudencial, como del social, y el papel que desempeñan estos a través de las normas vigentes.

e) Indagar sobre las cuestiones que provocan el estado falencial de las empresas de transporte y su repercusión en materia de responsabilidad civil. En este sentido, consideramos imprescindible abordar los procesos históricos que han derivado en el sistema actual. Entendemos que ello permitirá, apreciar la importancia e incidencia que tienen las decisiones políticas en materia económica, y su posterior impacto en el derecho.

f) Proponer métodos de armonización legislativa para el tratamiento de la cuestión aquí planteada. Para ello, se analizarán los instrumentos normativos vigentes desde el aspecto etimológico, filosófico, social y legal.

g) Realizar un estudio de la legislación aplicable en el ámbito de los países integrantes del MERCOSUR en materia de seguros, dada la repercusión que alcanza el transporte para la región. Esta descripción, permitirá establecer conclusiones sobre la importancia que significa para la integración, arribar a una aproximación legislativa

h) Explicar por qué es necesaria una toma de conciencia en materia de derechos del consumidor, que refleje la perspectiva y los valores de los derechos humanos. Para ello se estudiará el significado e implicancia de las diferentes teorías, y sus efectos. Por último pretendemos una reflexión entre la terminología, la justicia, la ética y su valor.

i) Entender cómo la percepción y comprensión de los derechos de los consumidores, expresada en paradigmas y modelos, afecta plenamente la vida de los individuos. Esta descripción, permitirá poner en evidencia conclusiones sobre la importancia que tienen estos derechos.

## Capítulo 3

### Estado del arte

Lógicamente, no podremos mencionar exhaustivamente a lo largo de nuestra exposición, las múltiples investigaciones y experiencias realizadas en los diversos campos que nos proponemos indagar. Por ende, en el desarrollo de nuestro estudio nos limitaremos a reseñar aquéllos trabajos que consideramos más relevantes para el debate; y que hacen propuestas dentro de los distintos ámbitos de incumbencia que aquí se controvierten.

Sin perjuicio de lo cual, debemos destacar que no hemos podido encontrar antecedentes en relación a la pregunta que aquí nos propusimos como objetivo primordial, responder. Esta situación pone en evidencia que la temática que aquí se intenta dilucidar no ha sido estudiada, de allí lo novedoso de nuestra exposición.

En el aspecto histórico tendremos en cuenta las sucesivas crisis económicas por las que ha ido atravesando nuestro país, particularmente la suscitada a fines del año 2001 dado que allí colapsó, entre otras cosas, el sistema de transporte. Sobre todo, porque ese panorama financiero, influyó en la concepción del seguro que hasta nuestros días se aplica.

Como diversos estudios han puesto de manifiesto, el fuerte enraizamiento de la postura de las aseguradoras en innumerables normas y estructuras sociales, provoca que su debate no sea una tarea sencilla. El seguro constituye, sin duda, una herramienta de importancia para la reparación de daños. Si bien es cierto que dicho contrato ostenta una significativa trascendencia económica y características propias que ameritan una especialización, conforme sostiene Gregorini Clusellas (2012), ello no implica ni determina su autonomía e independencia normativa.

Por otro lado, la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor n° 24.240, según texto ordenado por la Ley n° 26.361 y Ley n° 27.077, y su posterior recepción constitucional han venido a trastocar de manera silenciosa, instituciones que en su mayor medida inciden sobre aspectos que hacen al derecho civil y comercial. A raíz de esto, muchos de los actos jurídicos que se otorgan a diario, inesperadamente, caen dentro de esta órbita.

Nuestra premisa será entonces partir de la función social del seguro, y desarrollar nuestra idea del deber de información a los usuarios de transporte público.

Principalmente, tendremos como base lo afirmado por Carlos A. Gherzi (2014) en cuanto a que "El contrato, como herramienta jurídica de acceso a los bienes y

servicios, debe servir para la consolidación de un derecho justo, imprescindible para el sistema democrático y la convivencia en paz". Esta reflexión nos servirá como eje para modelar los rasgos esenciales de los tipos contractuales traídos a debate, distintos métodos y cómo diseñar y evaluar sistemas que permitan minimizar al máximo posible las situaciones de ausencia de resarcimiento para las víctimas de los daños sufridos en ocasión del transporte.

Los análisis realizados por Estadísticas de la Dirección Nacional del Observatorio Vial y la organización Luchemos por la Vida, que utilizan los datos proporcionados por las provincias y la Policía Federal, junto con estadísticas elaboradas por organismos de carácter internacional, ponen en evidencia la problemática que se genera en relación a las víctimas de transporte. De allí, utilizaremos los datos que ponen en evidencia la importancia de nuestro objeto de estudio.

De entre los diferentes instrumentos normativos, debemos destacar que los esenciales serán la Ley de Seguros, la Ley de Defensa del Consumidor y la Ley de Concursos y Quiebras, en consonancia con lo normado por la Constitución Nacional, lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Tránsito.

## Capítulo 4

### Fuentes

En nuestro enfoque hemos adoptado una mirada emancipatoria del derecho del consumidor, asentado en la Constitución Nacional, mediante el análisis crítico de la situación de sus derechos y la vulneración que padecen los individuos. Esta propuesta, busca señalar una directriz de empoderamiento de la ciudadanía en general, frente a otros análisis que son sólo descriptivos de la realidad y sin una voluntad transformadora.

Así, advertimos que los consumidores habitualmente asumen posibilidades de riesgo. Frente a ello, de acuerdo a la información que tienen, adoptan ciertas conductas limitativas o no, para la adquisición de determinados bienes o servicios.

En la estructura de negocio actual del modelo argentino de transporte, desde la óptica empresarial, se analizan las posibilidades de riesgo a los fines de obtener un análisis de mercado de la prestación que se va a ofrecer. De allí, nace el contrato de seguro, que viene a asumir financiando e indemnizando, el daño por la ocurrencia del siniestro previsto.

Pero en la Argentina, existen en circulación líneas de colectivo, que se encuentran en eternos procesos falenciales, por –pese a las subvenciones estatales- no poder hacer frente a sus acreedores. A la vez, las aseguradoras se manejan por topes indemnizatorios, por lo cual en el caso de un litigio, el consumidor se encuentra obligado a iniciar el juicio en sede civil a los fines de obtener la condena favorable y en el caso en que la suma obtenida resulte ser menor al de la franquicia (a partir de \$40.000), deberá presentarse ante el juicio falencial de la empresa de transporte a fin de verificar su crédito, y así finalmente obtener el pago de la indemnización.

Lo hasta aquí expuesto, por otra parte, ha sido sostenido por la jurisprudencia. Citamos, entre los numerosos precedentes existentes en la dirección señalada:

Quando la aseguradora es citada en garantía, la sentencia será ejecutable contra ella "en la medida del seguro", esto es, en los límites y con los alcances de la cobertura asumida por la empresa, entre los que se comprende a la franquicia pactada en la póliza cuyas estipulaciones resultan oponibles al damnificado, ya que su derecho se circunscribe -en este aspecto- a las modalidades del contrato de seguro que vincula a la parte demandada y a la citada en garantía (CNCiv., Sala I, 03.10.96, "Olea de Barrera, Ma. Asunción c/ Alonso, Raúl Osvaldo").

En el mismo sentido, según la doctrina vigente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la franquicia pactada entre el asegurador y el asegurado en el seguro de responsabilidad civil de transporte público de pasajeros es oponible a la víctima

(CSJN, “Nieto”; “Villarreal”; “Cuello”; “Obarrio” y “Gauna”).

Paradójicamente, dice el art. 109, Ley de Seguros n°. 17.418, definiendo al seguro de responsabilidad civil, que "el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido". Pues bien, se desprende de la definición transcrita que, sin lugar a dudas, el asegurador sólo asume obligaciones en favor del asegurado pues se ha comprometido a mantener indemne su patrimonio.

Por su parte, la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) dictó la Resolución 25.429/97 estableciendo que en todo contrato de seguro que cubra responsabilidad civil de vehículos destinados a transporte público de pasajeros, “el asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de \$ 40.000”. La fijación de dicha franquicia para el seguro de responsabilidad civil del transporte automotor de pasajeros (cláusula 4ª de la Res. 25.429) evidencia un ejercicio, a nuestro parecer inconstitucional, de las facultades invocadas por la SSN (art. 67, inc. b], de la Ley 20.091). Cuestión que desarrollaremos, en su oportunidad.

Primordialmente debemos destacar que ello es así, a pesar de que el usuario de transporte no puede negociar el contrato, ya sea en su tenor o en su confección: sólo puede aceptarlas tal como son ofrecidas o directamente no contratar. De esta forma, si el asegurador debe hacerse cargo del riesgo de empobrecimiento del victimario, distribuirá el costo de esa insolvencia entre todos sus asegurados. Por el contrario, a la víctima se le impone un contrato en el cual no ha formado parte, y frente al que no tiene forma de distribuir ese riesgo.

Sentado lo anterior, advertimos que el art. 1199 del Código Civil disponía “que los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos...”, lo cual implica que los otorgantes no pueden, mediante la autonomía de la voluntad, crear obligaciones en cabeza de terceros; ni éstos pueden invocarlos, puesto que no están facultados para hacer valer derechos contra las partes otorgantes del mismo. Este criterio ha sido mantenido por el Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1021, con una salvedad, el cual dice: “El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”.

Siguiendo una idea, contraria al planteamiento del *Homus Economicus*, que propone al consumidor como un agente aislado y concentrado en su propio interés, la nueva teoría del consumidor define a un individuo que, sin abandonar el propósito maximizador de su satisfacción, pone en consideración a los demás por la vía de las

interdependencias de las preferencias. Esto quiere decir que, si bien cuenta con la libertad de elegir, de acuerdo con las posibilidades que le brinda el ingreso que percibe y las actitudes físicas o intelectuales -entre otras-, en razón a que sus preferencias están conectadas con las de los demás, esto significa que esta libertad no le permita satisfacer todos sus deseos.

Dada la interconexión de preferencias, la teoría económica supone que el bienestar que busca el consumidor, tiene múltiples sentidos. De él hacen parte tanto el reconocimiento que la persona desea obtener de otros, y la complacencia ante el compromiso por causas comunes. En esta situación, el consumidor puede recurrir de manera exclusiva o combinada a acciones como las siguientes: adquisición y acumulación de riqueza, búsqueda y obtención de poder y sentidos de la responsabilidad. En ocasiones, estas intenciones se orientan a comportamientos de tipo altruista como la caridad y la prestación de recursos al servicio de los otros o de causas comunes.

La perspectiva del consumidor que pretendemos introducir, en el fondo, sólo está pidiendo un lugar en el universo jurídico, mediante las adaptaciones necesarias. Situándola en pie de igualdad con el resto de las ramas del derecho. Ello, conforme los principios rectores, establecidos por la Constitución Nacional.

## Capítulo 5

### Marco metodológico

Nuestra investigación se lleva a cabo teniendo en cuenta primordialmente el análisis documental, doctrinario y jurisprudencial recopilado, dentro de cada una de las áreas que componen el eje de la cuestión traída a debate. Estos documentos proceden de diferentes teorías, porque entendemos que reseñar posturas contrarias referidas a un mismo tema, enriquecerá nuestro aporte.

Una de las cuestiones que presentó un desafío para nuestro trabajo fue la ausencia de investigaciones en relación al problema central, que aquí proponemos analizar. Es decir, si bien cada legislación ya contaba con estudios profundos, sus objetivos de investigación apuntaban hacia otro horizonte, y nunca habían sido controvertidos en forma conjunta.

Esta perspectiva, busca revalorizar al ciudadano común en el ejercicio de un derecho tan esencial, como lo es el acceso al mercado de bienes y servicios.

Para ello, también se ha realizado un análisis doctrinal y jurisprudencial del tratamiento de la responsabilidad civil. Sobre todo, tendremos en cuenta aquellas situaciones, en las que se advierte la presencia de un seguro con una franquicia para el transporte público de pasajeros. Con esto, pretendemos demostrar las consecuencias jurídicas que se derivan de dicha circunstancia, para el usuario.

A su vez, el alcance de esta recopilación nos permitió indagar acerca de las diferentes formas de resolver una misma cuestión. Pudiendo de esta manera, discernir en el ámbito jurisprudencial un determinado patrón: el usuario de transporte público no alcanza la categoría de consumidor.

Esto condujo a ver el sistema legislativo no sólo en su dimensión jurídica, sino también como producto de una construcción social. Porque entendemos que de esta manera el consumidor comienza a ser visto como una categoría particular, un concepto específico dentro de la sociedad.

La investigación es no experimental debido a que observaremos el fenómeno tal y como se da en su contexto natural, y descriptiva en cuanto especificaremos las propiedades importantes de nuestro objeto de estudio, que permitirán definirlo como tal.

Durante nuestro desarrollo emplearemos el abordaje cualitativo y cuantitativo, de modo tal que utilizaremos la triangulación metodológica. Por esta razón, el modelo de investigación será el llamado “de enfoque dominante” por cuanto se desarrollará en

forma predominante bajo el abordaje cualitativo. Por otra parte, la investigación utilizará la técnica documental, con el propósito de ampliar y profundizar los conocimientos de su naturaleza con apoyo en fuentes bibliografías extranjeras, en trabajos previos y datos divulgados por organismos nacionales e internacionales a través de medios audiovisuales y electrónicos.

Como técnicas cualitativas, se emplearán las de revisión de doctrina y jurisprudencia en la materia –como fuentes gráficas del conocimiento-. Las técnicas de recolección de datos a aplicar serán la observación indirecta, apoyada y sustentada en la investigación documental, a través de la cual se obtendrán teorías, información y resultado del análisis de las causas que han originado el presente trabajo.

El estudio incluye una perspectiva histórica al incorporar la evolución jurídica de la responsabilidad civil, y apunta al análisis crítico de la legislación vigente en la materia; la doctrina y la jurisprudencia. Señalando así nuevamente, el peso de los comportamientos legislativos y jurisprudenciales en relación a la temática aquí cuestionada, a lo largo de la historia.

Se apunta a establecer cómo los mecanismos pueden ser modificados en el tiempo, para lo cual resultará fundamental indicar los cambios estructurales que se han generado a causa de las distintas crisis económicas por las que ha transcurrido nuestro país. Este enfoque, permitirá entender las causales que derivaron en el actual sistema.

De este modo esta tesis, en forma interdisciplinaria, no solo analiza la cuestión planteada desde un aspecto jurídico, sino que también aborda los distintos temas desde un punto de vista histórico, social, político y económico.

## **Capítulo 6**

### **Marco conceptual o teórico**

#### **I. El surgimiento del seguro, la gestación del instituto y su tratamiento a nivel jurídico. Perspectiva del pasajero asegurado**

##### **1.1 Consideración preliminar**

El panorama que presenta el derecho de seguros en el transporte público argentino, resulta desconcertante. Principalmente, porque en la gran cantidad de incidentes que se producen, la cobertura parece no existir. Con motivo de ello, los principios clásicos que han venido componiendo la espina dorsal del seguro, parecen exigir un cambio.

Toda vez que los estándares jurídicos actuales, no proponen certeza ni rapidez a las problemáticas que se plantean al respecto, un nuevo análisis de la cuestión, parece acertado. Sobre todo si se tienen en cuenta las reformas constitucionales introducidas en el año 1994, que modifican de forma sustancial las leyes de fondo.

Por ello, a los fines de presentar un estudio adecuado de la cuestión, seguidamente estudiaremos el contrato de seguro.

##### **1.2 Antecedentes del seguro**

El seguro tiene diversos acontecimientos y motivos fundantes, de manera que resulta imprescindible, para poder comprender mejor su alcance y significado, iniciar el análisis a través de los antecedentes históricos. Conforme señala Alberto de Juan Bellver (1947)

Quisiéramos que los aseguradores profesionales (casi todos, por no decir todos, hasta hoy formados empíricamente) apreciaran que para el conocimiento de todo lo relacionado con nuestra institución no basta con poseer técnica profesional (experiencia en la que no es exacto), sino que es

necesario también conocer su pasado, su formación primitiva, sus vicisitudes hasta nuestros días, para poder apreciar la evolución, sus consecuencias y obtener las enseñanzas que de todo ello se derivan. Conocer el pasado es tener experiencias, cualidad la más apreciada en los aseguradores (p. 10).

Así, entonces mencionaremos algunos aportes, que el transcurso del tiempo ha sabido enseñar, y que se encuentran íntimamente vinculados con la actual concepción del seguro.

### **1.2.1 Comienzos del seguro**

Históricamente, el hombre siempre ha intentado protegerse a sí mismo y a su familia. De forma tal, que la búsqueda de métodos de seguridad, no es una cuestión novedosa en el ámbito jurídico. En efecto, la institución del seguro, es el resultado de ciertas circunstancias sociales y económicas, que encuentra precedentes en antiguas civilizaciones, donde ya se utilizaban prácticas que sirvieron de modelos fundantes, a nuestro actual sistema.

Las primeras manifestaciones, como no podía ser de otra manera, surgen con la expansión del comercio, ya que durante el desarrollo de esta actividad se hacen más evidentes los peligros en el transporte marítimo y terrestre. Con motivo de ello, en ese entonces, se procura brindar pautas sobre tal fenómeno, promoviendo la protección necesaria, para comerciantes y transportistas. En un primer momento, su desarrollo estuvo estrechamente vinculado al transporte marítimo, y bajo la forma de una mutual.

Desde la época del Imperio Babilónico y del Rey Hammurabi (1810–1750 a.C.) se evidencia un interés en relación a la protección de la vida. En el Código de Hammurabi, se contemplaban diferentes sistemas de ayuda que consistían en indemnizaciones por accidentes de trabajo entre profesionales de un mismo sector, así como mutualidades para compartir los gastos en caso de pérdidas causadas a las caravanas del desierto, o la contribución de la comunidad para sufragar los gastos que implicaban remplazar un barco hundido por una tempestad (Freeman y Kunreuther, 1997).

Algo similar ocurre en el Talmud de Babilonia (200-500 d.C.; Shahak, 1994), dado que allí podemos encontrar un impuesto que se recaudaba de todo miembro de la comunidad, con el objetivo de crear un fondo para uso comunitario en caso de calamidad social. El que sin lugar a dudas, parece ser precedente de los actuales fondos de compensación que existen en algunos países (ver 2.10.2).

Tradicionalmente, el derecho romano no es tenido en cuenta como un antecedente directo en materia de seguros. Sin embargo, resulta oportuno destacar que bajo el Imperio Romano, se gestaron mutuales, que funcionaban como asociaciones con beneficios definidos y cuyo financiamiento se basaba en contribuciones regulares establecidas (Margadant, 1970). En su Historia de Roma, Tito Livio (26 a.C.-14 d.C.), ya hacía referencia a los primeros recaudos tenidos en cuenta para el cuidado del transporte marítimo correspondiente al año 215 a.C.

Si bien, conforme advertimos precedentemente, no encontramos un contrato de seguro *stricto sensu*, la incidencia romana en este aspecto radica en que el principio indemnizatorio sí era conocido en esa época, y contemplaba el daño sufrido (*damnum emergens*) y el beneficio dejado de obtener (*lucrum cessans*). Aunque estos preceptos, pertenecían al ámbito contractual, más adelante serán tenidos en cuenta por la disciplina asegurativa, hasta nuestros días.

Así, paulatinamente, se fue arraigando en la humanidad la idea y necesidad de protección. Con este norte, en Roma, se introdujo a través de la denominada *foenus nauticum* (préstamo naval) o *pecunia traecticia* (Perandones, 2005); aunque algunos estudiosos, sostienen que esta práctica se remonta a la figura del *naukiton dámenion* perteneciente a la Grecia Antigua (Alauzet, 1944). Este contrato de préstamo a la gruesa o a todo riesgo, se configura específicamente en ocasión del traslado de mercadería de un lugar a otro. Este mecanismo era el recurso más utilizado por los comerciantes, y consistía en un préstamo en el cual, el prestamista entregaba dinero u otros bienes fungibles a un naviero para que realizara un transporte marítimo, obligándose aquél a pagar al prestamista el precio del riesgo (*pretium periculi*). Si el viaje concluía con el arribo al puerto o, por el contrario, si el barco naufraga o no llega a puerto, nada debía el naviero al mutuante (perdiendo capital e intereses) (Endemann, 1866). Por ejemplo, esta figura fue la estipulada entre Isabel la Católica y Cristóbal Colón en las Capitulaciones de Santa Fe donde se establecieron los beneficios que reportaría la travesía, que culminó con el descubrimiento del continente Americano.

Este esquema se mantuvo hasta que con el paso del tiempo, y en atención a la falta de control que existía en el uso de esta práctica, se advirtió una utilización fraudulenta de la figura.

El ejercicio desleal se configuraba por el desconocimiento que existía respecto a la veracidad de los viajes. Con lo cual se registraban embarcaciones ficticias o multiplicidad de préstamos generados sobre una misma operación. Dada la situación descrita, y advirtiendo cuestiones usureras, el Papa Gregorio IX en el año 1234, prohibió este hábito (Ragazzini G. y Ragazzini M, 1995). Este impedimento, generado

por la doctrina canónica, motivó que la figura se tuviera que reinventar. Por ello, un amplio sector de la doctrina considera que sin esta prohibición, el seguro no hubiera nacido, o por lo menos, no en esa época.

Consecuentemente, a causa de esta prohibición, la obligación del asegurador se comenzó a disimular bajo la forma de un contrato de compra. Aquél decía adquirir del asegurado los objetos que se pretendían asegurar, y se reconocía deudor del precio estipulado, conviniéndose que el contrato sería nulo si estos objetos llegaban sanos y salvos al punto de destino. Es decir, que la indemnización pactada, revestía en el contrato la forma de precio. Esta ficción, comenzó siendo utilizada para el seguro marítimo, y con el transcurso del tiempo se hizo extensiva a los contratos de seguros de vida. Pero como en este último caso, no podían designarse como objeto del contrato de compraventa las personas aseguradas, aquél recaía sobre una determinada cantidad de objetos y mercaderías.

Sin perjuicio de las reseñas efectuadas, algunos estudiosos advierten, que los comienzos del instituto se ubican entre el siglo XIV y el XVII (Itzigsohn de Fischuan, 1969), dado que en los antecedentes citados, el seguro no presentaba el alcance que tiene en la actualidad.

En los reinos de la Península Ibérica, encontramos como precedente a las Ordenanzas de Barcelona de 1435. Este documento, reviste importancia dado que allí se comenzaron a perfilar algunos elementos esenciales del contrato de seguro. A su vez, limitaba la cobertura de los seguros marítimos a tres cuartas partes del valor de la carga; un criterio que se ha mantenido durante varios siglos. A estas primeras ordenanzas siguen textos similares promulgados por el Consejo de Valencia en el año 1468, la ciudad de Florencia en el año 1523, y Sevilla en el año 1556. (Garre Lacalle, 2010).

Tal como observa Sobrino (2009)

Recién en el Siglo XVI, en el año 1547, aparece la primera Póliza de Seguros de Inglaterra, de la cual se tenga noticias. Este hecho merece resaltarse para destacar que —contra lo que hoy pueda parecer—, el seguro no tuvo su origen en Inglaterra, sino en las Ciudades del norte de Italia. Es más, la póliza de seguros inglesa del año 1547, a la que se hace referencia, estaba íntegramente redactada en italiano (...) (p. 11).

Con el pasar de los años, los principios mantenidos para asegurar la actividad comercial, comenzaron a extenderse a otros rubros. Un ejemplo de ello es, el incendio registrado en el año 1666 en la ciudad de Londres, donde se consumieron cerca de 13.200 casas, 89 iglesias y la Catedral de Saint Paul. Este hecho sirvió de motivo suficiente, para generar la necesidad de asegurar los riesgos que podrían llegar a producirse, por un nuevo suceso de similares características. Con motivo de esta catástrofe, Nicholas Barbon en 1667 fundó el “Fire Office”, la primera compañía de

seguros contra incendios (Sánchez Flores, 2000).

Sin embargo, el seguro de transporte tal y como lo conocemos hoy en día, tuvo sus orígenes en una modesta taberna de los muelles de Londres del siglo XVII, la Lloyd's Coffee House, que era propiedad de Edward Lloyd, y a la que acudían comerciantes y capitanes de barco. Allí, se reunían para comentar los incidentes de los viajes, negociar los fletes y contratar seguros marítimos, que asumían los individuos a título personal. Estas personas suscribían el coste; y si la embarcación naufragaba o no regresaba, perdían lo que habían suscripto. Pero si volvía, participaban en los beneficios en proporción a su aportación. Por tanto, podían llegar a ganar importantes sumas de dinero (Sánchez Flores, 2000).

A lo largo del tiempo, las transacciones en la Lloyd's Coffee House dieron origen a la contemporánea firma Lloyd's, que es una reconocida corporación –a nivel mundial- dedicada a la industria del reaseguro a nivel internacional.

Pero, no obstante ello, el seguro obligatorio de automotores encuentra sus más antiguos antecedentes en una ley sancionada en el año 1908 en el ex imperio Austro-Húngaro. Luego, existen precedentes en Dinamarca (1918), Finlandia (1925) y Noruega (1926); para ir extendiéndose lentamente a distintos países de Europa, incluyendo el Reino Unido en 1930, algunos estados Norteamericanos. Hoy en día, un total de 165 países cuentan con un régimen de seguro obligatorio, de los cuales 105 tienen cobertura tanto de daños personales como materiales, y el resto, en general con cobertura solo para daños personales, con algunas mínimas excepciones (Huber, 2011).

Esta breve reseña histórica, pone de relieve la trascendencia que los individuos han asignado a lo largo del tiempo al mercado de los seguros, que en definitiva es lo que lo distingue de otros modelos contractuales. Sobre todo si se tiene en cuenta que, además de la significación económica que representan para un sector, estos contratos acarrear un objetivo social, que involucra a toda la comunidad. Ambos aspectos, que a la fecha, no han perdido vigencia.

### **1.2.2 Desarrollo en Argentina**

Si bien los principios de este instituto reconocen un fuerte antecedente en el ámbito internacional, consideramos prudente analizar los comienzos en nuestro país. Llegados a este punto, podemos adelantar que, se observa un gran impacto de la situación económica y política de la zona.

Así, en la “Nueva España”, resulta curioso el informe enviado a España, elaborado en el año 1789, por el Virrey Loreto, donde se refiere al estado del comercio –en ese entonces- en la región de la siguiente manera:

No se conoce ninguna casa y todas en la remesa de sus caudales recurren a España; siendo difícil que según la actual constitución de este comercio, se establezca este giro, porque además de no haber casas suficientemente acaudaladas para ello, concurre la circunstancia de que en Europa se corren pólizas por un tanto por ciento muy proporcionado a los riesgos actuales (Documentos referentes a la Guerra de la Independencia y emancipación política de la República Argentina y de otras Secciones de América a que cooperó desde 1810 a 1828 (p. 339).

Nótese, a su vez, el relato que realiza De Mercado (1977) en el que se describe el trato que tenía España con Indias y la apreciación que se hacía en ese entonces al respecto:

En todos los actos exteriores del hombre, como cultivar, granjear, aprender, gobernar y aun comer y vestir ha menester compañía y favor de otro o para hacerlos o para continuarlos, especialmente el mercader que trata fuera de la ciudad. Es necesario tener una persona de confianza allá. (...) Las cuales ambas razones tienen particular lugar y fuerza en esta ciudad (Sevilla), por tener el trato en Indias, tierras tan remotas y distantes. Así es común la gente de gradas armar compañías y enviar compañeros. (...) Y no se ha de tener por puesto tan sólo el dinero, sino el trabajo y ocupación, que se suelen apreciar y estimar. (...) Así, los que van a Indias comúnmente no ponen dinero, o muy poco, y ganan mucho, porque se mira -lo que es justo se considere- que hace mucho en tomar un viaje tan largo y tan peligroso de mar y desterrarse de su tierra y natural, habitar y morar a las veces en tierra de trabajosa vivienda, como es Nombre de Dios, Santo Domingo, Honduras, Veracruz (p. 127).

En el año 1784 se establece en nuestro territorio la Agencia de Real Compañía de Seguros Terrestres y Marítimos de Madrid. En ese entonces, el artículo XVI del estatuto de la aseguradora decía “...deberá otorgar sus pólizas de los seguros que hiciera, en términos claros y significativos, sin dejar lugar, a interpretaciones cavilosas...” (Pedemonte, 1973). Con esto queremos significar, el tiempo desde el cual, la legislación arrastra dicha cuestión, que a la fecha no ha sido resuelta. Ello, en virtud de que la redacción de las pólizas aún hoy sigue generando debates.

Por otro lado, debemos señalar que, el comienzo del desarrollo de la actividad comercial y económica en el Virreinato fue la creación del Real Consulado de Buenos Aires a través de una Real Cédula del 30 de enero de 1794, nombrándose a tal efecto a Manuel Belgrano como secretario de dicho organismo. La mencionada institución tenía por objeto el tratamiento de los seguros marítimos y terrestres, debido al comercio existente con la Corona Española.

En este contexto, se crea en nuestro territorio el 7 de noviembre de 1796, la primera compañía de seguros denominada “La Confianza” (<http://www.ssn.gob.ar/storage/Superintendencia/antecedentes>).

En un artículo publicado el 15 de diciembre de 1810 en el diario “El Correo del

Comercio”, bajo el título “De los Seguros”, cuya autoría se le adjudica a Manuel Belgrano, se mencionaba:

La vida de los hombres no debe ser un objeto del comercio; ella es muy preciosa a la sociedad, para ser la materia de una evaluación pecuniaria. Independientemente de los infinitos abusos, que puede ocasionar este uso contra la mala fe, sería aún de temer, que la desesperación fuese alguna vez decidida a olvidar, que esta propiedad no es independiente, que se debe cuenta de ella a la divinidad y a la patria (Pedemonte G. C., 1930, p. 40).

Luego, el 21 de octubre de 1811 se verifica una iniciativa del Triunvirato -tras la caída política de la Junta de Mayo- atribuida a uno de sus Secretarios, Bernardino Rivadavia. Allí, se aconsejaba convocar una junta con capitales nacionales y extranjeros para crear una compañía de seguros que operara solamente en el riesgo de la cobertura marítima (Halperin, 2003). Si bien la propuesta no pudo concretarse, esa fecha ha sido la elegida en nuestro país para celebrar el "Día del Seguro" (Decreto n° 24.203).

Pero, aún no consumada la etapa de reorganización política en nuestro país, un nuevo y prolongado lapso nos ubica en el año 1859. Período en que la Provincia de Buenos Aires, apartada en ese entonces de la Confederación, sanciona el Código de Comercio, obra de Vélez Sarsfield y Acevedo, con una amplia e innovadora regulación –teniendo en cuenta la época- de la actividad aseguradora.

Con este marco político, ese mismo año, Francisco F. Moreno, es quien funda la primera compañía argentina de seguros y a la que denomina, "Compañía Argentina de Seguros Marítimos S.A."

Posteriormente, se constituyeron compañías de origen nacional, y se radicaron empresas extranjeras a causa del crecimiento de la economía nacional generado por la implementación de un esquema agroexportador propulsado por la denominada "Generación del 80" (<http://www.ssn.gob.ar/storage/Superintendencia/antecedentes.htm>).

Durante la presidencia del Miguel Juárez Celman se dicta, el 21 de marzo del año 1890, un decreto por el cual se da inicio a la supervisión administrativa de las empresas de seguros, creándose a tal efecto un Cuerpo de Inspectores de sociedades anónimas. Esta entidad, cumplió con su actividad de contralor hasta 1897; año en el que se crea la Inspección General de Sociedades, que devino con posterioridad, en la actual Inspección General de Justicia (IGJ).

En la primera mitad del siglo XX el Estado Nacional comienza a ejercer el contralor y poder de policía, a fin de supervisar a todas las compañías que se venían desarrollando en el país.

En esta etapa, nació la Superintendencia de Seguros de la Nación mediante el

Decreto n° 108.295, del día 21 de junio del año 1937, durante la gestión del presidente Agustín P. Justo. Sin embargo, la inauguración formal fue el 4 de agosto del año 1938, siendo su primer superintendente César Sáenz.

Consecuentemente, y más adelante, se dictaron las leyes n° 17.418 el 30 de agosto del año 1967 que se refiere a aspectos centrales del contrato del seguro; la Ley n° 20.091 del 11 de enero del año 1973 que establece el régimen de las entidades aseguradoras y su control; y la Ley n° 22.400 del 11 de febrero del año 1981 que regula la actividad de intermediación de los productores y asesores de seguros.

Como bien veremos más adelante, dichas normas se encuentran, con sus respectivas modificaciones, aún vigentes.

### **1.2.3 La seguridad como meta**

Los desafíos que presenta el seguro varían de región a región, de individuo a individuo, y se manifiestan de diferentes maneras, según las especificidades culturales. Si bien no es posible hablar de la seguridad humana en sentido general, pues ésta depende del país, de un lugar y de un momento particular, sí podemos hacer referencia a su contemplación, en el contexto internacional.

Antes de la formación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la noción de seguridad estaba centrada en el Estado y en los principios de soberanía estatal, conforme fue establecido por el Tratado de Westfalia de 1648 y cuyas reminiscencias aún se mantienen. La conceptualización giraba en torno a la integridad territorial, la estabilidad política, los arreglos militares y de defensa, y las actividades económicas y financieras.

Más adelante, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 la seguridad ciudadana se configura como una modalidad específica de la seguridad humana, concretamente, de la seguridad personal.

Como bien establece el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la seguridad es:

Aquella situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizados el pleno goce de sus derechos humanos y en la que existen mecanismos, instituciones eficientes para prevenir y controlar las amenazas o coerciones que puedan lesionar tales derechos de forma ilegítima... (IIDH, 2007).

Con el paso del tiempo, la reflexión que se ha efectuado en relación al término seguridad ha ido integrando más ideales, que se advierten en las sucesivas disposiciones que se han ido adoptando en el ámbito internacional. Sobre todo, a

medida que se ha tomado dimensión, respecto de las diferentes situaciones generadoras de peligro para la humanidad.

Esta garantía, en el ámbito interno, encuentra recepción al amparo del art. 42 de la C.N., y abarca como objeto de la obligación de seguridad, la persona y también los "intereses económicos" (Vázquez Ferreyra, 1988).

Entonces, lo que no cabe duda, es que el seguro viene a proteger y a brindar seguridad, de allí su importancia.

A modo de conclusión podemos afirmar que la seguridad es un derecho que le pertenece a toda la ciudadanía, en virtud del cual el Estado debe adoptar todos los instrumentos legales posibles, para su efectivo cumplimiento.

#### **1.2.4 Función social y económica**

Desde un punto de vista filosófico y conforme hemos hecho mención en nuestra reseña histórica, una de las atribuciones más importante que tiene el seguro para la población, es su función social.

Al mismo tiempo, presenta un papel fundamental en la economía general de un país; dado que favorece el desarrollo económico y éste, a la vez, hace crecer las exigencias al seguro.

Incluso podemos afirmar, que es una de las expresiones más ponderadas de la evolución macroeconómica. Prueba de ello es que en ocasiones, se utiliza como parámetro económico la recaudación de primas. En forma genérica, debemos mencionar las siguientes virtudes: elimina la incertidumbre económica sobre el futuro logrando aumentar la eficiencia, estabiliza la riqueza, combate la pobreza y estimula el ahorro.

De alguna manera, el seguro apunta fundamentalmente a eliminar en los asegurados, cierta incertidumbre económica que de un futuro incidente se pueda llegar a derivar. A la vez, permite a las personas o empresas, aumentar su eficiencia, en el logro de sus objetivos. Así, el seguro se presenta como una herramienta de estabilidad económica, evitando que las consecuencias derivadas del ejercicio de una determinada actividad, puedan llevar al responsable a un estado de pobreza. Consecuentemente, la función económica del seguro es doble, dado que garantiza la reparación del daño para aquél que la padece, y mantiene la situación económica del contratante.

Mientras que la finalidad social del seguro se consolida en razón de que

permite a los beneficiarios, a través del cobro de la indemnización o beneficio, volver – en principio- al estado inmediato anterior al momento en que se produce el siniestro. Esto se logra, estimulando la previsión en las personas, y generando un mayor sentido de la responsabilidad en la ciudadanía.

Cabe señalar que en algunos países el papel inversor de las instituciones dedicadas a prestar servicios de seguro, es de gran importancia dado que se trata capitales que no pueden ser retirados de un día a otro. Sino que son inversiones a largo plazo, lo que lo convierte en una fuente de capital duradera. Si bien en una economía tan frágil como la nuestra, dicha imposición podría llegar a ser confiscatoria en atención a la depresión de la moneda nacional, no cabe duda que el sistema debe orientarse en esa dirección.

En conjunto, todo lo argumentado nos permite afirmar que por la naturaleza del bien jurídico que el seguro pretende proteger, y el interés social que ello implica, aquél debe prevalecer sobre cualquier interés individual.

Estas afirmaciones, ponen en evidencia la orientación que debe regir, cuando se debate sobre la importancia del seguro.

### **1.3 Integración del contrato de seguro**

Con base en las concepciones ya descritas, nos incumbe ahora analizar la formación del contrato de seguro.

En este ámbito, si bien encontramos grandes cantidades de artículos doctrinales, la diversa interpretación que existe en torno a algunas cuestiones fundamentales, no hacen más que poner de manifiesto la eterna imprecisión en que a menudo se incurre. Y ello es así puesto que, continuamos debatiendo sobre los principios del sistema de seguros, criterios de interpretación de las pólizas, y al mismo tiempo continuamos produciendo, gestionando y operando este tipo de contratos.

Sin embargo, esta apreciación, no significa ignorar la expansión de la actividad aseguradora y la creciente ingeniería contractual que de ella se deriva hacia diferentes ámbitos, que transcurren en diversos contextos, y por ende, escapan a la normativa vigente. Menos aún, pretende minimizar su importancia. Sino, todo lo contrario.

De modo tal que, estimamos conveniente continuar nuestro análisis exponiendo el contenido de este instituto, a través de su esquema básico de conformación.

### 1.3.1 Precisión conceptual

Dentro de las acepciones que representa el instituto, existe unanimidad doctrinaria en afirmar que el contrato de seguro, es aquél por el cual el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, para el caso de que se produzca el evento - cuyo riesgo es objeto de cobertura-, a indemnizar el daño producido. Entonces, la aseguradora asume las consecuencias que la verificación del daño pudiera llegar a ocasionar, a cambio de una contraprestación o prima. De otro modo, y desde una perspectiva económica, “compra”, y en caso de corresponder, asume las consecuencias de la producción del evento dañoso, que el contratante no está dispuesto a solventar.

Ello se advierte claramente en el art. 1 de la Ley de Seguros n° 17.418, que lo define de la siguiente manera: “Hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto.”. Así, vemos que, en general la Ley mantiene elementos tipificantes e inalterables respecto de las distintas modalidades de contratos de seguro que pudieran llegar a existir.

Como bien afirma Antígono Donati (Ruiz Rueda, 1978, p. 49), es un “negocio en el que el asegurador, contra el pago u obligación del pago de una prima, se obliga a resarcir al asegurado de las consecuencias de un hecho dañoso incierto, siempre dentro de los límites convenidos”.

Con una visión integradora, refiere Fernando Sanchez Calero (1999) que:

(...) contrato de seguro es aquel por el que el asegurado se obliga, mediante el cobro de una prima para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a satisfacer al asegurado, o a un tercero, las prestaciones convenidas (p. 397).

Por su parte, Abel V. Veiga Copo (2009) señala que el seguro es aquel:

Contrato por el que una entidad aseguradora a cambio de una contraprestación dineraria se obliga a reparar, asistir o indemnizar a otra (asegurado) o a quien ésta ordene los daños sufridos por la verificación de un suceso o evento futuro e incierto acaecido dentro de los límites pactados (p. 41).

Desde un enfoque distinto Rubén Stiglitz (2010, p. 75), afirma:

(...) el seguro es un contrato celebrado a título oneroso, entre un consumidor final –persona física o jurídica–, con una persona jurídica que, actuando profesionalmente, se obliga, mediante el pago de una prima o cotización a prestar un servicio, consistente en la asunción de riesgos mediante coberturas asegurativas. Y que, eventualmente, se extiende al resarcimiento de un daño o a cumplir con la prestación convenida si ocurre el evento previsto (p. 75).

De las definiciones doctrinales citadas se advierte que, el miedo a la producción del daño, y el costo económico que de aquél se puede llegar a derivar, es

lo que genera en el contratante, la necesidad de trasladar a otro esa incertidumbre.

Pues bien, de acuerdo a lo ya expresado, podemos afirmar con certeza que el seguro, produce una transferencia del riesgo que evita sin duda la incertidumbre –a un sector de la población–, y mantiene un patrimonio o una riqueza constante (Polinsky, 2003). Cabe destacar que esta incertidumbre, incluye tanto al contratante como a los ciudadanos –en forma genérica–, que se pueden ver expuestos a la producción de un determinado daño.

En esta idea, y conforme ya hemos hecho mención (1.2.4), agrega al respecto Halperin (1966) que, además de sus virtudes morales, crea seguridad, capitales y crédito. De ahí que ya no es suficiente cumplir con imposiciones legales, sino que éstas deben tener en cuenta las sustancias de las democracias encarnadas por los derechos fundamentales.

Lo expuesto significa que, la Ley precisa adaptarse a las nuevas tendencias, ya receptadas en nuestra legislación constitucional. Sobre todo, teniendo en cuenta el proceso de constitucionalización de los derechos civiles que se ha efectuado con la reforma del año 1994.

Más aún, debemos señalar que este llamado a reevaluar el instituto, sin perjuicio de que nuestra precisión es desde el aspecto jurídico, no puede obviar su incidencia económica, dado que conforme advierten los especialistas del sector, las primas de seguros privados representa aproximadamente el 8% del PBI mundial (Liedtke, 2007).

### **1.3.2 Componentes**

El negocio económico que implica la contratación del seguro, se evidencia a través de la formación del contrato, que se integra con la presencia de ciertos elementos que si bien, no siempre se encuentran claramente delimitados por disposiciones concretas, en ocasiones son introducidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Por ello, a continuación, abordaremos de forma breve, su tratamiento.

#### **1.3.2.1 El asegurador**

El asegurador es aquél que asume el riesgo y, por ende, se obliga a indemnizar el daño generado por la producción de un evento previamente determinado e incierto,

a cambio de la percepción de una prima única, o de sucesivas primas periódicas.

Es menester recordar que únicamente, y conforme lo establece el art. 2 de la Ley 20.091, pueden actuar como aseguradores las sociedades anónimas, las cooperativas y las sociedades de seguros mutuos; los organismos y entes oficiales o mixtos, nacionales, provinciales o municipales.

Además, aquéllas entidades que desean desarrollar esta actividad, deberán obtener la autorización administrativa correspondiente por parte del organismo de contralor, la Superintendencia de Seguros de la Nación (art. 7.1 de la Resolución 21.523/92).

Más allá de lo que dispone la normativa, en la realidad, la empresa de seguros es propietaria del conocimiento y de un capital inicial, que coloca sus servicios como tal en el mercado a disposición de empresas y personas físicas.

Conforme precisa Ghersi (2008):

La empresa de seguros tendrá como mínimo estas dos lógicas: querrá obtener una tasa de beneficio a través de los negocios y asimismo en cada uno de ellos tratará de maximizar su ganancia, para realizar un proceso mayor de acumulación de capital (que destinará a mejorar la cualidad de la empresa en competencia con otras empresas de seguros y otorgar mayor rentabilidad a los capitalistas) (p. 9).

### **1.3.2.2 El asegurado**

El segundo sujeto e interés que concurre para la formación de este contrato es el del asegurado, quien suele ser una persona física o jurídica, a quien Garrigues (1983) define como “suscriptor del contrato, que asume las obligaciones frente al asegurador”.

Es el titular de la relación jurídico-económica que lo une con el objeto del contrato y sufre como consecuencia de ello, la incertidumbre en la producción del evento dañoso que pretende que sea asegurado; ya sea parcialmente o en su totalidad, por la aseguradora.

En definitiva, es aquél que tiene derecho a la prestación del asegurador, porque es el titular del interés asegurado (Vázquez de Mercado, 1989, p. 263).

Más allá de lo que oportunamente desarrollaremos, queremos dejar sentado que este derecho, en ocasiones, también le corresponde al damnificado. A su vez dependiendo de la actividad que el asegurado desarrolle este derecho a contratar es aparente, en la medida que la contratación del seguro es obligatoria.

### **1.3.2.3 El tomador**

El tomador del seguro es la persona que contrata en nombre propio con el asegurador, y suscribe con él la póliza. Es el titular de las obligaciones, y, en su caso, de los derechos derivados del mismo.

Si el tomador contrata en nombre propio y por cuenta propia, asume también, la condición de asegurado. Pero si contrata en nombre propio, pero por cuenta ajena, los deberes y obligaciones derivados del contrato corresponden al tomador, salvo aquellos que por su naturaleza deban ser cumplidos por el asegurado. Entonces, cuando nos referimos al tomador, podemos definirlo como el sujeto que contrata “en favor de terceros”.

Para una mayor claridad sobre el tema, estimamos conveniente citar a Halperín (1993) quien al respecto señala:

El seguro puede celebrarse por el propio interés asegurable (y así coincidirá el tomador o contratante del seguro y el asegurado), o puede celebrarse por un tercero (tomador) para amparar el interés de otro (determinado o determinable), que es el asegurado, con mandato o sin mandato... Cuando el tercero contrata el seguro por representación del titular del interés, como efecto de esa representación el contrato surte directamente sus efectos entre asegurado y asegurador, pero para asegurar la reticencia se tomarán en cuenta el conocimiento y la conducta del representado y del representante... Cuando se celebra por cuenta ajena, así debe declararse; de lo contrario, se presume que ha sido celebrado por cuenta propia (p. 43).

Otra figura que usualmente es confundida con la del tomador es la del beneficiario. Aquél, por el contrario, es la persona a cuyo favor se contrata el seguro. Es un sujeto ajeno al contrato, que en virtud de su designación como tal puede percibir la indemnización. Particularmente, aparece en determinados tipos de seguro (seguro de vida).

### **1.3.2.4 El interés**

El término interés ha sido entendido por la doctrina y jurisprudencia como la relación jurídica-económica que une a un sujeto con un bien o una cosa (Veiga Copo, 2009).

De allí la importancia de este elemento, dado que vincula a la cosa con el sujeto (asegurado) para quien aquélla, representa un valor que el asegurador debe indemnizar, conforme lo previsto en el contrato.

Enfatiza al respecto el tratadista español Broseta Pont (1971, p. 535) “el interés

asegurado es la relación entre una persona (asegurado) y una cosa, derecho o patrimonio (objeto asegurado) susceptible de valoración pecuniaria, relación que puede sufrir un daño por consecuencia de un evento o suceso determinado”. De allí que el interés económico que una persona posea sobre un bien que se encuentra expuesto a cualquier tipo de riesgo, es lo que resulta asegurable.

Halperin (1966) advierte que el asegurador debe compensar la destrucción o disminución del valor de la cosa, entendida ésta como una unidad objetiva. Dicha afirmación, comprendemos, supone admitir que la cosa o el bien no es el objeto del seguro, sino todos los seguros de la misma cosa serían económicamente iguales, o bien, la cosa determinaría el contenido de los seguros.

Por lo que, existen varias posturas al respecto; algunos consideran que es presupuesto o condición de validez del contrato, otros objeto de aquél. Pero lo cierto es, conforme reflexiona Santi (2011), dicha cuestión sólo tiene relevancia teórica, en la medida que no puede haber aseguración válida sin interés.

La cuestión, adquiere especial relevancia cuando el art. 2 de la LS señala “El contrato de seguro puede tener por objeto toda clase de riesgos si existe interés asegurable, salvo prohibición expresa de la ley”. Ello, se traduce en una clara preocupación por eludir a los contratos ilícitos, y en la obligatoriedad del interés, para la legalidad del seguro.

Si bien, conforme hemos reseñado, el vocablo interés puede derivar en diversas acepciones, a los efectos que pretendemos aquí evidenciar estimamos prudente establecer que el interés es la valoración psicológica que realiza el asegurado sobre la posibilidad de que ocurra un siniestro, que será apreciada económicamente en el contrato, para el caso en que el evento dañoso se produzca.

### **1.3.2.5 El riesgo**

El riesgo, es el motivo generador del contrato; es aquello que se pretende prevenir, y así anticiparse a las posibles consecuencias que pudieran llegar a derivarse si el acontecimiento se produce.

Se presenta como la causa determinante de la celebración del contrato, cuyo contenido se traduce en la eventualidad respecto a la realización de un posible siniestro.

De acuerdo con lo afirmado por Morandi (1971), sin riesgo no hay seguro posible. La LS en el art. 3 hace alusión expresa a esta idea dado que establece: “El contrato de seguro es nulo si al tiempo de su celebración el siniestro se hubiera

producido o desaparecido la posibilidad de que se produjera”.

Sus características son: la incertidumbre, que sea en futuro, y que no dependa de la voluntad de las partes; puede consistir en daños o pérdidas, o afectaciones futuras (lucro cesante).

Cabe destacar que, la agravación que por cualquier causa experimenta el riesgo asegurado y que puede llegar a influir en la estimación de su grado de peligrosidad, debe ser inmediatamente comunicada al asegurador, para que éste pueda cobrar la nueva prima que corresponda, o proceda a la anulación de la póliza.

Por el contrario, si el riesgo disminuye durante la vigencia de la cobertura, el asegurado tiene derecho a la reducción de la prima. La complejidad que presenta la noción de riesgo, se evidencia en el siguiente criterio jurisprudencial:

El riesgo se individualiza, precisa y delimita en la póliza, precisión que puede resultar en forma positiva por la limitación del riesgo asumido, o en forma negativa por las exclusiones enumeradas, sea en las condiciones generales o en las particulares de póliza (CNCiv. Sa. F, 25/4/79, "Varela c/ Veron").

En efecto, y en miras a alcanzar dicha finalidad, el "estado del riesgo" - constituido por el conjunto de circunstancias de hecho que le permiten al asegurador formarse una opinión de su peligrosidad al momento de suscribir el contrato- debe estar perfectamente delimitado en la convención.

Todo esto implica que en la práctica, no todo riesgo es asegurable y, tampoco puede permitirse la asegurabilidad de todo tipo de riesgo.

### **1.3.2.6 La Prima**

La prima constituye la obligación principal del contratante y, consiste en la aportación económica que ha de abonarse por la contraprestación de la cobertura de riesgo que la aseguradora ofrece. Ambas obligaciones, están correlacionadas con el concepto de contrato de seguro instituido por el artículo 1 de la LCS (1.3.1).

Es un elemento fundamental del contrato de seguro. Desde el punto de vista de la técnica aseguradora, ello es así, porque la acumulación de primas permite constituir los fondos necesarios para hacer frente, al pago de los siniestros. Y desde el punto de vista jurídico, porque el seguro es un contrato oneroso.

El siguiente criterio jurisprudencial, no hace más que reafirmar la importancia de su cumplimiento:

El pago de la prima está en el seguro formulado a la vez como obligación y como carga. Esta última deriva del hecho de que, a la falta de pago, se la vincula a una *suspensión* de cobertura que, como veremos, constituye una variante particular de la caducidad asegurativa... El contrato de seguro se

caracteriza por su naturaleza contractual perfeccionándose por el acuerdo de voluntades y es a partir de allí donde nacen los derechos y obligaciones para ambas partes. Cuando se acepta la propuesta se demuestra la real voluntad de los intervinientes al respecto que, en el caso, se tradujo en la previsión de las consecuencias de la falta de pago, no obstante la entrega de la póliza (conf. ley 17.418, art. 4) (SCJBA, 18/5/2011, "López, Elizabeth c/ Aletto, Cecilia y otro. s/ Daños y perjuicios")

Por ello, basados en dichas pautas, resulta necesario distinguir entre "falta de cobertura" y "no seguro".

Existe falta de cobertura cuando, estando vigente la póliza el asegurador está eximido del pago del siniestro. Esta situación generalmente se produce cuando el asegurado no se encuentra al día en el pago de la prima y por tal motivo, el asegurador no está obligado a cumplir con la indemnización.

En cambio en el caso de no seguro, nos encontramos frente a una circunstancia en la que no hay póliza vigente que vincule al asegurable con el asegurador, ya sea porque el contrato nunca se celebró, o porque la póliza se encuentra vencida o anulada.

En definitiva, cuando hay falta de cobertura el contrato se encuentra vigente en todos sus aspectos, excepto en la obligación de abonar el siniestro por parte de la aseguradora.

Es importante destacar que ante el no pago de la prima por parte del asegurado el art. 56 de la Ley de Seguros establece un término de 30 días para que la compañía se pronuncie ante la denuncia de un siniestro. Si la aseguradora no lo hace en el plazo fijado se tiene por reconocido el derecho del asegurado.

Consecuentemente, si la compañía no cumple con el deber de expedirse en término previsto por la ley, podrá ser obligada a hacerse cargo de un siniestro, aun cuando la póliza no contara con cobertura financiera. Así lo entendió la Sala C de la Cámara Nacional en lo Comercial en los autos "T. R. A. c/Compañía Royal & Sun Alliance Seguros s/ ordinario" (7/3/2008):

(...) No constituye excepción al deber de pronunciarse el estado de suspensión de la cobertura, ya que precisamente dicha circunstancia debe ser contenido del pronunciamiento exigido al asegurador para evitar que su silencio sea interpretado con los efectos de una aceptación. La suspensión de la cobertura causada por la falta de pago de las primas provoca la cesación temporaria de la garantía otorgada por el seguro, de modo que, si se verifica el siniestro durante el tiempo de la suspensión, el asegurador está eximido de cumplir con su obligación de indemnizar. Sin embargo, tal extinción del derecho de la aseguradora no se produce ipso iure, en el mismo instante del incumplimiento, sino recién cuando el asegurador invoca la existencia del mismo para liberarse y siempre, claro está, que la declinación de responsabilidad de la aseguradora se efectivice dentro del plazo otorgado por el art. 56 de la ley 17.418.

### 1.3.3 La póliza

La póliza es el instrumento escrito en el cual constan las condiciones del contrato. Aunque no es indispensable para que exista, la práctica aseguradora lo ha impuesto sin excepciones. Es el documento principal del contrato de seguro, dado que allí, se vislumbran los derechos y obligaciones de las partes.

Las condiciones generales suelen estar impresas, mientras que las particulares están normalmente mecanografiadas, por lo que usualmente constan de dos partes. En la primera, se insertan las cláusulas particulares del contrato, y en la segunda, figuran las condiciones generales del seguro del que se trate. Generalmente éstas son uniformes para todas las convenciones de determinada tipología, y en principio, deben ser aprobadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación (Res. 33.463/2008 de la SSN).

Por ende, la naturaleza jurídica y efectos que se derivan de estos contratos, no se encuentra precedido por un acuerdo entre las partes; la preformación y la prerredacción unilateral, son sus características esenciales.

Esta cuestión ha despertado gran interés en la doctrina, desde hace tiempo. En efecto Sobrino (2009, p. 95) destaca la existencia de la primera tesis que ha podido encontrar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que aborda la temática de seguros, del año 1892, cuyo título es “Seguros contra Incendio” y donde el autor Santiago Hechart manifestaba “...las estipulaciones de las pólizas forman la ley de los contratantes...”.

Hasta aquí parece sencillo, pero lo cierto es que la redacción de las pólizas genera serios inconvenientes. Fundamentalmente, porque la terminología implementada para su redacción es muy especializada, excesivamente sintética y en la mayoría de las ocasiones, confusa.

Al respecto William F. Young (1967) precisa que desafortunadamente la industria del seguro se ha transformado en adicta a la práctica de establecer en las pólizas una condición o excepción sobre la otra en la forma de una torre de Babel lingüística. Nosotros estamos con aquellas Cortes que vituperan de estas inclinaciones que, tanto sumergen al asegurado en un estado de incertidumbre, como obligan a la judicatura a resolver el conflicto. Por ello, enfatiza el autor, reiteramos nuestro ruego de claridad y simplicidad en las pólizas que cumplen un servicio público tan importante.

Sería extraño que un ciudadano, lo que incluye ciertamente a los abogados, pueda comprender en su totalidad la complejidad que presenta la redacción de una póliza. Ello enfatizado, a causa de las erróneas traducciones que se realizan en

nuestro país, de los contratos que se elaboran en el extranjero.

Resulta apropiado citar aquí a Barrón de Benito (1999) quien al respecto hace mención a una obra del novelista John Grisham (1997) cuyo título es “Legítima Defensa” en la que el protagonista reflexiona:

Tengo casi la absoluta certeza de que en algún lugar de la póliza debe haber una pequeña cláusula de exclusión, apenas legible y ciertamente indescifrable, introducida por unos malabaristas jurídicos que a lo largo de las décadas reciben unos generosos honorarios y se dedican a redactar cláusulas en letra menuda.

Y aunque esto parezca una simple curiosidad, ello es lo que ocurre en el ámbito jurídico en materia de seguros, a diario.

En esta senda Darío A. Sandoval Shaik (2013) reflexiona:

El abogado y los jueces deben concurrir ante este vicio en la libertad del adherente, para ofrecer una protección legal fundamentada en la existencia de dicho vicio. En un sentido actual ha de concebirse que de cara a la manifestación de voluntad realizada por el adherente, se practica una especie de forcejeo económico, una suerte contemporánea de coerción económico-psicológica; una novedosa violencia contractual, que tiene su génesis en el desequilibrio entre los contratantes –perfil característico de nuestra sociedad– y cuando es lesivo, en los abusos, en las desproporciones de esa situación de predominio contractual. Desde esta perspectiva, las condiciones generales serán objeto de revisión o anulabilidad judicialmente siempre y cuando le ocasionen un perjuicio al adherente.

#### **1.3.4 El Siniestro**

En la práctica aseguradora, el siniestro puede ser definido como la manifestación del riesgo asegurado. Es un acontecimiento que origina daños concretos que se encuentran garantizados en la póliza, obligando a la aseguradora a restituir, total o parcialmente, al asegurado o a sus beneficiarios, el capital garantizado en el contrato del seguro.

Formalmente, se manifiesta a través de la realización de la eventualidad prevista en el contrato, que origina una obligación a cargo de la aseguradora y a favor del asegurado.

#### **1.3.5 El reaseguro**

Los riesgos que técnicamente puede asumir una compañía de seguros tienen un límite. Pero a fin de poder responder en la forma pactada, cuentan con herramientas que le permiten garantizar económicamente, la estabilidad del negocio.

Por ello, cuando algunos riesgos tienen un volumen excesivo para ser asumidos por un solo asegurador o una entidad acumula demasiados riesgos de escaso volumen, surge la necesidad de mantener un equilibrio de los riesgos aceptados que permita a las aseguradoras realizar aquellos contratos en los que el posible pago de indemnizaciones sea de una cuantía tal que no rompa dicho equilibrio. Es por eso que las aseguradoras deban ser cautelosas en la selección de los riesgos que aseguren y de sus asegurados, manteniendo una distribución razonable, segura y rentable. Para obtener compensación estadística de los riesgos y homogeneidad cuantitativa de los mismos, la entidad debe asumir sólo una parte de los mismos transfiriendo el resto a otras entidades aseguradoras o compartiéndolos conjuntamente, es decir, recurriendo al reaseguro o el coaseguro (Sandoval Shaik, 2013).

El reaseguro (*reinsurance*) es un contrato mediante el cual un asegurador que ha tomado directamente un seguro traspasa parte de él a otro asegurador, que, por consiguiente, asume la responsabilidad de pagar la proporción que le corresponda en el caso de que ocurran los riesgos previstos en el seguro contratado (Diccionario MAPFRE de Seguros).

En definitiva, esta metodología sirve para distribuir entre otros aseguradores los excesos de los riesgos de más volumen, permitiendo el asegurador directo (o reasegurado cedente) operar sobre una masa de riesgos aproximadamente iguales. Por ende, para evitar el desequilibrio que puede producir la falta de uniformidad de los capitales, las compañías reaseguran la parte de los seguros que excede el límite normal de los capitales asegurados. Esta metodología garantiza, de alguna manera, la estabilidad económica de estas empresas.

### **1.3.6 Aleatoriedad gestionada**

La relación que se genera a partir del contrato de seguro nos permite afirmar que es consensual, bilateral, oneroso y aleatorio. La aleatoriedad tiene que ver con la incertidumbre de que un determinado evento llegue a verificarse o no, y esta característica es determinante en materia de seguros.

Como hemos podido advertir, nuestro objeto de estudio es una institución de gran complejidad técnica debido, entre otras cuestiones, a las inversiones, constituciones y cálculos de probabilidad que se utilizan para su confección.

Siendo un contrato de riesgo, aquél que puede llegar a padecerlo, transfiere - los efectos económicos que puedan llegar a generarse por el acontecimiento

asegurado- a una cobertura, cuya actividad consiste precisamente en soportar los riesgos ajenos. Explicita al respecto Garrigues (1983)

Si la esencia del seguro consiste en poner lo seguro en lugar de lo inseguro, lógicamente, para que exista la institución tiene que haber alguna inseguridad o "incertidumbre". Nadie busca un seguro contra acontecimientos imposibles; nadie lo concede contra acontecimientos ciertos. Ésta es la postura lógica inversa del asegurado y asegurador. Sólo se concibe un contrato de seguro cuando ambas partes o una de ellas desconoce, o bien la posibilidad, o bien la necesidad del hecho temido (p. 13).

Y es que el eje del convenio, gira alrededor del riesgo y su producción; consecuentemente el contrato es sustancialmente aleatorio. En efecto, para que se perfeccione es necesaria la existencia de un riesgo transferible, y para que nazca la obligación del asegurador -indemnizar- el riesgo debe acontecer, y así se convierte en siniestro. Pero esta singular característica, no deja de lado la idea de que la aseguradora busque huir de la aleatoriedad.

Aquí pretendemos apartar la concepción que equipara a estos contratos con un juego de azar, por eso hablamos de la aleatoriedad gestionada, porque el riesgo transferido ha sido debidamente estudiado, calculado y recalculado por el asegurador. Para ello, quien asegura el siniestro ha tenido en cuenta diversas estadísticas y cálculos actuariales que le permiten tomar o no, la decisión de suscribir el contrato. Claramente ello no le ocurre al contratante, quien desconoce la cantidad de litigios pendientes y plazos de pago que tiene el asegurador; y que en varias oportunidades, se encuentra obligado a contratar.

Por eso cuando hablamos de seguros, entendemos que hay que referirse a la aleatoriedad gestionada, y no a la simple aleatoriedad.

### **1.3.7 La doctrina de la muy buena fe**

La buena fe, es un principio rector que determina el ejercicio de los derechos conforme las exigencias morales y sociales. Borda (1965) estima al respecto que "el principio de la buena fe quiere que los contratos sean interpretados y cumplidos como lo haría una persona honorable y correcta" (p. 39). Comúnmente se hace alusión al ejercicio del derecho como un "buen padre de familia", para referirse a su uso adecuado.

Este principio, impone un deber de proceder lealmente en las relaciones jurídicas, e impide ejercitar abusivamente derechos subjetivos y exige desplegar un comportamiento coherente con la confianza suscitada por los actos que haya podido realizar el autor, *venire contra factum proprium non valet* (Diez Picazo y Ponce de León,

1963).

El Código Civil de Vélez Sarsfield incluía el principio general de la buena fe en la posesión (art. 2.356 y cc.), en materia de acción pauliana y pago al acreedor aparente. Carecía en ese entonces, este cuerpo normativo de una formulación expresa, por lo que la recepción del instituto en el ámbito contractual tuvo que ser a través del buen entender jurisprudencial.

Consecuentemente, el Código Civil Argentino, recepta la idea de buena fe en el art. 1198, luego de la reforma introducida por la Ley 17.711, y dispone: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

Nótese que a pesar de encontrarse ubicada en la sección de relaciones contractuales, se vuelve unánime el sentir de que dicha norma resulta de aplicación general a toda relación jurídica (Lopez Zavalía, 1971).

Al respecto, la Corte Suprema de la Nación en autos "Actuar S.A y otro c. Energía Eléctrica S.E." (18/7/2002) ha dicho que el principio de la "buena fe" informa todo el ordenamiento jurídico tanto público como privado, al enraizarlo en las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura.

En este aspecto, podemos destacar que el reciente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación (Ley n°. 26.994), receptó las críticas que se hacían en relación a su incorporación como principio general, por lo que en su art. 9 señala que "los derechos deben ejercerse de buena fe". Asimismo, en materia de contratos el art. 961 establece que

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Ahora bien, cuando hablamos de seguro no podemos hacer alusión a la mera "buena fe", sino, a la muy buena fe. Ello, en razón de la asimetría que existe entre las partes contratantes respecto a la información del riesgo (Illescas, 2014).

La ley, como ya hemos mencionado (1.3.2.5), obliga al contratante a informar el estado del riesgo en forma total y actualizada a la aseguradora, a fin de que ésta última reciba toda la información que considere pertinente, para poder calcular los riesgos correspondientes.

De forma tal que, la mayor información, significará un mayor costo; y aquí es donde se evidencia una contradicción de intereses en el contratante, porque cuanto más información brinde mayor –o no- será el costo de la prima.

En definitiva, al contratante es a quien se le exige que obre conforme a la muy

buena fe, porque será en base a sus dichos que se evaluará el objeto del riesgo, inclusive a su costa. Ello, sin perjuicio de los medios con que cuenta la aseguradora para poder hacer una evaluación más acertada en relación al riesgo que se pretende asegurar. Por su parte, la aseguradora debe obrar de buena fe.

Así pues, razonamos que la buena fe es un principio que no se exige en forma equitativa a los contratantes.

## **1.4 Responsabilidad civil y seguros**

Los cánones imperantes en materia de responsabilidad civil, proponen una adecuación del régimen de seguros a aquélla. En este escenario, resulta innegable la trascendencia e importancia que implica asociar ambas concepciones.

Dado que no es posible entender el régimen de seguros en el transporte público, sin antes introducirnos en el ámbito de la responsabilidad civil, a continuación abordaremos el tema.

### **1.4.1 Nacimiento de la responsabilidad civil**

La noción de responsabilidad civil tiene en su génesis el principio romano *alterum non laedere*; que significa no dañar a otro.

En los comienzos, las comunidades primitivas, permitían a la víctima del daño provocar un perjuicio similar o más gravoso al autor del daño, y en algunos casos, hasta a su grupo conviviente. Esencialmente se basaba en la noción de venganza; y su gran defecto era la desproporcionalidad que existía entre el daño causado y el efectuado como castigo (Lopez Herrera, 2005).

Luego, con la evolución de las normas de convivencia, se comenzaron a gestar ideas, cuya finalidad era alcanzar un sistema más equitativo en cuanto al perjuicio que se podía ocasionar, sobre la persona del responsable. Así, surgió la Ley del Talión (ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, quemadura por quemadura), que está presente en el Código de Hammurabi, las leyes de Manú y Moisés.

En materia de responsabilidad civil, en el Derecho Romano, dicha concepción se encontraba ligada a la responsabilidad penal, por ello no se pudo concebir un sistema de reparación, propiamente dicho. A pesar de lo cual, igual podemos mencionar como antecedente a la Ley Aquilia (287 a.C.), dado que allí se hace

referencia a una indemnización por concepto de daño sufrido. Sin perjuicio de ello, no existía una diferenciación clara de las acciones civiles o penales tendientes a obtener la reparación del perjuicio sufrido; estableciéndose una dependencia del concepto de la reparación respecto de la acción penal, de allí nuestra observación anterior.

En la Edad Media, los primitivos germanos retornaron al Talión, y a la compensación mediante un precio. En los comienzos de nuestro derecho, encontramos su recepción en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real.

Por su parte, el Derecho Canónico sienta el principio de que "no se perdona el pecado, si no se restituye", pasando al campo jurídico a través de una curiosa institución: "*la denuntiatio evangélica*", que consistía en que la restitución se hacía en el altar, y ante el sacerdote. Este se constituye en juez, y establece la relación de proporcionalidad que se debe con motivo de la restitución (Las siete partidas del Sabio Rey Alfonso X, 1831).

Más adelante, los juristas franceses Domat y Pothier recogieron los conceptos fundamentales de la Escuela del "Derecho Natural" estableciendo así una doctrina específica en el campo de la responsabilidad (Lopez Herrera, 2005).

Esta etapa fue determinante en esta materia, ya que logró la separación entre la responsabilidad civil y la penal. Por ende, implicó el nacimiento de la responsabilidad civil.

#### **1.4.2 Concepto**

En una primera aproximación, Bustamante Alsina (1993) sostiene que responder es "dar uno cuenta de sus actos" (p. 67). Pero lo cierto es que esta perspectiva es un género en la especie, dado que en materia de responsabilidad civil, no sólo los actos propios son pasibles de sanción.

En consonancia con este entendimiento, Padilla (1996) refiere que dicho concepto significa "atender patrimonialmente a un requerimiento formulado por el derecho debido al acaecimiento de alguna circunstancia que le sirve de causa" (p. 1).

Entonces, la idea de responsabilidad civil implica que el sujeto generador viene obligado por la Ley a reparar o a compensar a la víctima adecuadamente, por lo que, el deber de responder es una imposición legal a todos los miembros de la sociedad. De allí que como bien Mazeaud y Tunc (1962) indican, es responsable civilmente, quien está obligado a reparar un daño.

Con el transcurso del tiempo, se buscó la conceptualización en la idea de sanción o castigo a un culpable, en virtud de que la responsabilidad no siempre se

encuentra ligada a un factor de atribución subjetivo (culpa), sino en criterios de imputación objetiva.

### **1.4.3 Abordaje legislativo en materia de seguros**

El seguro y la responsabilidad civil son dos fenómenos que se influyen recíprocamente, ya que han ido creciendo al hilo del progreso industrial y tecnológico. Este fenómeno, sin lugar a dudas, ha sido ayudado por la idea del aseguramiento obligatorio para algunos supuestos, dado que generó la creación de un patrimonio solvente e independiente del individuo, destinado a solventar la obligación de reparar.

Además, la difusión del seguro ha generado como consecuencia, un incremento en los supuestos de responsabilidad, primordialmente aquéllos que refieren a la idea de riesgo o peligro. Sobre todo, por aquellos que pueden llegar a generar quienes practican determinadas actividades. De manera tal, que si bien encuentran aceptación en la sociedad, ha comenzado a gestarse una conciencia comunitaria al respecto, provocando la diligencia –y en ocasiones la obligación- en el posible dañador de asegurar los riesgos, que pudieran llegar a derivarse a causa de su accionar.

Tradicionalmente se interpreta que el seguro de responsabilidad civil, cubre el riesgo de ser condenado al pago de una indemnización por daño. El art. 109 de la LS n° 17.418 lo define en los siguientes términos: “El asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato, a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido”.

Garrigues (1983) lo definió de la siguiente manera es “el seguro contra el riesgo de quedar gravado el patrimonio por una obligación de indemnizar, derivada de la responsabilidad civil del tomador del seguro” (p. 427). Y continúa:

Es un seguro contra daños porque el daño es el gravamen que para un patrimonio significa la responsabilidad de su titular. Pero es un daño peculiar, diverso de los demás daños que se aseguran en otro tipo de seguros (...) Concurren aquí dos daños: el que se produce directamente en el patrimonio de un tercero por consecuencia de la conducta del tomador del seguro y el que, por consecuencia de aquél, recae sobre el patrimonio del asegurado al nacer para éste la obligación de reparar un daño. En último término, el daño que va a reparar el seguro se manifiesta bajo la forma de una sentencia judicial ejecutable sobre el patrimonio del asegurado.

Y ello es así, puesto que lo que se asegura es el riesgo de incremento del pasivo del asegurado, a consecuencia de una deuda cuya génesis es el reclamo por daños de un tercero. Claro que, la amplitud de la cobertura -indemnidad del

asegurado- impone a la aseguradora la necesidad de delimitar el objeto del seguro, y por tanto los riesgos que una vez concretados, puedan dar lugar a la responsabilidad del asegurado.

#### **1.4.4 La legislación civilista**

El Código Civil de Vélez Sársfield no siguió un tratamiento unitario de la responsabilidad civil, y separó la responsabilidad contractual de la responsabilidad por hechos ilícitos.

El método allí empleado, actualmente, es puesto bajo la lupa de los valores y el avance jurídico del siglo XXI. Por sobre todo, se critica el doble régimen de responsabilidad (contractual y extracontractual), y la dispersión de algunos de sus artículos, como por ejemplo las consecuencias de los hechos.

Sin embargo, conforme advierte Lopez Herrera (2005) “debemos tener en cuenta que al momento de su sanción el Código recogió alguna de las disposiciones más novedosas de ese entonces, y que en algunos aspectos, como ser la causalidad, fue el primero en su tiempo” (p. 43).

Debe señalarse que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que comenzó a regir a partir del 1° de agosto de 2015 (Ley 27.077), elaborado por la Comisión designada por el Decr. 191/2011, se hizo eco de las nuevas tendencias e introdujo nuevos criterios en materia de responsabilidad civil, que ya se venían receptando en algunos fallos judiciales.

Sin carácter exhaustivo, podemos mencionar algunas incorporaciones y modificaciones que se hicieron en materia de responsabilidad civil:

1. La integración de normas vinculadas a las funciones preventivas y sancionatorias de la responsabilidad civil (art. 1708) -cuestiones no reguladas en el Cód. Civ. actualmente vigente.

2. Se unifica la responsabilidad contractual con la extracontractual en base al principio general de no dañar (art. 1716). En este aspecto debemos enfatizar, que la homogeneidad recae en lo relativo a los aspectos generales que determinan la responsabilidad por daños; la problemática del incumplimiento y su ejecución, es regulada en el campo de las obligaciones y contratos.

3. En materia de daño no patrimonial (daño moral), se amplían los legitimados activos (ascendientes, descendientes, convivientes), situación que ya venía siendo receptada por la jurisprudencia, hace tiempo (art. 1741).

4. Se otorgan facultades al juez para atenuar las indemnizaciones (art. 1742) y,

se fija un principio general de invalidez de las cláusulas que eximan o limiten la obligación de indemnizar, bajo criterios generales de interpretación de las cláusulas (art. 1743).

5. Se fijan parámetros para establecer las indemnizaciones (arts. 1745 y 1746) por causa de muerte de la persona o por lesiones o incapacidad física o psíquica, con una marcada tendencia a la reparación integral.

6. Los daños causados por cosas riesgosas, viciosas, actividades riesgosas o peligrosas, engloban este supuesto en el ámbito de la responsabilidad objetiva (art. 1753).

Las actividades riesgosas o peligrosas como un supuesto de responsabilidad objetiva (art. 1757) es reflejo de la interpretación actual del artículo 1113 del Cód. Civ. Las mismas reglas se aplican en supuestos de daños causados por animales, sean feroces o no, eliminándose de este modo la distinción que realiza el Cód. Civ. en la materia.

7. En cuanto a la convivencia de las acciones civiles y penales

a) Se reafirma el principio de independencia de dichos procesos, resultantes de un mismo hecho, y la posibilidad de ejercicio de la acción civil en el proceso penal, sujeta a lo dispuesto en las normas procesales.

b) Se regula la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto se resuelva en sede penal la cuestión, como principio, y se establecen las excepciones a la suspensión, de acuerdo a las reglas que rigen hoy en el Cód. Civ. y las incorporadas por la jurisprudencia (dilación excesiva del proceso penal y supuestos de responsabilidad objetiva).

c) Se fijan las reglas de influencias de la sentencia penal sobre la decisión civil, también en concordancia con las soluciones que el Código, y su interpretación, fijan en la materia.

d) Se determinan las reglas para la revisión de la acción civil por sentencia penal posterior, las que proceden sólo por excepción, y en los supuestos determinados por la ley.

8. Establece expresamente que la responsabilidad civil tiene tres funciones: preventiva, resarcitoria y sancionatoria (art. 1710).

9. Si bien fija como regla general que los factores de atribución y las eximentes de responsabilidad deben ser probados por quien los alega, como excepción permite a los jueces aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas (art. 1734).

10. Las acciones por responsabilidad civil prescriben a los tres años (art. 2561).

### **1.4.5 El seguro obligatorio de responsabilidad civil en automóvil**

El derecho es una herramienta indispensable para que la convivencia humana sea posible; lo que en ocasiones se logra, instaurando un sistema que genere en el sujeto la obligación de responder.

La frecuencia con la que se generan los accidentes de tránsito y los fallecimientos que de allí se derivan, han comenzado a tener relevancia en los índices de mortalidad de los distintos países. Ello, obviamente, reconoce diversas causas.

Por su parte, afirman Horacio Rosatti y Jorge Mosset Iturraspe (1995) que accidente es todo acontecimiento que ocasiona un daño, sea imprevisto o eventual o previsible, y cualquiera sea su origen: hecho del hombre o la naturaleza.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) emitió en el año 2009 un informe sobre la situación mundial en materia de seguridad vial. Allí se analiza una nueva forma de lesiones que podría ser catalogada como pandemia, dado que cada año 1,3 millones de personas mueren por consecuencia del tráfico y más de 50 millones de personas son lesionadas, afectadas o incapacitadas por estos mismos hechos. Además, también se advierte que, cerca de la mitad de las personas que fallecen cada año por accidentes de tránsito en el mundo son peatones, motociclistas, ciclistas y pasajeros del transporte público.

También debe señalarse en el ámbito nacional, que de acuerdo a los datos suministrados por la Dirección Nacional del Observatorio Vial, dependiente del Ministerio del Interior y Transporte, en el año 2013 se produjeron 90.097 siniestros con víctimas, según los datos proporcionados por las provincias. A la vez, sobre el total de siniestros producidos, el 51,5% tiene como resultado lesionados leves y graves, mientras que el 2,6% generan víctimas fatales.

A ello debemos agregar que, en la Cumbre Anual del International Transport Forum (ITF), que depende la Organización para la cooperación y el desarrollo Económicos (OCDE), llevada a cabo en el año 2015 en la ciudad alemana de Leipzig, se informó el estado grave que presentan los índices de mortalidad, como consecuencia de los accidentes ocurridos en las rutas de nuestro país. Según un estudio presentado en dicha oportunidad, la Argentina registra al menos desde 2010 más de 5.000 muertos por año en siniestros viales, con un índice de 11,1 a 13 muertos por año por cada 100.000 habitantes.

En dicha oportunidad también se destacó el uso de tecnologías de avanzada, para mejorar la seguridad y la eficiencia del tránsito. Esto necesariamente significa, ajustar las pautas administrativas, para la autorización que se expide en relación a las unidades automotrices, cuya circulación se encuentra permitida.

Claramente, el interés en disminuir los números reseñados se debe traducir en una política de Estado, dado que es aquél quien debe controlar el cumplimiento de la normativa vigente, y generar incentivos económicos para las automotrices y los compradores, que adquieran unidades que cumplan con los estándares de seguridad adecuados.

Pero lo cierto es que la problemática analizada ha llevado, -hace tiempo- al escenario social y jurídico, a contemplar la obligatoriedad de contratar el seguro de responsabilidad civil, para todo aquél que quiera circular con un vehículo automotor por la vía pública.

En nuestro país, el seguro automotor de responsabilidad civil fue incorporado, a partir del 1° de febrero de 1993, mediante el Decr. 692/92, que aprobó el Reglamento Nacional de Tránsito y Transporte. Su art. 67 disponía “Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por un seguro de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, incluidos los transportados”. Como podemos observar de la transcripción literal de la norma, surge que la imposición radica en contratar un seguro, de acuerdo con los presupuestos que imponga la administración, y no un seguro obligatorio específico.

Luego, el 23 de diciembre de 1994 se sancionó la Ley de Tránsito n°. 24.449, cuyo ámbito de aplicación “será el de la jurisdicción federal”, al que “podrán adherir... los gobiernos provinciales y municipales” (arts. 1° y 91) y en su art. 68 establece: “Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no”. Es decir, recepta el mismo contenido que el Reglamento anteriormente citado.

A su vez, creemos necesario destacar, que este artículo debe ser interpretado en consonancia con lo establecido por el pto. b) ap. 1 del art. 70 que dispone en relación a los deberes de las autoridades: “Aplicar esta ley con prioridad sobre cualquier otra norma que pretenda regular la misma materia”. Entonces, en principio, no debe -ni puede- modificarse lo dispuesto por esta Ley nacional.

Además, el art. 95 de la Ley dispuso la derogación del Decr. 692/92, lo que significa, que desde entonces, la Ley de Tránsito se encuentra vigente no sólo en el ámbito federal sino, además, en todas aquellas jurisdicciones provinciales y municipales que hayan adherido a la misma. En otras palabras, se trata de un seguro obligatorio de responsabilidad civil, que para tener alcance nacional debe ser ratificado por cada Provincia, en virtud de la organización política de nuestro país.

Si bien no dudamos de las buenas intenciones de la legislación, la realidad nos

impone una mirada crítica de la cuestión. Es que de los datos obtenidos a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) en contraste con los de la Estadística Anual de Inscripciones de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios, se puede inferir que en el año 2014 sólo el 58% del parque automotor en circulación se encuentra asegurado. No debe perderse de vista que este porcentaje se encuentra sujeto a los avatares de la economía local, en razón de que los costos de los seguros han ido en aumento, a la par de la desvalorización monetaria, como consecuencia de la inflación.

Ello obviamente, resulta un claro reflejo de la falta de control por parte de los organismos estatales, a los fines de dar cumplimiento con la normativa impuesta, y la falta de interés por aquél que asume el riesgo de no contratar un seguro. Todo ello, traducido en la peligrosidad que significa para la población que se encuentra sometida a la posibilidad de que el generador del daño no tenga cobertura, y a la vez, su patrimonio resulte insuficiente para responder ante alguna eventualidad.

La creación de la denominada “Agencia Nacional de Seguridad Vial” a través de la Ley 26.363, y el Registro Unificado de Infractores de Tránsito (RUIT) (art.16 de la Ley), la imposición del seguro obligatorio de responsabilidad civil ante terceros contenido en la Ley nacional de tránsito, amén de la instrumentación de los operativos de control, reflejan que el Estado tiene conciencia de la existencia y gravedad de este fenómeno social disvalioso. Pese a ello, resulta irrelevante si la resistencia a contratar el seguro persiste.

Sin duda alguna la seriedad del problema que además de causar muertes, lesiona y deja discapacitadas a miles de personas, destruye familias y provoca un enorme perjuicio a la economía y al desarrollo del país requiere afirmar que, resulta imprescindible realizar estudios y adoptar una política responsable en el tema.

De este modo, este tipo de seguro ha dejado de ser un contrato más, para constituir un instrumento jurídico vinculado a la convivencia social. Así es que, dada la imposición legal que existe respecto a su contratación, el seguro de responsabilidad civil es tildado por algún sector de la doctrina de “contrato impuesto”. Entendiendo a éste como aquél que el legislador obliga a celebrar.

Como pone en evidencia Díez Picazo (1974), las partes se ven, sin su voluntad o aun en ocasiones en contra de su voluntad, vinculadas por medio de una relación jurídica similar a la nacida de un contrato. Esta apreciación para algunos, pone en jaque la categoría de contrato para los seguros de esta especie, dado que su obligatoriedad diluye el acuerdo de voluntades, con que la normativa vigente describe al contrato. Recordemos al respecto que el art. 1137 del Cód. Civ. señalaba: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de

voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Hoy en día, en el CCCN el contrato se encuentra definido en el art. 957 que dice “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

#### **1.4.6 Perspectiva actual del régimen de responsabilidad civil**

Conforme sostiene Etcheverry (1989) “se presenta como de interés jurídico precisar el siempre elusivo concepto de interés social” (p. 32).

En este sentido, el fenómeno del seguro, entiende hoy día desplazado el eje original de la cobertura (que solo apuntaba a procurar la indemnidad patrimonial del asegurado) hacia lo que es el interés general de la comunidad, en procura de garantizar cobertura indemnizatoria a todo un amplio universo de posibles víctimas.

Vale aludir, conforme ya hemos hecho mención (1.2.4) que, contratar un seguro deja de ser exclusivamente un acto jurídico pensado solo en interés de los contratantes, para ser un contrato celebrado en interés de la comunidad, donde está en juego el orden público y en el que el tomador se asegura, no solo con la finalidad de proteger su patrimonio, sino también para cumplir con una exigencia de la ley de contenido social e interés general.

El beneficiario de este seguro obligatorio, entonces, no solo es el tomador del mismo, o sea quien podría ver afectados o amenazados sus bienes patrimoniales en caso de siniestro, sino que pasa a ser beneficiario todo miembro de la sociedad. De modo que el círculo personal del contrato, se amplía a personas que no son contratantes.

Partiendo de este razonamiento interpretativo finalista, podemos afirmar que ello implica que hay un interés superior que el Estado invoca en aras de proteger a la víctima potencial, y para ello reduce necesariamente el área de libertad y de reserva que el art. 19 de la C.N. concede a todos los habitantes, ya que obliga a contratar más allá de la voluntad de cada individuo. En esta inteligencia, deducimos que ya no estamos frente a un mero contrato individual celebrado voluntariamente solo en interés de los contratantes, sino al mismo tiempo frente a un instituto de indudable función social y de orden público.

Resulta evidente que al consagrarse, por vía legislativa, una cobertura asegurativa de carácter “obligatorio”, con una clara finalidad de protección social que trasciende el mero interés individual de los contratantes. Es el Estado quien al imponer

dicho régimen, asume el deber de controlar que todo aquel que circule con un automotor en la vía pública, cumpla con dicha norma. Si así no lo hace, incumple con dicho deber jurídico, con lo cual significa que no ejecuta sus deberes o funciones, generando –entendemos- su propia responsabilidad.

Por las razones descriptas enfatizamos la necesidad de que cada prohibición o imposición decretada, motivada por un interés social o público, claramente debe ser acompañada por la obligación del Estado de establecer los mecanismos adecuados para controlar su cumplimiento, y así evitar que la legislación no se transforme en una mera expresión de deseos del legislador.

## **1.5 El daño**

El daño es el centro de gravedad y primer elemento que se configura en el régimen de la responsabilidad civil (Zavala de González, 1999). Asevera Dora Szafir (1998) que el derecho de daños “busca garantizar a los sujetos una indemnización frente a la lesión de sus derechos fundando tal resarcimiento en diversos factores (objetivos o subjetivos)” (p. 159).

Como definición, el daño es aquél que resulta ser la consecuencia de un hecho ilícito, y éste convierte al daño en resarcible (Gamarra, 2003).

De acuerdo con Partesotti (1967) en lo que se refiere al derecho de daños, la fuente se corresponde con la responsabilidad del causante del daño. En cambio, en el derecho de seguros la obligación, nace de un contrato. Por lo que, desde un nuevo enfoque, y con el objetivo de arribar a una idea que asimile ambos institutos, este mismo autor considera que la configuración de un concepto de indemnización común a ambos sectores del ordenamiento no parece desacertado, máxime si se tiene en cuenta que persiguen, la realización de un mismo interés.

A su vez, la unicidad a la que tiende el ordenamiento jurídico reclama la existencia de este punto de encuentro, entre ambos derechos. Cabe destacar, conforme ya hemos hecho referencia (1.4.4), que este es el criterio que ha receptado el CCCN.

Por el contrario, Gärtner (1970) entiende que cada una de estas materias tiene su propio ámbito jurídico.

Si bien existen estas dos posturas, la indemnización que corresponda en virtud de la existencia de un contrato de seguro y en caso de que se produzca el evento previsto, tiene su correlato en el derecho de daños en general.

El daño se presenta como el elemento esencial, ya que no puede haber reparación civil sin daño. A tenor de lo expuesto, resulta ineludible, correlacionar ambas ideas, y por eso consideramos fundamental para nuestro estudio analizar la relación que existe entre el daño y su indemnización derivada de un contrato de seguro.

Tal es así, que los esfuerzos actuales, se encuentran orientados a que no se generen daños sin indemnización y a la búsqueda de la prevención de los mismos.

Debe señalarse entonces, que el epicentro del sistema es la víctima, por ende, su prioridad.

Es innegable que en la práctica jurídica, pocos casos se reiteran con tanta masividad, como aquéllos en los cuales interviene un automotor. Dicha pauta sirve de puntapié inicial para sostener, que a la fecha, la normativa se muestra pasiva frente a la idea de arribar a una respuesta en forma inmediata.

### **1.5.1 Bases en las que se asienta**

Garrido Cordobera (2004) considera que con motivo de la complejidad que presenta el mundo en que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores del Derechos de Daños, la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños es a través de aquel que mejor pueda absolverlos, y que éstos no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos. Por su parte, De Cupis (1966) alega que el daño es el "detrimento o perjuicio, es decir alteración o anulación de una condición favorable" (p. 7).

Pues bien, en principio cabe recordar que el art. 1.068 del Cód. Civ. determinaba que: "Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades". Entonces podemos afirmar que el daño se perfila como un detrimento que sufre la persona, en sus bienes vitales o en su patrimonio.

Bajo estas condiciones, la personalidad del daño está vinculada a la titularidad del interés lesionado, que no necesariamente conlleva a la titularidad del bien afectado. Esta circunstancia, habilita las categorías de daño directo y daño indirecto, permitiendo distinguir entre el damnificado que sufre el perjuicio en su calidad de víctima (daño directo) y aquél o aquéllos que lo padecen en calidad de personas distintas de la víctima "directa" del ilícito (daño indirecto) (Pizarro y Vallespinos, 1999, p. 662).

El CCCN en el art. 1769 señala que “Los artículos referidos a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas se aplican a los daños causados por la circulación de vehículos”. Conforme ello, el art. 1757 indica que:

Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

En cuanto a los casos de accidentes de tránsito en los que resulte damnificado un pasajero transportado mediando contrato de transporte, cabe hacer mención a lo dispuesto por el art. 1288 de dicho cuerpo normativo, en tanto prevé que además del traslado, comprende las operaciones de embarco y desembarco (ascenso y descenso); el art. 1289, inc. c, en cuanto establece que el transportista debe garantizar la seguridad del pasajero; y el art. 1291 que prevé la responsabilidad del transportista. Además indica la que se derive en caso de incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución; por los siniestros que afecten a la persona del pasajero, y por la avería o pérdida de bienes.

### **1.5.2 El deber de reparar**

Se hace indispensable aclarar que el problema que trata de resolver esta fuente de las obligaciones, como es sabido, es el de los daños y perjuicios sufridos por miembros de la sociedad, en sus derechos o intereses, jurídicamente protegidos.

Cuando se causa un daño atribuible, afirma Lopez Herrera (2005, p. 9), la consecuencia de tal actuación es que se debe responder. Ahora bien, a este deber genérico ¿Qué legislación lo complementa en materia de responsabilidad civil por circulación de automotor?

En primer lugar, el contrato de seguro por responsabilidad está regulado en el art. 109 de la LS.

En segundo lugar, el accidente de tránsito se encuentra definido en el art. 64 de la Ley n° 24.449 que dispone: “se considera accidente de tránsito todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación”.

Al mismo tiempo, los daños provenientes de la circulación de vehículos, hasta la sanción del CCCN estaban sujetos a los daños causados por la cosa con fundamento en lo dispuesto por el 2° párrafo del art. 1.113 del Cód. Civ. que dice:

En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de

su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

En esta línea de razonamiento, si el propietario no puede acreditar culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder, es responsable en los términos de dicha prescripción. La Ley presume que el dueño es guardián de la cosa, pesando sobre él la prueba en contrario.

Por su parte, el art. 1758 del CCCN señala:

El dueño y el 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. El dueño y el guardián no responden si prueban que la cosa fue usada en contra de su voluntad expresa o presunta. En caso de actividad riesgosa o peligrosa responde quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial.

El artículo citado, mantiene y delimita la responsabilidad objetiva del dueño y guardián de la cosa riesgosa. Sin embargo, a diferencia del art. 1113 del Cód. Civ., introduce parámetros respecto a quién debe ser considerado guardián, lo que en ocasiones generaba opiniones contrarias en el ámbito jurisprudencial.

### **1.5.3 La reparación integral**

La consecuencia directa del incumplimiento del deber de no dañar es, indudablemente, el derecho de los damnificados a ser resarcidos por los menoscabos padecidos.

El principio de reparación integral, manda a que el perjuicio sea el límite de la reparación. Con el tiempo, esta cuestión se ha convertido en uno de los pilares fundamentales sobre el cual se erige el sistema de responsabilidad civil. Sin perjuicio de ello, el estado actual de la situación, motivado por los largos plazos que llevan las finalizaciones de las causas judiciales y la inestabilidad económica del país, tornan este precepto inaplicable.

En este aspecto sostiene Marie E. Rouiou de Boubée (1974) "los medios financieros del individuo no son extensibles sin límites; si no se le quiere empujar a la ruina, debe fijarse un límite que su deuda directa hacia la víctima no debería superar" (p. 411). Por ende, ambos ejes no pueden escapar de la valoración del juez, al momento de fijar el monto de la indemnización debida.

Para ello es preciso tener en cuenta que la reparación integral, sugiere una cuestión innegable que es la idea de que aquél que sufre un daño sea subsanado. Por lo que ésta, debe ser la directriz de nuestro sistema indemnizatorio. Pero, por distintos

factores, conforme ya hemos advertido, esta finalidad se torna ilusoria en la práctica legal.

Asimismo, a fin de dinamizar la aplicabilidad de este principio, el resarcimiento que corresponde para cada tipo de daño, ha sido legislado por el Cód. Civ. y el CCCN de un modo elástico, dado que, deja al arbitrio judicial la valoración y cuantificación de los mismos.

Así, el análisis de la constitucionalidad de las sentencias que establecían el monto de la reparación, vio nacer esta idea de reparación integral, que tiene en miras la reparación en concreto, para el caso particular. Sin embargo, alguna doctrina sostiene que en nombre de este principio se ha medido la existencia o no de arbitrariedad en la valoración y cuantificación de los perjuicios, realizada por los tribunales inferiores.

El CCCN señala en el art. 1740 refiriéndose a la reparación plena:

La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

Polémicas varias se han suscitado respecto a esta cuestión. Lo cierto es que más allá de las controversias, lo importante es remarcar que sí existe consenso respecto a la idea de que el daño debe ser reparado; y esto no es una cuestión menor.

Incluso, en el derecho francés se ha señalado que este principio debería constreñir a los jueces del fondo a indemnizar las pérdidas de ingresos profesionales probados y cifrados en concreto, de manera casi contable (Lambert-Faivre, 2000).

Ahora bien, cabe cuestionarse en este aspecto, sino resulta conveniente plantear una reparación tarifada, que sea fácilmente actualizable a través de cálculos matemáticos, o, teniendo en cuenta medidas de valor que no sufran cotidianamente cambios en su apreciación. Ello no sólo brindaría seguridad jurídica, sino también serviría de base para cuando el dañador pretenda negociar el monto adeudado. Como conclusión, el sistema sería sancionatorio y preventivo, conforme las tendencias que se vienen aplicando en el derecho comparado.

Claramente, esta perspectiva excede el margen de lo que aquí pretendemos exponer. Pero, no por ello dejamos de considerar conveniente dejar sentada nuestra opinión al respecto. Es que, entendemos que la reparación para ser integral o plena debe asistir a la víctima desde el momento en que aquélla se hace exigible, hasta que deja de serlo. Por ende, sostenemos que la reparación del daño no puede teñirse de análisis futuristas, sino que debe reflejarse en una clara intención de volver las cosas

al estado anterior. Ello significa, que se debe realizar un control periódico, sobre el estado de la víctima, para verificar que el daño haya sido efectivamente reparado; lo que necesariamente implica una revisión del monto recibido en concepto de indemnización.

Si bien comprendemos que nuestra intención –advertimos- es muy aspiracional, pero comprendemos que esto no debe evitar que la práctica se esfuerce en alcanzar esta metodología de trabajo; donde la víctima pierde dicha calidad, en razón de un sistema que le brinda una respuesta no en un momento específico, sino durante todo el proceso de recuperación que ello le signifique.

Por otra parte, nuestra propuesta, adquiere particular importancia cuando el daño sufrido es permanente, es decir, las consecuencias que se derivan de aquél producen una incapacidad vitalicia.

Pensemos entonces, en estos casos, cómo puede llegar a ser justo un sistema que brinda una indemnización, en un determinado momento –que claramente no tiene en cuenta las problemáticas económicas que se va a suscitar más adelante-, que se supone, le debe garantizar a la víctima, continuidad en su proyecto de vida. Como consecuencia, el cálculo tenido en cuenta es el resultado de la futurología acompañado de fórmulas matemáticas, sin tener en cuenta parámetros reales.

Con esta crítica, queremos significar que el sistema de reparación no resulta integral, lo cual entendemos que es de gran importancia si concebimos al sistema de responsabilidad como reparatorio. Además, pensamos que para aquéllos casos en los que el sufrimiento ocasionado perdure en el tiempo, sería conveniente la creación de Juzgados que realicen el seguimiento de la víctima, que actualicen y verifiquen el real cumplimiento de los objetivos que se han tenido en cuenta, cuando se impuso el monto de la indemnización. Esto conlleva a la idea de que, en estos casos, el daño no debe ser pagado con anticipación, sino en forma periódica.

#### **1.5.4 Legislación comparada: el concepto de *tort***

En el *common law, the law of torts*, se refiere a una rama del derecho, asimilable a nuestro derecho de daños, pero que no incluye a aquéllos derivados de los contratos. El término *tort* proviene del latín *tortus* o *torquere*, que vendría a significar torcido (*twisted*); fué introducido al derecho inglés por los abogados de origen francés y significa *wrong*, que en nuestro idioma, quiere decir, algo malo.

Prosser y Keeton (1984) dicen: “en sentido amplio, un *tort* es un ilícito civil (*civil*

*wrong*), distinto del incumplimiento contractual, para el cual el tribunal proveerá un remedio en la forma de una acción para el pago de daños” (p. 3). Este sistema tiene como eje central que lo antijurídico, debe ser indemnizado, y la conducta antisocial, desalentada.

Realizar un *tort* a otro significa hacer algo malo, por eso se afirma *every tort is a wrong but not every wrong is a tort* (Goldberg y Zipursky, 2010, p. 1). La complejidad de este sistema radica en que las características, reglas y principios del instituto son marcados por los jueces en los casos particulares (*common law*). Muchos de ellos utilizan el *Restatement of Torts*, elaborada por el *American Law Institute*, como una guía, cuyo objetivo es brindar un orden en la ley general de los Estados Unidos, que en ocasiones se pierde, como consecuencia del análisis que se hace en cada caso en concreto. Como algo positivo podemos destacar que los tribunales no pueden excusarse de conocer demandas sobre temas nuevos, teniendo que otorgar soluciones *ex novo*.

La mayoría de las objeciones al respecto, radican en la arbitrariedad, que algunos hayan dentro de este sistema. Calificaciones como “*jackpot justice*”, que vendría a significar algo así como la justicia del premio mayor, no hacen más que desprestigiar esta práctica. En el régimen de justicia civil de los Estados Unidos -por ejemplo- la mayoría de las críticas se relacionan con los costos que se generan. Al respecto, podemos mencionar el informe realizado en 2007 por el Instituto de Investigación del Pacífico llamado “*Jackpot Justice*”, donde se hace referencia al costo del sistema de responsabilidad civil de dicho país y concluye que tiene un valor de U\$ 865,37 mil millones al año, que asciende a un precio anual, o “impuesto por daños” para una familia de cuatro miembros en términos de costos y beneficios no percibidos de U\$ 9.827.

Por otra parte, los defensores de este ordenamiento encuentran que satisface las necesidades del individuo común, dado que las penas no solamente contribuyen a la reparación del daño sino también a su disuasión y prevención.

Entre los tipos de daños que la parte perjudicada puede recuperar encontramos: pérdida de la capacidad de ingresos, dolor y sufrimiento, y los gastos médicos. A su vez, se incluyen las pérdidas presentes y futuras esperables.

Los *torts* se dividen en tres categorías generales: *intentional*, *negligence* y *strict liability*. Los agravios intencionales son aquellos que el acusado sabía o debería haber sabido que ocurriría a través de sus acciones o inacciones, normalmente aquí se imponen los daños punitivos (por ejemplo, golpear intencionalmente a una persona); los agravios negligentes ocurren cuando las acciones del acusado eran excesivamente inseguras (por ejemplo, provocar un accidente por no obedecer las

reglas de tránsito); mientras que los de responsabilidad estricta son aquéllos que no dependen del grado de esmero por parte del demandado, sino que se establecen cuando una determinada acción causa daño (por ejemplo, la responsabilidad por la fabricación y venta de productos defectuosos).

El sistema precedentemente descrito, encuentra grandes diferencias en perspectiva con el nuestro. Claramente su recepción no se puede lograr en la medida en que las interpretaciones de fondo caracterizan al *common law*, y nada tiene que ver con el régimen criollo. Sin perjuicio de lo cual estimamos relevante, el estudio que se cita, en el cual se hace referencia al impacto económico que se deriva de su implementación. Ello, sobre todo si se tiene en cuenta la forma en la que se ha receptado la categoría de daños punitivos, que analizaremos más adelante (4.9.1).

## **1.6 El rol del Estado**

En virtud de la importancia que fue adquiriendo el mercado de seguros, en el año 1937 se decide crear en nuestro país un organismo especializado, cuya finalidad primordial es el contralor de la actividad aseguradora. Así es que, el Decr. n° 108295 del 21 de Junio de ese año, crea la Superintendencia de Seguros de la Nación; no obstante lo cual, la actividad del Organismo comienza formalmente el 4 de Agosto de 1938.

Es importante señalar que en sus considerandos se expresa "...es indudable que las sociedades de seguros exigen al Estado una fiscalización especializada porque, como se ha dicho, acumulan y administran ahorros populares que le son entregados con fines de máxima previsión...". Dicha mención, no hace más que ponderar la importancia del seguro, en el aspecto económico y social que ya hemos señalado (1.2.4).

Al mismo tiempo debemos precisar que, la Ley n° 17.418 es el instrumento que legisla sobre la naturaleza y características del contrato de Seguros, mientras que la Ley n° 20.091 regula el régimen de funcionamiento de las entidades aseguradoras y su inspección. Esta última contiene un capítulo específico relativo a la autoridad de observación en la materia, disponiéndose en su art. 64 que "el control de todos los entes aseguradores se ejerce por la Superintendencia de Seguros de la Nación...". Seguidamente, en relación con la naturaleza jurídica de aquélla, se establece que es una entidad autárquica con autonomía funcional y financiera, con jurisdicción del Ministerio de Economía y Finanzas, a cargo de un funcionario, que es designado por el

### **1.6.1 Órgano de control: Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN)**

Conforme hemos indicado en el punto anterior, la Superintendencia de Seguros de la Nación es el organismo estatal descentralizado que tiene como misión ejercer la supervisión de las entidades de seguros y reaseguros en la República Argentina.

En principio, con el propósito de procurar un mercado solvente, estable y eficiente, promoviendo de esta forma la protección de los ciudadanos usuarios, conforme con los principios de la Ley de Entidades de Seguros n° 20.091, y los principios básicos reconocidos y aceptados con carácter internacional.

Para dar cumplimiento a su misión, la Superintendencia tiene como funciones:

- Establecer las normas para la valuación de activos, constitución de pasivos y las reglas de inversión y retención de riesgos que promuevan el desarrollo solvente de la actividad.
- Fijar con carácter general y uniforme los capitales mínimos para operar y los respectivos márgenes de solvencia.
- Entender en lo relativo al otorgamiento de las autorizaciones para el funcionamiento de nuevas entidades, valorando la capacidad de los accionistas, directores y administradores y la solidez de los proyectos constitutivos.
- Realizar las actividades de evaluación, control e inspección de los operadores del mercado con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales y regulaciones vigentes en protección de los intereses de los asegurados, poniendo especial atención en las tareas preventivas de riesgo de insolvencia.
- Entender en lo relativo a la administración del Fondo de Reserva en el marco de lo establecido por la Ley de Riesgos del Trabajo.
- Recaudar y controlar la tributación de la tasa uniforme conforme la normativa vigente en la materia emanada de la Ley 20.091.

Actualmente, cabe destacar que en el marco del Plan Estratégico (2012-2020), la SSN, ha propuesto como uno de los temas trascendentes a considerar en la reforma de las leyes básicas de seguros, la incorporación de la acción directa del tercero damnificado contra el asegurador, en el seguro de responsabilidad civil, en reemplazo de la citación en garantía legislada en el art. 118 de la Ley n° 17.418.

## 1.6.2 Fundamentos del control estatal

El control detentado por la SSN se extiende desde la autorización para operar, hasta la imposición de ciertos estándares económicos, y directivas impartidas en materia contractual.

La cantidad de capital que utilizan estas entidades, derivados de los fondos que tienen como propósito el resarcimiento del daño, tornan imprescindible su control a los fines de prevenir el desvío de los fondos, para otro destino.

Como se advierte, hay un interés público comprometido en la actuación de la empresa privada; por lo que el Estado debe ejercitar un intensificado poder de policía. El uso de esta facultad, se justifica no solamente por el interés anteriormente señalado, sino por la repercusión que se podría llegar a derivar como consecuencia de un desequilibrio económico, en el marco de estas entidades.

Conforme refiere Lorenzetti (2015)

... los ideales son los que producen emociones que ordenan la vida social. Es evidente que los resultados colectivo s que se derivan del cumplimiento voluntario son superiores a los que resultan de la aplicación de la fuerza, en virtud de los enormes costos que demanda un sistema de sanciones administrativas y judiciales (p. 4).

A modo de resumen podemos decir que, la exigencia del control, se debe a los intereses comprometidos que se desenvuelven en el marco de la actividad aseguradora.

Consecuentemente, de la inspección ejercida por la autoridad pública, subyace la idea de protección a los asegurados, que se inicia con la autorización para operar y se extiende hasta la disolución de la entidad (Lambert.-Faivre, 2011).

## 1.7 Conclusiones

Desde sus inicios, el desarrollo y evolución del sistema de seguros, se ha vinculado a la idea de seguridad patrimonial. Sin embargo, el siglo XX ha planteado un nuevo escenario, vinculándolo a una esfera social. Ello significa que la tutela no se encuentra circunscripta a la persona y al patrimonio del contratante, sino que se extiende a toda la ciudadanía.

Pero esta afirmación no supone decir que con anterioridad la concientización que se tenía respecto a este instituto, desplazaba la orientación social, sino que presentaba un marcado interés individualista.

La imposición legal de adquirir el seguro de responsabilidad civil para todos aquéllos que quieran circular en un vehículo automotor, no hace más que afirmar esta idea. Consideramos que el reconocimiento de esta obligación es de gran importancia para toda la comunidad. Sin embargo, su falta de contratación, ha revelado la ineficacia del poder público para controlar su cumplimiento. Esto significa que el Estado no cumple con su deber y deja en manos de la ciudadanía, su decisión al respecto.

Por otra parte, esta situación pone de manifiesto que el Poder Judicial no ha sabido generar a través de sus sentencias un sistema de prevención que concientice a las personas respecto a la necesidad de cumplir con esta obligación. De forma tal que, las condenas que en dicho ámbito se imponen, no han resultado como incentivo de prevención.

Como consecuencia, los mecanismos que facilitan el incumplimiento se vuelven más eficientes, que aquéllos que procuran el cumplimiento de la Ley. En definitiva, no cumplir resulta más conveniente.

La solución de estas cuestiones requerirá necesariamente una decidida colaboración entre el Estado que debe controlar y el poder judicial que debe sancionar este tipo de conductas. Y ello claramente supone, adoptar instrumentos jurídicos modernos y eficaces, que como resultado generen el cumplimiento de la ley.

La ineficacia de la norma, no significa prescindir de su valor. Estamos ante un primer paso, modesto y no ambicioso, pero con un objetivo claro, imponer el seguro obligatorio.

En este aspecto consideramos prudente señalar que una sentencia judicial si bien exige una determinada conducta a quien ya violó una ley, a la vez puede servir como herramienta, para prevenir conductas similares.

Otra cuestión que encontramos relevante destacar es, la que atañe al derecho de daños. La trascendental importancia que ha ido adquiriendo la tutela de la víctima se presenta indiferente respecto a si al mismo ha sido producido como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente o de la violación del deber de no dañar.

La unificación de la responsabilidad (extracontractual o contractual) efectuada por el CCCN, viene a significar que el derecho civil pondrá su eje sobre la reparación, independientemente de la fuente que origine la responsabilidad, lo que recibimos con total aprobación. De todas formas, la nueva regulación introducida por el CCCN en materia de responsabilidad civil obedece a las opiniones que la doctrina venía trabajando hace tiempo y, a la vez, implica una adecuación normativa a lo que la jurisprudencia ha ido receptando.

Consecuentemente, ello implica localizar la coherencia entre el sistema económico y social. No perdiendo de vista el ejercicio de los derechos individuales y colectivos.

En los siguientes capítulos trataremos de ofrecer un análisis del sistema de seguros, a través de la legislación del transporte, del consumidor y de la Ley de Concursos y Quiebras a fin de evidenciar la hipótesis planteada al inicio de este trabajo.

## **II. Un nuevo desafío: hacia la recategorización del usuario de transporte público**

### **2.1 El transporte interurbano**

En las sociedades actuales, el transporte se traduce en el goce pleno de la condición de ciudadanía. Sin embargo, a pesar de su trascendencia, y aunque muchos pasajeros no tengan conocimiento, en ocasiones, el contrato de transporte, presenta consecuencias inciertas.

Con el objetivo de acentuar la importancia de este medio, y analizar uno de los objetos centrales de nuestro estudio, a continuación nos abocaremos al tratamiento del transporte terrestre a nivel jurídico.

### **2.2 Evolución del transporte terrestre**

El transporte surge como respuesta a las exigencias estructurales y materiales del comercio. Lógicamente, el desarrollo de las grandes ciudades en el último siglo encuentra dentro de sus causas la aparición, el desarrollo y la expansión de aquél. Razón por la cual, resulta innegable la trascendencia e importancia que tiene, no sólo en el ámbito regional y nacional, sino también en la vida misma de cualquier persona o particular, con independencia del rol en que actúe (Veiga Copo, 2009).

Por esta razón, la historia del transporte es la historia de la humanidad, y de su propia evolución. De allí que, esta capacidad de desplazar personas u objetos de un lugar hacia otro, es tan antiguo como el ser humano.

Ya en la prehistoria, el hombre poseía un rudimentario pero eficiente sistema de caminos interconectados, por el cual se trasladaban distintos tipos de mercaderías. Con el paso del tiempo, esta actividad, sometida a grandes y graves peligros, ligada al desarrollo y a las necesidades de un comercio esencialmente de materias primas, se fué abriendo camino.

Durante la revolución industrial, el transporte consigue un avance radical. Esta situación se debió en gran parte a causa de dos motivos: la creación de una vía segura y adecuada para el transporte, y la aparición de una máquina potente y regular.

Estas características las tuvo el ferrocarril, que fue el gran medio de transporte que impulsó la revolución industrial. Ello en virtud de que permitía, al disponer de una vía privativa y rápida, transportar grandes cantidades de mercancía de una manera segura, rápida y regular (Lopez y Wadell, 2007).

A finales del siglo XVII aparece el primer vehículo propulsado a vapor. Pero unos años después, se obtiene, con el motor de explosión y la rueda de caucho, un vehículo más rápido y seguro, y mucho más versátil, el automotor.

Luego, se consiguen los primeros derivados del petróleo de manera industrial, y comienza el asfaltado de las carreteras. Al no depender de la vía férrea puede llegar a todas partes, lo que lo hace ampliamente, superior al ferrocarril.

El transporte de mercadería por carretera, presenta aspectos más beneficiosos, dado que evita la carga y descarga del tren (dos operaciones menos), y también el almacenamiento en la estación, que se traduce en una disminución en los costos.

Así, con el paso del tiempo, la industria automotriz fue aumentando su capacidad de carga, hasta llegar a la aparición de los camiones.

Ya en el año 1901 había 16 autos en el país y en 1905 ya transitaban 377 en la Ciudad de Buenos Aires. Para octubre de ese año, funcionaban unos 50 autos con taxímetro. Un poco más tarde, comenzaron a circular los primeros ómnibus, limitados por la tecnología de los motores a explosión de la época que derivaban en calentamientos, roturas mecánicas, y como consecuencia generaba, irregularidad en los horarios del servicio. La capacidad de las primeras unidades era entre veinte y veintidós asientos, pudiendo también transportar pasajeros de pie.

Con el desarrollo de la industria y la importación de vehículos más grandes, la capacidad de transportar pasajeros aumentó notablemente. Tal es así, que hasta se trajeron ómnibus de doble piso provenientes de Inglaterra.

En la localidad de Boedo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los domingos se formaban largas colas de autobuses para llevar gente al hipódromo de Palermo. El pasaje tenía un costo de un peso por persona, mucho menos de lo que cobraban los taxis. A causa de ello, en Septiembre de 1928 los taxistas, hartos de esta competencia, comenzaron a pregonar un servicio similar: "Al hipódromo por cuarenta centavos por persona" (<http://www.loscolectivos.com.ar/historia.html>). De inmediato, los ómnibus comenzaron a vaciarse y todo el mundo se pasó a los taxis. Así nació el Auto Colectivo también llamado Taxi Colectivo, Taxi Bus o Micro Bus, con recorridos fijos, levantando pasajeros en paradas y a un precio unitario.

El primer recorrido unía las calles Lacarra y Rivadavia con Plaza Primera Junta con una escala intermedia en Plaza Flores. El servicio se componía de 40 coches que podían llevar hasta 5 pasajeros y la frecuencia era de 4 minutos. Los colectivos

operaban por número de línea el cual era elegido libremente, tomando -por lo general- el de la línea de Tranvía u Ómnibus con la que competían (Historia del colectivo Argentino).

Con el correr de los años, empezaron a carrozarse chasis de camiones y los colectivos se fueron haciendo más grandes y de mayor capacidad hasta transformarse en ómnibus, que en definitiva con mayor tecnología es uno de los medios que utilizamos hoy en día.

A la vista de estos antecedentes, la creciente importancia estratégica y comercial que el transporte ha tenido para el desarrollo del país, es innegable. Sin lugar a dudas, para cualquier zona subdesarrollada la construcción de una carretera es una garantía, y una condición, de desarrollo.

La República Argentina tiene una longitud aproximada de 3.300 km, con una anchura de unos 1385 kilómetros, tiene una superficie de 2.780.400 km<sup>2</sup> contando las Islas Malvinas, otras islas dispersas por el Atlántico sur y una parte de la Antártida (Instituto Geográfico Argentino). Dicha magnitud no hace más que reafirmar la importancia que tiene el transporte para nuestro país, o que debería tener.

En la actualidad, el sistema vial argentino transporta más del 90% de las cargas del país y prácticamente el 100% del tráfico de pasajeros. El 25% de la red nacional se encuentra concesionado por peaje, y moviliza el 65% del tránsito total (Ministerio del Interior y de Transporte). Al mismo tiempo, la región Metropolitana de Buenos Aires está integrada por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 42 municipios pertenecientes a la provincia de Buenos Aires; es una de las mayores áreas urbanas de América latina, en la que habita casi un tercio de la población del país.

La ciudad de Buenos Aires cuenta con un sistema de transporte de gran riqueza, aunque desarticulado, conformado por una red de ferrocarriles con 840 km, una red de subterráneos de casi 50 km y un ubicuo sistema de transporte público automotor configurado por buses en más de 300 rutas, con una extensión de 25 mil km y una flota de 15 mil unidades, operado por 182 empresas privadas (Secretaría de Transporte de la Nación). El transporte público colectivo se complementa con unos 40 mil taxis, seis mil remises y mil vehículos de oferta libre (vans y minibuses).

Se estima que el 60% de los 22 millones de viajes diarios se realiza por transporte público (CNRT). Hoy circulan más de ciento diez líneas urbanas que con sus casi dieciséis mil unidades brindan transporte a alrededor de seis millones y medio diarios de pasajeros de Capital Federal y Gran Buenos Aires durante las veinticuatro horas los trescientos sesenta y cinco días del año.

Los datos precedentemente reseñados, no hacen más que describir la importancia que tiene el transporte público para nuestro país. Por ello, no resulta

arriesgado afirmar que si una actividad es de relevancia para el progreso de una Nación, el derecho debe estar allí para protegerla.

### **2.3 Derecho del transporte: relevancia jurídica**

El Derecho del transporte se sitúa dentro del régimen del derecho mercantil, aunque actualmente podemos afirmar, en virtud de la relevancia que ha adquirido en el universo comercial, su autonomía. Sin embargo, existía una anarquía legislativa al respecto, fruto de la falta de regulación de fondo por parte del Cód. Com. Dicha cuestión, ha sido receptada por el CCCN, en el que se le asigna un tratamiento particular.

#### **2.3.1 El transporte: un servicio público**

La función que desempeña el transporte reviste tal importancia, que es considerada como de interés público. Esto significa, entre otras cosas, que el Estado ejerce una vigilancia especial sobre la actividad financiera por constituirse en pilar de la economía de cualquier país.

En principio, todas aquellas actividades que impliquen una captación de fondos del público son consideradas de interés público y tiene una supervisión especial por parte del Estado, mediante una legislación especial aplicable que defina sus principios rectores y de un organismo administrativo que supervise especialmente su actividad.

En sus orígenes lo que hoy se califica como servicio público, estuvo preferentemente a cargo de los particulares, en razón del liberalismo económico, y de la política imperante en la época. Posteriormente, por influencia de los socialistas, los servicios públicos más importantes pasaron a manos del Estado.

Por tanto, el servicio público no es un concepto jurídico; es ante todo, una realidad. Para que se configure como tal, es previa y necesaria la finalidad de satisfacer un interés general. Dentro de esta categoría, se incluyen aquéllos servicios esenciales dirigidos a la comunidad que deben prestarse bajo condiciones que aseguren su regularidad, continuidad, y eficiencia.

Acertadamente, estos contratos han sido caracterizado como "un contrato de Derecho Privado con notas propias del Derecho Público de contenido legal y reglamentario" (Balbín, 2011, p. 808).

Para la doctrina clásica, es considerado como "el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas" (Marienhoff, 1998 p. 34).

Es importante mencionar que la difícil situación por la que han transcurrido los distintos servicios públicos, ha derivado en que el usuario adquiera una mayor toma de conciencia en relación al derecho que asiste para recibir y obtener prestaciones en determinadas condiciones, y a un coste adecuado. Estas y otras cuestiones, han ido orientando al sistema hacia una mayor concientización de la problemática. Pero no se trata únicamente de cambios relevantes en el entorno económico, político o social, sino también en el panorama jurídico en que se desenvuelven los servicios públicos (Moderne, F. y Marcod, G., 2001).

En este proceso de cambio, debe plantearse el alcance y las consecuencias que para los ciudadanos y usuarios puede significar este proceso de redefinición del servicio público, dado que los usuarios se encuentran en el corazón de las reformas (Warin P., 1997).

Fernández (1998) afirma que el conjunto de actividades de residencia, producción, consumo, recreación, etc. elaborados en un lugar se denomina sistema de actividades; y es el encargado de generar la necesidad de desplazarse, comúnmente denominada, demanda. Esta demanda es satisfecha por el conjunto de vías, vehículos, terminales o paradas, frecuencias, etc., lo que constituye la oferta del servicio, conformando todo ello, el sistema de transporte. La interacción entre ambos sistemas se traduce en un conjunto de flujos, constituido por los viajes entre orígenes y destinos, en diferentes modos de transporte, por diversas rutas, y en distintos tiempos.

En este marco, el transporte colectivo de pasajeros es una actividad calificada por nuestro ordenamiento positivo como un servicio público (Decr. 656/94 y 808/95). Inmersos en esta categoría, se diferencia de las demás actividades desarrolladas por particulares, en razón de que apunta a la satisfacción de necesidades impostergables de los individuos. Así, se pone en evidencia la importancia que adquiere el transporte público, no sólo en el aspecto jurídico, sino también en la trascendencia real que representa para la comunidad.

Por lo tanto, el origen del negocio público, está determinado por las necesidades de la comunidad –o así debería ser-. Como resultado, no cabe duda que el servicio público debe orientarse hacia una sociedad más justa, en beneficio de la libertad y de la dignidad humana.

### **2.3.2 La garantía del servicio público**

La finalidad del servicio público descansa, en la idea de proporcionar prestaciones idénticas y universales, a todos los usuarios que tienen derecho a beneficiarse de las mismas. Ello supone, poner a disposición de todos los ciudadanos una serie de bienes y de servicios, sin discriminaciones, sobre todo en favor de los grupos sociales geográficamente desfavorecidos (Gonzalez Varas, 1996).

Con motivo de la responsabilidad que le cabe como titular del servicio, y en virtud de las necesidades esenciales que aquél apunta a satisfacer, el Estado conserva intensos poderes de control sobre la actividad en cuestión, pese a la delegación que realiza. El alcance de dicho dominio resulta, sin duda, muy superior al que de ordinario ejerce la autoridad pública sobre cualquier actividad de tipo comercial o industrial.

Entonces, podemos decir que el contexto de la problemática jurídica que rodea a la prestación de servicios públicos nos ha llevado a tener como punto de partida inevitable y, por lo tanto, objeto material de la investigación propuesta, la de ofrecer en la medida de lo posible, una respuesta oportuna y adecuada a una serie de interrogantes, que tocan las fibras más delicadas del sistema constitucional.

El derecho vinculado a las cláusulas del Estado social y democrático y a sus relaciones con principios vitales, como los de la libertad económica, reconducidos al ámbito sustancial de la figura concesional, es otra cuestión que debe ser sujeta a revisión, y que a continuación desarrollaremos.

### **2.3.3 La concesión del servicio**

La concesión es una herramienta que pretende alcanzar una administración eficaz, que genere una correcta prestación del servicio público, y como consecuencia produzca la obtención de una ganancia. Su objeto, radica en fijar las condiciones, dentro de cuyo marco, se debe desenvolver la actividad.

Es un concepto jurídico, inherente a las acciones de control e intervención económica del Estado, a través de la administración pública, sobre la libertad de actuación de los particulares en relación con bienes –dominio público–, servicios –servicios públicos– y obras –infraestructura pública, respecto de los cuales, mediante decisiones unilaterales –concesiones administrativas– o contratos –negocios jurídicos públicos–, son discrecionalmente dispensados o habilitados aquéllos, concediéndoseles, a su propio riesgo, su mero uso, y en algunos otros casos incluso

su goce, que puede traducirse entre otros en derechos, privilegios o ventajas (Villar Palasi, 1981).

Al concesionario lo controla la administración pública, sea de oficio o, a pedido de un administrado o usuario. El procedimiento que se requiere previo al otorgamiento de una concesión para la adjudicación de la explotación de los servicios de transporte, es la licitación, que debe efectuarse en forma pública, convocando a los interesados que deben reunir las condiciones generales y particulares que se establecen en cada caso.

El margen de libertad con que opera el concesionario de un servicio público es sumamente restringido, o así debería ser.

Es evidente, que el riesgo empresario inherente a todo emprendimiento habrá de estar, en el caso de los servicios públicos, acotado a los resultados que puedan imputarse al ámbito de libre decisión del concesionario. Lo cual explica -y justifica-, entre otras cosas, que los marcos regulatorios prevean habitualmente que las tarifas fijadas deben garantizar al prestador del servicio, una rentabilidad razonable por su gestión.

Este razonamiento significa que la concesión del servicio público, se encuentra sujeta a las bases sustanciales de los principios generales de la contratación pública. En especial el de planeación, lo que compromete funcionalmente a las autoridades, particularmente a las administrativas.

Como consecuencia, el diseño de las decisiones administrativas debe receptor los propósitos del Estado social y democrático de derecho, con el fin de que realmente sean dirigidos a la satisfacción de las necesidades sociales, y que en su ejecución, sean coherentes con estas fórmulas de nuestro ordenamiento jurídico.

Encontrándose el contrato de concesión de servicios públicos, fuertemente vinculado con los postulados y finalidades del Estado social, las razones de su procedencia y operatividad deben estar explicadas por la administración en el fenómeno y conflicto social, que se pretende atender con su configuración.

Este método fue primordialmente empleado en la década de los '90. Dado que en dicha época, la Argentina llevó a cabo un muy ambicioso proyecto de privatizaciones, otorgando concesiones y licencias para la prestación de distintos servicios públicos.

A tenor de lo expuesto, surge como conclusión inevitable que la concesión de los servicios públicos no es en sí misma un simple instrumento formal. Por lo tanto, en su estructuración, deben conjugarse las múltiples variables que garanticen la prestación material del servicio, bajo condiciones constitucionalmente aceptables.

## **2.4 Las subvenciones estatales**

Frente al desconcertante panorama que plantea el servicio de transporte público de pasajeros, no caben dudas que los subsidios que reciben hoy en día estas empresas por parte del Estado, es reflejo de la inoperancia que presenta el sistema. En esta idea reflexiona el jurista español Garrido Falla (2006) "...Si el servicio necesita ser subvencionado, es preferible que esté en manos públicas" (p. 359).

La cuestión que aquí trataremos se origina a través de la siguiente pregunta ¿Qué es lo que mantiene vivo al sistema de subvenciones en un escenario en el cual la privatización y la liberalización han alcanzado una mayor importancia?

Para ello, resulta imprescindible una exposición sintética, pero a la vez circunstanciada, de las diversas etapas por la que ha atravesado la regulación legal, y que nos conduce hacia la razón del panorama actual.

Como veremos a continuación, la situación del sistema de transporte se encuentra estrechamente vinculada a la concepción legislativa del sistema de seguros.

### **2.4.1 Un poco de historia**

Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, en nuestro país existían alrededor de 160 aseguradoras en el mercado, que emitían aproximadamente un millón de pólizas al año (Fernandez Dirube, 2011).

En virtud del crecimiento y el auge del sector, a través del Decr. n° 15.345 dictado por el gobierno de facto del año 1946, y con la finalidad de crear un sistema nacional de seguros y reaseguros, nació el Instituto Mixto Argentino de Reaseguros (IMAR), integrado por el Estado y por sociedades anónimas de seguros (Vilá, 2012).

Reestablecido el orden constitucional y habiendo sido electo como presidente Juan Domingo Perón, aquél envió al Congreso Nacional una serie de decretos-leyes dictados durante el gobierno de facto, y así por intermedio de la Ley n° 12.988, sancionada el 13 de junio de 1947, quedó convalidado el sistema del IMAR.

Pero en el año 1952, se comenzó un proceso de estatización de las empresas, que en ese entonces eran mixtas. Así, el 13 de octubre de 1953 por disposición de la Ley n° 14.152 se dispuso finalmente sustituir al IMAR por el Instituto Nacional de Reaseguros (INDER). Principalmente, dicha entidad pretendía evitar el pago de primas de reaseguros al exterior, con el objeto de impedir la evasión innecesaria de divisas.

Así, como consecuencia del mal manejo del sistema, a lo que se sumó la

devaluación económica y el exceso del número de oferentes en el mercado que achicaban la brecha del negocio global, que podía recibir cada uno de los integrantes y reducía su capacidad de retención, creció el endeudamiento de las aseguradoras con el INDER. En definitiva, las entidades eran productoras mayoristas de seguros, con un solo gran asegurador real, que era el Instituto.

La cantidad de juicios creció a causa de la generalización de la cobertura de responsabilidad civil ilimitada en la rama automotores, vigente desde el año 1974. La ineficacia en la cobranza de primas, la falta de capital para financiar el crédito otorgado y la inflación, entre otros factores, generaron dificultades para el pago de los siniestros, en ocasiones, forzando los rechazos. Esta situación, provocó el crecimiento de los reclamos judiciales, que de alguna manera significaban la posibilidad de diferir el pago de los siniestros encubriendo la insuficiencia de caja, y con lo cual se generaba un pasivo (Siniestros Pendientes).

El sistema empezó su proceso final en el año 1991 con la liberación del 40% de las cesiones al Instituto, y finalmente desde el 1° de enero de 1992 con la liquidación definitiva de aquél.

Tal como lo plantea Sobrino (2009)

la existencia de un reaseguro nacional, con participación mixta (estatal y privado), no monopólico, con alta profesionalidad y alejado de los vaivenes políticos, es una cuestión que entendemos como muy conveniente para los intereses de nuestra Nación. Recordando, nuevamente, que el seguro y el reaseguro son uno de los sistemas de ahorro más importantes que tiene un país (p. 19).

De esta forma, sostiene el mismo autor, en ese entonces, "se pasó, sin escalas intermedias, de un reaseguro nacional y monopólico, a un reaseguro privado, cuasi-oligopólico y extranjero" (p. 20). A la vez, esta implementación generó que las empresas aseguradoras nacionales se encuentren en desventaja para poder negociar las condiciones de la póliza. Como resultado, enfatiza Sobrino "las primas que se abonan por el mismo, no quedan en nuestra patria, sino que son transferidas al exterior, haciendo que perdamos una masa de dinero muy importante, que podría servir para el desarrollo nacional" (p. 21).

Conforme podemos advertir, esta síntesis histórica es un reflejo más de los problemas que ha tenido que atravesar el mercado de seguros, hasta nuestros días y que como veremos a continuación, repercutió en el transporte público.

#### **2.4.2 La situación actual**

Hasta el año 1991, el transporte público se vio beneficiado por una enorme

transferencia de recursos que se efectivizó a través del Instituto Nacional de Reaseguros (INDER). Como reasegurador monopólico, esta entidad, autorizó tarifas especiales para las líneas de colectivos, admitiendo que los riesgos de responsabilidad civil originados en tal actividad, fueran transferidos por las aseguradoras a muy bajo costo, manteniendo éstas una escasa, o mínima retención sobre el riesgo.

La incidencia de esta cuestión, generada bajo las condiciones de un mercado reasegurador libre, provocó que las aseguradoras que operaban en el ámbito de la responsabilidad civil del transporte público automotor de pasajeros, se vieran obligadas a cerrar contratos de reaseguro con prioridades a su cargo no inferiores a los \$ 200.000. Esta circunstancia, colocó a numerosos siniestros a su cargo en forma exclusiva, pues la mayor cantidad se encontraba comprendida dentro de ese límite (Traverso, 2012).

Entre los años 1991 y 1997 la carga de siniestros registrada en las reservas de tales aseguradoras, las llevó a perder su capacidad para hacer frente a los mismos, provocando en muchos casos, su insolvencia y liquidación. Como resultado de ello, en la década de los '90, se liquidaron más de 100 compañías de seguros.

Ante esta situación, el Decr. 260/97, les otorgó a las aseguradoras el beneficio de poder pagar las indemnizaciones por accidentes en 60 cuotas y con un plazo de gracia de seis meses. A su vez, también declaró la emergencia del sector hasta marzo del año 2000. En el decreto citado, se justifica la emergencia del servicio público a causa del incremento del 20 por ciento de los juicios contra empresas de colectivos durante el año 1996, que totalizaban unos 27.000 por un monto estimado de 600 millones de pesos.

También, hace mención a los 9 millones de personas que viajan diariamente en colectivo, y a las cien mil personas que trabajan en las empresas de transporte, que se verían afectadas por una eventual suspensión del servicio.

En este contexto se suscitó la crisis de 2001, que motivó la implementación de subsidios al sistema de transporte, que se justificaron, en ese entonces, por el aumento del precio internacional del petróleo y en virtud de que la mitad de la población estaba por debajo de la línea de pobreza (Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas, 2001).

Ante este panorama nacional, las empresas de transporte se veían en la necesidad de aumentar la tarifa. Para evitar ello, se implementó un sistema de compensación a las empresas, denominado Sistema Integrado de Transporte Automotor (SISTAU) según la Res. conjunta n°. 18/2002 del Ministerio de la Producción y n°. 84/2002 del Ministerio de Economía. El fondo para pagar los

subsidios, se abastecía a través de un porcentaje (18,5%) del precio que se obtenía por cada litro de gasoil que se vendía en la Argentina.

Dado que los montos que se recaudaban hasta ese momento, resultaban insuficientes para abastecer al sistema, en junio de 2006, se formó el Régimen de Compensación Complementaria (RCC) para pagar subsidios de colectivos metropolitanos. Unos meses más tarde, de ese mismo año, se creó uno de similares características denominado Compensación Complementaria Provincial (CCP), con la finalidad de dar respuesta al reclamo de los dueños de colectivos del interior.

Este sistema se complementa con diversos beneficios tales como, créditos para los empresarios que deseen renovar sus unidades. En estos casos, el Estado aporta un crédito a una tasa de 7% anual, a cinco años, con tasa fija. Para obtener este beneficio, es necesario presentar un "Certificado de Elegibilidad" que emite la Comisión Nacional del Transporte (CNRT) en el que consta que ese sujeto de crédito recibirá subsidios, y que con ese dinero se cancelará el pago. Además del beneficio crediticio, el empresario obtendrá un mayor subsidio por haber adquirido, una unidad nueva. En principio, la asignación correspondiente a cada línea de colectivo se realiza teniendo en cuenta la recaudación, los pasajeros transportados y los kilómetros recorridos.

Según datos obtenidos a través de la página oficial del Ministerio del Interior y Transporte, en enero y febrero de 2014 se transfirieron, en promedio, sesenta millones de pesos por día al sector. Esta cifra alarmante, genera gran oposición, entre otros motivos, porque representa mucho más que la que se destina a otros rubros tales como seguridad, salud y vivienda.

Asimismo, debemos tener en cuenta que pese al gran caudal de dinero que implica para la sociedad subsidiar al transporte, resulta innegable que el servicio presenta grandes deficiencias, a pesar de los beneficios e incentivos económicos que recibe.

La importancia que tiene este medio de transporte, es que es utilizado por diez millones de personas en todo el país, ello significa aproximadamente, el 25% de la población de nuestro país.

Sin embargo, no podemos dejar de evidenciar que la explotación del servicio se realiza a través de tarifas que compiten por debajo de los costos operativos, en la actualidad subsidiada por el Gobierno Nacional, con una demanda que se está reponiendo de la baja de los últimos años. Pero, no es deseable que esta situación se prolongue en el tiempo.

### **2.4.3 La Comisión Nacional de Regulación del transporte (CNRT)**

Un modo de contemplar formalmente los intereses de los pasajeros fue disponer la creación de un órgano de control que tendría entre sus objetivos instrumentar los mecanismos necesarios para garantizar la fiscalización y el control del sistema, con el objetivo de garantizar la adecuada protección de los derechos de los usuarios.

Para ello fue creada la Comisión Nacional de Regulación del Transporte por el Decr. del Poder Ejecutivo Nacional n°. 660 del mes de junio del año 1996. Su estructura y funciones se aprobaron por el Decr. n°. 1388 de noviembre de ese mismo año. Tiene como funciones principales el contralor y fiscalización de los operadores de los servicios de transporte automotor y ferroviario de jurisdicción nacional, así como la protección de los derechos de los usuarios.

Por su parte, el Decr. n° 2284/91 de Desregulación Económica enunció los principales cambios tendientes a profundizar la libertad económica y la reforma del Estado, incluyendo la puesta en marcha de entes reguladores, la reforma fiscal y la desregulación del comercio exterior e interior.

Bajo este enfoque, se modificó esencialmente el modo de concebir las tareas relativas a la regulación, control y fiscalización de los servicios prestados a la población y anteriormente administrados casi en su totalidad por empresas estatales, dando lugar a la privatización de las mismas y a la aparición de los entes reguladores. De esta forma, conforme hemos venido reseñando, el Estado delegó en operadores privados la gestión de los servicios privatizados, reservándose la facultad de regular y controlar la actividad de los mismos.

En la actualidad la característica principal del Organismo es la de reunir en un único ámbito, el control y la fiscalización de los principales operadores del transporte terrestre de jurisdicción nacional.

## **2.5 El contrato de transporte ante el usuario**

El transporte se encuentra estrechamente relacionado con actividades productivas, por ende, posee efectos e impactos determinantes en la fijación de precios y tarifas, que repercuten en el consumo y el comercio en general. Su función económica, lo ha convertido en una herramienta dinámica, que constituye uno de los pilares del desarrollo de la vida en sociedad.

Jurídicamente, presenta una dinámica muy particular, dado que se nutre de otros ordenamientos para poder cumplir su función; al respecto podemos mencionar, la injerencia de la Ley de Tránsito n° 24.449, el régimen de seguros y la tutela del consumidor.

Pero la problemática de este contrato no sólo se encuentra relacionada con la vigencia e interpretación de normas contemporáneas referidas a tránsito y transporte, conforme precisamos anteriormente, sino también por las diferentes jurisdicciones intervinientes en la regulación del transporte que pueden ser: nacional, provincial o municipal; y por las diferentes formas de prestación que pueden ser otorgadas por el Estado (concesión, permiso, licencia) y por la distinta naturaleza jurídica de los mismos (servicios públicos propios o impropios).

Podemos puntualizar que el transporte es el acto por el cual se trasladan cosas o personas desde un punto a otro, por aire, tierra o agua (Varangot, 1952). Consecuentemente, se infiere que este contrato implica un acuerdo de voluntades, por el cual una empresa de transporte terrestre, marítimo, fluvial, lacustre o aéreo, se compromete a transportar personas o cosas, de un sitio a otro, a cambio de un precio.

Las partes son: el transportista o empresario de transporte, y el pasajero, si se trata de un transporte de personas, o el cargador, cuando se trate de transporte de cosas. Es, pues, un contrato bilateral, oneroso y habitualmente de adhesión, sujeto por tanto, a normas generales.

Resulta de nuestro interés dentro de este margen normativo, referirnos exclusivamente al transporte público terrestre, regular y permanente de uso general, comúnmente denominado colectivo. Con esta descripción, queremos aludir a aquéllos que se encuentran sujetos a itinerarios, calendarios y horarios preestablecidos, que se prestan de forma continuada, para atender necesidades concretas, dirigidos a satisfacer una demanda general. Siendo, por tanto, utilizables por cualquier interesado, dado que se encuentran destinados a la comunidad en general.

El transporte terrestre de pasajeros viene regulado en sus aspectos esenciales, salvo aquéllas normativas de carácter local, por la Ley Nacional n°. 24.449.

Por su parte, el art. 8 inc. 5° del Código de Comercio menciona dentro de los actos de comercio a los realizados por las empresas de transporte respecto de personas o cosas, por aire o por tierra. Asimismo, en dicha regulación, encontramos disposiciones aisladas sobre el transporte de pasajeros por vía ferroviaria. En cambio, referidas al transporte terrestre no existen disposiciones específicas en él, aplicándose por analogía las leyes de transporte por ferrocarril (arts. 204 a 206).

En cuanto al Cód. Civ., podemos destacar que solamente regula el transporte denominado benévolo o civil, es decir, aquél que no está siendo prestado con fines de

lucro, ni organizado como prestación cotidiana por una empresa.

Al respecto, el CCCN, no resultó ajeno a la imprecisión legislativa que dominaba la disciplina y lo definió en el art. 1280, de la siguiente manera: "Hay contrato de transporte cuando una parte llamada transportista o porteador se obliga a trasladar personas o cosas de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero o cargador, se obliga a pagar un precio o flete".

En estos contratos, la principal obligación que asume el transportista consiste en trasladar incólume al viajero entre los lugares convenidos, y en el plazo acordado. A su vez debe tener las condiciones de seguridad, rapidez, ambiente, comodidad, etc., que hubieran sido acordadas o fueren reclamables administrativa o normativamente. Ello, también implica, tener los seguros que conforme a la legislación vigente resulten exigibles.

En cuanto a los derechos de los pasajeros, podemos mencionar que aquéllos disponen de la facultad de desistir libremente y unilateralmente del contrato de transporte antes del inicio del viaje o durante el transcurso del mismo, abonando al transportista los gastos soportados por la prestación efectuada y, en ocasiones, el lucro cesante. Esta aptitud tiene una justificación en la libertad consagrada en la C. N. –Preámbulo y art. 19-; es que la autodeterminación debe prevalecer sobre cualquier compromiso contractual que se haya asumido, debiendo reconocerse a los individuos la posibilidad de desistir de ese contrato, sin perjuicio de la indemnización que le corresponda al transportista por ello.

Ahora bien, cuando nos referimos al transporte público de pasajeros, debemos tener en cuenta que el usuario del transporte no puede negociar en su tenor o en su confección las condiciones: sólo puede aceptarlas tal como son ofrecidas o directamente no contratar. No es el pasajero quien se pone de acuerdo con el conductor de la unidad, el trayecto a recorrer y el precio, por ello entendemos que el modelo contractual se asemeja en mayor medida a la de un contrato de adhesión (2.7).

Frente a la tipología e implementación contractual, entendemos que, el pasajero puede ser considerado un usuario en los términos del art. 1 de la LDC, y por ende, gozará de las garantías establecidos en dicha norma legal. Siendo que el damnificado o "persona siniestrada" es el usuario del servicio, más adelante indagaremos si otorgarle dicho carácter le permite (o no) reclamar ser incluido dentro de la categoría de "consumidor" allí prevista.

## 2.6 La responsabilidad civil del transportista terrestre

Paulatinamente, tanto en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, las cuestiones derivadas del transporte han ido encontrando sustento al amparo de lo dispuesto por el art. 42 de la C.N., sobre todo en materia del deber de seguridad y trato digno de los ciudadanos que utilizan estos servicios.

Con carácter general, debemos afirmar que dicha responsabilidad se engloba en las normas de derecho común a través del ilícito contractual.

La culpa del transportista alcanza motivos tales como la muerte, lesiones y demás daños corporales causados al pasajero. También incluye, al retraso, a la cancelación y a la interrupción injustificada del viaje, por cuanto en principio y aún ante la falta de regulación y diligencia por parte de los organismos que controlan estos servicios, estos hechos suponen un incumplimiento contractual por los que el transportador debe responder. En principio la indemnización incluye, los daños efectivamente causados, el lucro cesante y el daño moral ocasionado.

La responsabilidad del transportista por la muerte o lesión del pasajero, durante el transporte, si es que no ha sido ampliada por las partes contratantes suscribiendo el correspondiente convenio, emerge del art. 184 del Cód. Com. que dispone:

En caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable.

Ahora, con la entrada en vigencia del CCCN podemos decir que dicha norma encuentra réplica en el art. 1291, el que señala: “Además de su responsabilidad por incumplimiento del contrato o retraso en su ejecución, el transportista responde por los siniestros que afecten a la persona del pasajero y por la avería o pérdida de sus cosas”.

Estos artículos, encuentran sentido a través de lo que la doctrina ha interpretado como responsabilidad empresarial. En tanto que su fundamento, se basa en la idea del riesgo que acarrea el desarrollo de una determinada actividad, bajo una organización profesionalizada. Dado que esta empresa lucra con el servicio, su deber de prevención, previsibilidad y evitabilidad son mayores (Mosset Iturraspe, J. y Piedecabras, M. A., 2009). Ello viene a significar que el factor de atribución es objetivo, por lo que una vez demostrado el daño y la calidad de pasajero, en principio, la empresa de transporte resulta responsable.

Conforme ello, debemos señalar que si bien el Cód. Com., se refiere sólo al transporte de ferrocarril resulta de aplicación analógica para los demás medios de

transporte terrestre, conforme se ha expedido gran parte de la doctrina (Trigo Represas y López Mesa, 2004). Esta cuestión conforme la cita que hemos hecho, ha sido zanjada en el CCCN.

Pero la obligación del transportista que implica llevar al pasajero a destino, que en definitiva es el deber principal del contrato de transporte, no minimiza a la accesoria de seguridad, que impone que llegue sano y salvo. Implicancia que por su condición de accesoria, en modo alguno es de menor importancia que la del objeto contractual. En este aspecto, un sector de la doctrina considera que la obligación de conducir sano y salvo a destino al pasajero en el transporte, es parte de la causa del contrato y no hay razón para desdoblar una misma obligación en dos, que comprende una responsabilidad objetiva única. Es decir, hay una prestación inescindible, que es la de "transportar al pasajero sano y salvo al lugar de destino" (Gamarra, 2003).

Si bien sobre la transportadora no gravita una presunción de culpa, la atribución de responsabilidad es totalmente ajena a ese elemento subjetivo, desde que el sólo hecho de resultar lesionado el pasajero durante el viaje, importa lisa y llanamente el "incumplimiento" de la obligación de resultado consistente en llevarlo sano y salvo al lugar de destino, cuyo fundamento es la obligación de seguridad (Sagarna, 1997).

Se trata de una imputación causal, únicamente destruible con la alegación y prueba de alguna de las eximentes que pudieran haber frustrado el nexo causal, es decir culpa de la víctima, la de un tercero por el cual la empresa no debe responder, o el caso fortuito extraño a la explotación. En esta inteligencia, con mucho mejor criterio el art. 1757 del CCCN señala:

Toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención.

## **2.7 Contratación predispuesta y de adhesión**

Los requerimientos del tráfico mercantil no permiten la negociación minuciosa de los contratos para su adaptación a los intereses concretos y específicos que pueden tener cada uno de los contratantes y, en consecuencia, aparecen contratos tipo, de contenido rígido y predeterminado, que se repiten uniformemente en una reiteración de contratos en los que la voluntad de la parte que contrata, apenas desempeña un protagonismo relevante (Sandoval Shaik, 2013).

De manera que los inconvenientes derivados de la contratación con condiciones preestablecidas, como sucede en materia de seguros y de transporte, no es una cuestión novedosa en nuestro universo jurídico. La poca clarificación del asunto en materia legislativa, incide en la realidad, día a día.

La necesidad de acentuar rapidez y ahorro de costes en las transacciones comerciales, se transformó en un imperativo para el mercado contemporáneo. En virtud de esta situación, la fenomenología que aporta esta tipología contractual, que alcanza su máxima expresión en el seno de las empresas que comercializan a gran escala múltiples productos y servicios, resulta de gran trascendencia. De esta forma, la adopción de este modelo, abruptamente rompe con los esquemas clásicos, que regulan a los contratos en general.

Más allá de los beneficios que puedan llegar a resultar de su utilización en las transacciones diarias, ello no significa que el contratante deba desconocer las cláusulas que allí se estipulan. En razón de ello, las garantías que aporten las empresas a su cognoscibilidad por parte del contratante, resultan ineludibles.

Así, con el correr de los años, estos contratos fueron impregnando cada vez más la realidad del mercado. La primera normativa que se encuentra vigente al respecto, y que les asigna categoría jurídica es el art. 38 de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), el que dispone:

La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Por su parte, el Cód. Civ. no hace mención a este modo de contratación, quedando hasta la sanción del CCCN, en manos de la jurisprudencia y de la doctrina, la interpretación y aplicación de los principios generales en materia contractual a los fines de arribar a algunas concepciones que permitan delimitar su alcance.

En este sentido, el CCCN ha sabido receptar esta idea a partir de algunas normativas, que si bien caracterizan a esta forma de contratación, consideramos insuficiente. De esta manera, el art. 984 consagra: "El contrato por adhesión es aquél mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción".

En este género contractual, el idílico dogma de la autonomía de la voluntad, comienza a desmoronarse. No cabe duda, en este sentir, que la adopción de políticas correctoras por parte del Estado resultan imprescindibles.

Cuando pretendemos analizar este tipo de cuestiones, no podemos dejar de mencionar que la habitualidad de la operatoria comercial no permite un contralor por parte de algún ente externo a la relación que va a nacer, conforme se establece en la LDC. Pese a ello, no podemos dejar de advertir que la operatoria del seguro y del transporte ha decidido operar con un tipo contractual -de adhesión- cuyo resguardo, se encuentra amparado en la LDC, y en el CCCN.

Es necesario precisar, que sin perjuicio de la modalidad que se utiliza para estas contrataciones, ello no le resta el carácter de contrato; esto si entendemos a aquél como la manifestación de dos partes. La diferencia respecto del contrato tradicional es que la voluntad de una de las partes se encuentra circunscripta a una manifestación positiva –si- o negativa –no-.

La pertinencia de la legislación en esta materia, tienen en miras recomponer el desequilibrio real, que se deriva de un vínculo contractual de estas características, donde la determinación bilateral queda reducida a un simple acto de sumisión a un esquema predeterminado unilateralmente.

## **2.8 El seguro de responsabilidad civil en materia de transporte público**

Cuando nació la idea de responsabilidad civil, el transporte no se había desarrollado lo suficiente como para contemplarlo en la categoría de derechos y obligaciones, que de su uso podían llegar a derivarse. Pero lo cierto es que, el transporte público, como medio de desarrollo social y de mercado, acarrea la posibilidad de producción de un daño.

Hoy en día, el nexo que existe entre responsabilidad y seguro en el transporte público hace que los límites establecidos por aquél, en ocasiones, exoneren de cobertura. Ello, a pesar de que el art. 10 de la Ley 12.346 que crea la Comisión Nacional de Coordinación de Transportes dispone: “Las empresas transportadoras que hubieran obtenido permiso de la Comisión Nacional de Coordinación de Transportes estarán obligadas: ... f) a asegurar sus riesgos y los de las personas y cargas que transporten, comprendiendo los riesgos de terceros”.

De esta manera, los usuarios asumen habitualmente posibilidades de riesgo. Frente a ello, de acuerdo a la información que tienen, adoptan ciertas conductas limitativas o no, para la adquisición de determinados bienes o servicios.

En la estructura de negocio actual del modelo argentino de transporte, desde la óptica empresarial, se analizan las posibilidades de riesgo a los fines de obtener un

análisis de mercado de la prestación que se va a ofrecer. De allí, nace el contrato de seguro, que viene a asumir -en principio- financiando e indemnizando el daño por la ocurrencia del siniestro previsto, y que hemos tratado en la primera parte.

Sin embargo, esta situación adquirió especial relevancia cuando en el año 1997 el Decr. de Necesidad y Urgencia (DNU) 260/97 declaró en estado de emergencia al servicio de transporte público de pasajero.

Como consecuencia de ello, la Superintendencia de Seguros de la Nación procedió a dictar la res. 25.429/97 que autorizó el modelo de póliza para la cobertura básica de responsabilidad civil del transporte público automotor, con una franquicia o descubierto obligatorio de \$40.000 a cargo del asegurado. El Anexo II en la cláusula 4° establece: "El Asegurado participará en cada acontecimiento cubierto que se tramite por la vía administrativa o judicial con un importe obligatorio a su cargo de pesos cuarenta mil (\$ 40.000)". Esta pauta, aún vigente, genera una clara desprotección al usuario de transporte público, y todos los demás miembros de la sociedad que se puedan ver expuestos a algún tipo de incidente en el cual un colectivo resulte parte, y el hecho le sea reprochable.

En primer lugar, debemos señalar que el importe de la "franquicia" o "descubierto obligatorio" impuesto, parece significar que la mayor parte de los daños sufridos por terceros quedan "sin seguro". Para demostrar esta afirmación, podemos ingresar al sitio web de la Cámara de Apelaciones Nacional en lo Civil, correspondiente al Poder Judicial de la Nación en la sección de consulta de cuantificación de daños, y advertiremos que gran cantidad de los rubros correspondientes a lesiones, se encuentran dentro del monto establecido en la franquicia. Con lo cual, en la mayoría de las ocasiones, será la empresa de transporte la responsable de abonar la indemnización.

Por sobre todo, cabe recordar que los DNU, conforme lo establece el art. 99 de la Constitución Nacional, deben ser sometidos por el Jefe de Gabinete a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, que en el plazo de diez días, debe elevarlo al plenario de cada Cámara, y finalmente aquéllas habrán de considerar el despacho de la Comisión Bicameral. Pero la manda constitucional que hace referencia a una legislación para analizar los DNU y la creación de esta Comisión, ha sido efectivizada recién en el 2006 a través de la Ley n°. 26.122.

Es por ello que, atento a la no existencia de la Comisión Bicameral Permanente por la omisión del Poder Legislativo, Bidart Campos (1997) sostiene que el Presidente no podrá dictar decretos de necesidad y urgencia, y los que ha hecho, son inconstitucionales, de nulidad absoluta e insanable. Como resultado, advertimos que ha sido un DNU inconstitucional lo que ha originado esta imposición legal,

comprometiéndose una vez más, la esencia republicana y la idea del Estado de Derecho.

Mención aparte, merece la facultad detentada por la Superintendencia de Seguros de la Nación para poder decidir el monto e imposición de la franquicia en materia de transporte público. Esta contemplación del instituto y la remisión que se hace a las pautas que se fijan han conducido a Stiglitz (2004) a sostener que dicha delegación constituyó la génesis de la inconstitucionalidad del sistema pues, la Superintendencia de Seguros de la Nación, al “legislar”, sobre Contratos y Responsabilidad Civil, infringe lo dispuesto por el art. 75 inc. 12 de la C.N., ya que se trata de tópicos reservados al Congreso de la Nación.

Por ende, la continuidad de este sistema atenta contra el ordenamiento en la medida que ha sido conformado a través de reiteradas irregularidades que lo tornan antijurídico desde su nacimiento.

## **2.9 La franquicia en el seguro**

Conforme hemos dado cuenta anteriormente, en el sistema de seguros de transporte automotor de pasajeros, la SSN ha elaborado un régimen con un tope indemnizatorio, a nuestro criterio, en forma ilegal. En los hechos, la realidad nos muestra que cada pasajero que adquiere su boleto -lo que significa que cumple con su parte del contrato-, confía en que se encuentra cubierto por el seguro que establece la Ley Nacional de Transporte. Por el contrario, lo que obtiene si sufre un perjuicio, es un enredo legal que le permite a la empresa responsable, no cumplir con su parte del contrato.

Sentado ello, podemos afirmar que el seguro con franquicia es aquel en el que, en caso de que ocurra una eventualidad, el tomador se compromete a pagar una cantidad fija de los daños ocasionados. Es el monto por el que el asegurado es propio asegurador de sus riesgos y en virtud del cual, en caso de siniestro, soportará con su patrimonio la parte de los daños que le corresponda.

Este régimen, se establece generalmente con el objetivo de excluir de la garantía del asegurador los siniestros de escasa importancia económica que le insumen gastos administrativos. Y para que, al existir una repercusión económica del siniestro en el propio asegurado, procure aquél con mayor interés, evitar su ocurrencia o reducir sus efectos.

En la redacción de la LS se establece que el asegurador debe indemnizar el

daño sufrido por el asegurado como consecuencia de un siniestro cubierto dentro los alcances, límites y condiciones establecidas en la póliza contratada (art. 118). Sin embargo, uno de los límites a ese deber resarcitorio lo constituye la inclusión contractual de una "franquicia", es decir, de una parte del monto necesario para reparar el daño causado a un tercero que, de ocurrir el siniestro amparado por el seguro, será soportado íntegramente por el asegurado -causante del daño-.

Paradójicamente, en un sentido contrario a esta interpretación, el art. 1195 del Cód. Civ. consagra que el contrato sólo surte sus efectos entre las partes que lo celebran y sus herederos, salvo, en cuento a éstos, si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles. Fundamentalmente, establece que los contratos no pueden perjudicar a terceros. Esto significa que nadie puede obtener sin su aceptación efectos de los actos ajenos, sobre todo, si éstos le son perjudiciales. En tal idea también el art. 1199 del Cód. Civ. dispone "que los contratos no pueden oponerse a terceros, ni invocarse por ellos...", lo cual implica que los otorgantes no pueden, mediante la autonomía de la voluntad, crear obligaciones en cabeza de terceros; ni éstos pueden invocarlos, puesto que no están facultados para hacer valer derechos contra las partes otorgantes del mismo.

Por su parte el CCCN en el art. 1021, ubicado en la sección de efecto relativo de los contratos indica "el contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley". No podemos obviar que esta redacción, permite inferir que en el caso del contrato estipulado legalmente, en favor de terceros en principio resultaría válido.

En el plano real, y como consecuencia de lo establecido por la SSN, el asegurado debe pagar cuarenta mil pesos de franquicia con más intereses y costas proporcionales (arts. 110, 111, 116, 2ª parte, y conc. de la LS). Halperín (1966) refiere que:

El art. 116, párr. 2º, hace aplicación concreta en materia de transacción: el asegurador entregará los fondos que correspondan según el contrato. De ahí que deba asimismo los intereses, no sólo porque se halla en mora, sino también porque retuvo ese capital y gozó de él durante ese lapso, goce que se compensa con los intereses (...) Sería injusto que el asegurador conservara el goce del capital debido al tercero y el asegurado debiera pagar los intereses; es el cumplimiento del art. 116, parte segunda (p. 438)

Como consecuencia, la franquicia estipulada en el contrato de seguro para el autotransporte público de pasajeros, concretamente, funciona como un "descubierto obligatorio" que importa que el asegurado participe siempre, en cada acontecimiento, en cada siniestro, con un importe obligatorio a su cargo de \$ 40.000.

Con este panorama fácilmente se puede deducir, que sólo se protegen los

intereses del sector empresarial. El sistema claramente demuestra que no tiene como finalidad legítima la de resguardar los intereses generales de la sociedad, sino la de los individuos integrantes de dicho sector. Trasladando así -en contra del principio de igualdad que regula el art. 16 de la Constitución Nacional- a las víctimas de los accidentes de tránsito, las consecuencias que de aquéllos hechos se deriven.

La situación que describimos, encuentra sustento en las decisiones que se toman en el ámbito judicial. De esta manera, a pesar de que la ley afirme que “se deben cubrir eventuales daños causados a terceros”, en la realidad, las víctimas dependen no de la legislación sino más bien de “una serie de eventos afortunados”, para poder recibir la indemnización.

Hasta aquí, resulta claro determinar que frente a un ilícito, en principio la obligación del transportista es reparar el daño al transportado, mientras que la entidad aseguradora debe velar por la indemnidad de la empresa. Como veremos más adelante (4.9.3.2), ello no resulta ser tan así.

### **2.9.1 Oponibilidad vs. Inoponibilidad**

La reseña legislativa, precedentemente efectuada, alimenta el debate que gira en torno a determinar si la franquicia prevista para los seguros de transporte público de pasajeros, es oponible o no al damnificado. Si bien la respuesta consideramos que se encuentra en la legislación, la jurisprudencia delineó tres posibles soluciones:

- 1) las cláusulas continentales de franquicias o descubiertos obligatorios son oponibles al damnificado;
- 2) son inoponibles y la demanda progresa por la totalidad del daño;
- 3) son inoponibles y la condena es solidaria pero con derecho a repetición por parte de la aseguradora -respecto de su asegurado-, por el excedente de lo pagado.

En el primer caso (oponibilidad), se entiende que el asegurador que fue parte del proceso a través de su citación en garantía (art. 118, LS) debe indemnizar al damnificado reclamante en los términos del contrato de seguro, pudiendo oponer todas las defensas que tuviere contra el asegurado y que hayan nacido con anterioridad al hecho generador del daño. Prácticamente todas las opiniones en este sentido, se basan en la literalidad del art. 118 de la LS y en la viabilidad de la inclusión de franquicias o descubiertos obligatorios en las pólizas mediante la reglamentación dictada por la SSN.

En el segundo y tercer caso (inoponibilidad) se entiende que la introducción contractual de franquicias o descubiertos obligatorios cede ante los derechos de los

terceros damnificados.

Técnicamente, comprendemos que ninguno de los tres razonamientos parece ser acertado. En el caso de la oponibilidad entendemos que no resulta convincente, dado que proviene de una hermenéutica jurídica, basada en la Resol. 25.429 de la SSN y en el art. 118 de la LS, que como ya hemos señalado, es inconstitucional.

Por su parte, la inoponibilidad deriva de argumentos basados en el carácter reparatorio de la indemnización asegurativa, y se prescinde de argumentar en relación a: que el elevado monto de la franquicia opera como un supuesto de "no seguro", y que la cláusula contractual que implementa la franquicia es -en principio- válida, pero entre las partes del contrato.

Finalmente, la inoponibilidad utiliza un criterio de equidad que no deriva de un análisis conglobado de la normativa aplicable y prescinde dogmáticamente del art. 118 de la LS. A la vez, se sostiene que a la víctima, se le impone un contrato en el cual no ha formado parte. Entendemos que esta última interpretación es válida, pero debe acentuarse tal criterio, en la falta de información por parte del damnificado, respecto a su existencia.

Más allá de la deducción precedentemente efectuada, un sector de la doctrina ha interpretado que el seguro con franquicia es una modalidad autorizada (Halperín I., 1993). Por lo tanto, el desconocimiento de la documental y de la franquicia devendrían inatendibles. Es que si la presentada no fuera la póliza que cubre el siniestro, no se habría probado la existencia de otro contrato que habilite la citación en garantía de la asegurada y por ello no se la podría condenar. Por otro lado, no se podría tener por reconocido el contrato en parte, pues el contrato es una unidad y la franquicia le es inescindible.

Respecto a la oponibilidad de la franquicia, la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires el 3 de noviembre de 2010 tuvo oportunidad de expedirse al respecto en la causa C. 104.106, "Barrios, Miguel Ángel y otro contra Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otros. Daños y Perjuicios". En dicho decisorio rechazó por insuficiente el recurso extraordinario interpuesto por la aseguradora, al no haber esta última rebatido la totalidad de los fundamentos esgrimidos en el fallo atacado. La sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Lomas de Zamora que declaró la inoponibilidad a la actora de la franquicia del contrato de seguro suscripto por la accionada y la compañía aseguradora, quedó así firme. La Cámara de Apelación sustentó su decisión en la confrontación de la franquicia autorizada por la resolución 25.429/97 con el art. 68 de la ley 24.449 y 42 de la Constitución Nacional y entendió que la inoponibilidad de tal cláusula también se sostenía en otros "razonamientos":

sea por reputar que la cláusula de la póliza vulnera los límites impuestos por el art. 953 del Código Civil, o porque es abusiva en los términos del art. 1071 del mismo Código e incluso, si se juzgan aplicables las disposiciones que regulan la protección del consumidor (arg. arts. 1, 2 y ccdtes. de la ley 24.240), porque deben tenerse por no convenidas las estipulaciones que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños (art. 37, inc. 10, ley citada).

El Supremo Tribunal provincial avaló tácitamente este pronunciamiento al no revocarlo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse al respecto, y ha mantenido en reiteradas oportunidades su postura en favor de la oponibilidad al damnificado de la franquicia.

En los autos “Cuello Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro Antonio s/ Daños y Perjuicios” del 7 de agosto de 2007 el Máximo Tribunal dejó sin efecto una sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había declarado inoponible al damnificado la franquicia establecida en un seguro de responsabilidad civil de un vehículo de transporte público automotor. Para decidir de tal forma, tuvo en cuenta que la franquicia se encontraba legalmente prevista y que no era incompatible con el principio de reparación integral de los daños ya que, al contrario, incentivaba la prevención de los mismos, en tanto el asegurado debía evitarlos sino respondería con su patrimonio por una parte de ellos.

También reflexionó que la libertad de contratar, y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que la Corte debe proteger como tribunal de garantías constitucionales que resulta ser. Asimismo, consideró que la libertad de ejercer una industria lícita, celebrar el contrato y fijar su contenido son garantías que se encuentran tuteladas constitucionalmente, y que se viola dicho principio si se lo modifica judicialmente. Por lo que la franquicia, -a su criterio- es oponible al tercero damnificado, y la sentencia no puede ser ejecutada contra la aseguradora, sino en los límites del contrato.

En esa oportunidad, al revocar la sentencia, en el voto allí formulado, el Ministro de la Corte Suprema de la Nación, Ricardo Luis Lorenzetti sostuvo: "la Sentencia recurrida se apartó de la legislación vigente sin fundamento razonable y esta decisión, además de apartarse de pronunciamientos de esta Corte Suprema, tiene consecuencias relevantes sobre el sistema de responsabilidad civil".

Cabe destacar, que en dicha oportunidad, se resolvió en forma análoga a lo ya meritado en las causas “Nieto, Incolaza del Valle c/ La Cabaña S.A y otros s/ Daños y Perjuicios” y “Villareal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro y otros s/ Daños y Perjuicios”, falladas el 8 y 29 de agosto de 2006, respectivamente.

Esta postura, fue nuevamente receptada en autos “Empresa Bartolomé Mitre s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito (González Nélida y otro)” con fecha 4 de junio de 2013. En esta ocasión, se declaró admisible el recurso extraordinario interpuesto por protección Mutual de Seguros del Transporte Público de Pasajeros – citada en garantía en autos-; y como consecuencia, se revocó la sentencia dictada por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, admitiendo así que la franquicia prevista en el contrato de seguro es oponible al tercero damnificado, y por ende, la sentencia podrá ser ejecutada contra la aseguradora, en los límites de la contratación prevista.

En sentido contrario se ha expedido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil mediante el plenario “Obarrio, María Pía c/ Microómnibus s/ Daños y Perjuicios” dictado el 13 de diciembre de 2006. Allí, se dispuso que en los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia, como límite de cobertura fijada en forma obligatoria por la SSN, no resulta oponible al damnificado.

La incertidumbre que se genera en el ámbito judicial nacional a causa de esta cuestión es insostenible. Tengamos en cuenta que el plenario "Obarrio", por aplicación del art. 303 del Código Procesal de la Nación, se tornó obligatorio para toda la Cámara, y para los juzgados civiles de primera instancia. Pero a la vez, el criterio de la CSJN es en el sentido contrario. Para una corriente, esto ha significado descalificar el plenario. Con lo cual, se siguen adoptando opiniones contrapuestas sobre una misma cuestión.

Ello se evidencia en la posición adoptada por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos “Del Águila c/ Expreso General Sarmiento s/ daños y perjuicios” (26/5/2008), en el cual se dejó de lado lo decidido en el plenario y se receptó la doctrina de la SCJN.

Ha dicho en este aspecto la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, Ac. 85566 del 25/7/2002)

...la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene efectos, tanto en los temas federales como en aquellos que no lo son, de vinculación hacia los tribunales inferiores. En el primer caso por tratarse del intérprete último y más genuino de nuestra Carta Fundamental; en el segundo, vincula moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal..

Pese a todas las interpretaciones, toda vez que la LDC, amplió el concepto de consumidor extendiéndolo a quien sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, utiliza servicios como destinatario final y a quien "de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo", en el caso, la víctima del accidente. Así lo resolvió el 04/02/2011 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Civil, sala M, en autos "De Marco, Nicolás v. Línea 71 SA" -aún cuando en este caso la víctima no era pasajero- y agregó:

que existiendo una modificación legal relevante que confirma la línea de razonamiento aplicada en el fallo plenario de esta Cámara y nuevos argumentos que no han sido tenidos en cuenta por el alto tribunal en su momento, en mi opinión, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia invocadas por el recurrente no constituyen óbice para continuar aplicando el fallo plenario "Obarrio, María Pía c/ Microomnibus Norte S.A. y otro s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios" del 13 de diciembre de 2006, que estableció la inoponibilidad de la franquicia al damnificado (sea transportado o no).

Estos nuevos argumentos son el sistema de protección que instaura el régimen del consumidor que habilita a tener por no convenientes: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte (art. 37 Ley 24240).

Dado que la transportista no puede operar sin encontrarse asegurada, considero que la fuerza expansiva que emana del art. 40 de la referida ley alcanza también a su aseguradora por tratarse de un contrato conexo legalmente obligatorio para la prestación del servicio, y por ello debe responder integralmente frente a la consumidora del transporte público.

Aún más, en autos "G., D. E. F. vs. Velázquez Sosa, José Osmar y otros s./ Daños y perjuicios" la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones (09-05-2011) sostuvo

(...) ponderando los fallos que se han dictado recientemente en materia de seguros, y principalmente, la sanción de la Ley 26.361– que modificó la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 – de orden público, nos llevan a considerar que, en aquellos supuestos en que los contratos de seguros son obligatorios – como el caso que nos ocupa- las cláusulas de exclusión en ellos previstas resultan , no ya inoponibles, sino nulas.

Dicho ello, los camaristas argumentan que :

(...) a raíz de ello resulta totalmente inaplicable el concepto de efecto relativo de los contratos (artículos 1195 y 1199 del Código Civil) respecto de las personas que están expuestas a dichas relaciones de consumo (conf. Sobrino, W.A.R., "La inoponibilidad de la franquicia de los seguros obligatorios", La Ley del 24/07/08)... La víctima pasa a ser, lo que se conoce en doctrina como "bystander" y ello trae aparejado que se encuentre protegida por los derechos que el estatuto del consumidor le acuerda. Desde ese enfoque, la cláusula de exclusión de cobertura es nula en cuanto "desnaturaliza las obligaciones o limita la responsabilidad " de la aseguradora debe tenérsela por no conveniente(artículo 37 inciso 1º Ley 24.240 reformada por la Ley 26.361) y por ende, corresponde hacer extensiva la condena a su respecto, sin que quepa evaluar si se configuró el supuesto de hecho previsto en la mencionada cláusula.

Desde ese enfoque, la cláusula de exclusión de cobertura en cuanto

desnaturaliza las obligaciones o limita la responsabilidad de la aseguradora debe tenérsela por no convenida (inc. 1, art. 37, Ley 24240, ref. por la Ley 26361) y, por ende, corresponde hacer extensiva la condena a su respecto (voto de la Dra. Abreut de Beghe al que adhirió el Dr. Caludio Kiper).

Recordó la Dra. Abreut de Beghe en dicho pronunciamiento que ha sido el mismo Tribunal Supremo quien ha dejado abierta implícitamente la posibilidad de apartarse de sus pronunciamientos, siempre que se aporten nuevos argumentos que justifiquen modificar la decisión adoptada por el Tribunal (cfr. CSJN, in re "Losa", Fallos 316:221, con cita de "Cerámica San Lorenzo", Fallos 307:1094).

Con las distintas citas efectuadas, podemos concluir, que ninguna de las partes involucradas en estos procesos, se encuentra inmerso en un sistema que le garantiza seguridad jurídica.

Estos criterios interpretativos, relativos a la desnaturalización del seguro, la protección de las víctimas y la observancia de normas de orden público, estimamos son aplicables también a los casos de franquicia de las empresas de auto transporte, y por las mismas razones, conducen a declararla inoponible. Además comprendemos que esta solución, es la que se adecúa al marco normativo vigente, y por ende no puede ser dejado de lado.

## **2.9.2 Aplicar el derecho**

Como vemos, la cuestión, tiene diferentes aristas que deben ser tenidas en cuenta a los fines de concluir la controversia, y así generar que la respuesta sea justa para todos los sujetos integrantes de la relación, que se pueda llegar a derivar con motivo de un siniestro.

A nuestro parecer la franquicia no es ilegal, puede existir y ello es correcto en materia de operatoria asegurativa.

Pero esta salvedad, no puede generarse a partir de una injusticia padecida por los destinatarios del servicio.

El tema es preocupante, a causa de sus repercusiones socio-económicas, que afectan a miles de personas.

Con esta perspectiva, no cabe duda que la víctima debe ser resarcida, y ese debe ser el eje con el cual el legislador debe zanjar la cuestión, no desde una óptica económica que preserve los beneficios de las aseguradoras y empresas de transporte.

Además cabe señalar que el CCCN en el art. 1121 -ubicado en la regulación de contratos de consumo, Libro III Título III- determina que no pueden ser declaradas

abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado, ni las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas. Ahora entonces, ante la situación descrita ¿es necesario aclarar que lo impropio de la sanción de la franquicia, y por ende, su abusividad?

## **2.10 La víctima sin resarcimiento**

En el ámbito de la responsabilidad civil, la obligatoriedad de reparar el daño, no siempre se cumple dado que en algunas ocasiones el generador del daño se da a la fuga o no tiene un seguro contratado, o vigente.

Dentro de este contexto cabe cuestionarnos, qué sucede con la víctima, el rol del Estado y las posibles soluciones.

Entendemos que, encontrándose regulado un régimen de contratación obligatoria de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores con cobertura por daños a terceros, tiene el Estado el deber jurídico y por tanto una responsabilidad, respecto de los daños causados por aquéllos individuos que no cumplen con el mandato legal.

### **2.10.1 La intervención estatal**

La responsabilidad del Estado, ha suscitado arduos debates. Recientemente ha sido un tema de discusión en virtud de que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (2012) incluía algunos artículos al respecto, que luego fueron vetados por el Poder Ejecutivo.

Al respecto Dromi (2006) considera que el Código Civil trata de la personalidad de las personas jurídicas pero que la materia de responsabilidad del Estado pertenece al derecho administrativo y que se suele hablar de responsabilidad civil del Estado, pero que no se trata de una responsabilidad de derecho privado y sólo podríamos afirmar que es civil en el sentido de que se traduce en una indemnización de daños y perjuicios. Cabe agregar que, en ésta misma lógica y paralelismo Ritto (2014, p. 80) dice que:

(...) la responsabilidad del Estado, objetiva y directa, tiene en nuestro derecho sus presupuestos fundantes en nuestra Carta Magna, aunque no haya un artículo que establezca la obligación genérica de reparar, y es una creación de nuestro más alto Tribunal, sin que sea necesario recurrir como

se debate en la actualidad a una ley especial que la regule y que de sancionarse deberá receptor dichos lineamientos.

Por ello consideramos oportuno señalar que, precisamente es el Estado quien crea las vías de tránsito u otorga su eventual concesión. Ejerce su dominio público sobre ellas, y tiene la carga de cumplir en forma monopólica y excluyentemente el control de la circulación y el cumplimiento efectivo de los requisitos para acceder y transitar por la vía pública.

La cuestión aquí tratada no es menor, dado que el 99% de los accidentes viales se produce, en la vía pública. Es decir, en un ámbito físico que pertenece al dominio público del Estado, conforme lo dispuesto por el anterior art. 2340 inc. 7 del Cód. Civ. y el actual art. 235 del CCCN. Nótese también, como consecuencia lógica, que el art. 14 de la C.N. establece el derecho a transitar libremente, en condiciones de seguridad.

De forma tal que, es el Estado el único con facultades para autorizar, ordenar, restringir, condicionar, y hasta prohibir la circulación vehicular en las calles, avenidas y rutas. Lo cierto es que, al tener el pleno y absoluto poder, también tiene la responsabilidad que de allí se derive.

La gravedad de la situación, no puede ser ignorada. Si bien la normativa otorga la posibilidad de recurrir a la vía civil a los fines de realizar los reclamos pertinentes, esta situación implica efectuar gastos, invertir tiempo y un resultado dudoso.

Si nos planteamos un escenario favorable, podemos advertir que la condena al pago de indemnización puede dar lugar a un nuevo juicio de ejecución de sentencia. A su vez, durante el transcurso de dicho expediente puede ser que descubramos no hay bienes ni posibilidad de cobro del daño sufrido, por lo que el panorama resulta desalentador. Ello, siempre que el causante del daño haya sido identificado.

## **2.10.2 La solución en otras legislaciones**

Algunos países con cobertura obligatoria de responsabilidad civil por daños a terceros, han advertido situaciones, en las que los damnificados no perciben la compensación correspondiente. Frente a este panorama, han instaurado fondos de garantía o mecanismos equivalentes, que otorgan cobertura para aquéllos casos.

Esencialmente, el papel que se le asigna a estos fondos, es el de garantizar a la víctimas la efectiva indemnización de los daños en aquéllos casos en los que el vehículo causante del accidente no hubiera sido identificado o, habiéndolo sido, carecía de seguro obligatorio en el momento del siniestro.

En algunos casos cumplen otras funciones de respaldo financiero o técnico o

compensatorio, al mercado asegurador y, también, como en el caso de España, hasta se ocupan de la liquidación de entidades aseguradoras.

Generalmente, reciben el dinero a través de un impuesto o recargo sobre las primas o algunas otras formas tales como un porcentaje del impuesto a la circulación (caso de Queensland-Australia), o a través de un porcentaje de las multas cobradas por infracción a las normas que establecen el seguro obligatorio (caso de Uruguay, por ejemplo).

### **2.10.3 Consorcio de compensación de riesgos**

En España, a este sistema receptado por las directivas de la Unión Europea, se lo denomina "Consorcio de Compensación de Seguros". Se constituye como una entidad pública empresarial, con personalidad jurídica propia y tiene plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. Se encuentra dotada de un patrimonio distinto al del Estado, cuya actividad se ajusta al ordenamiento jurídico privado, y se encuentra adscrito al Ministerio de Economía y Competitividad. En cuanto a su régimen jurídico, se rige por las disposiciones de su estatuto legal, y en lo que no se oponga al mismo, por lo expresamente establecido para las entidades públicas empresariales.

Este Consorcio, nacido por unificación de varios organismos, en el año 1954 además de operar como un Fondo de Garantía, tiene otras múltiples actividades vinculadas al mercado del seguro, de carácter compensatorio y también de fomento. Tiene el objeto de indemnizar los daños causados por vehículos, en ciertas circunstancias, generalmente es la falta de contrato, y como asegurador directo, para prestar cobertura a los vehículos de titularidad de ciertos entes públicos.

Aquí, el marco conceptual resulta relevante, dado que para la regulación específica existen algunos supuestos en los que los accidentes, no son cubiertos. A modo ejemplificativo, podemos decir que aquéllos vehículos que no se encuentren en condiciones de ser autorizados por la autoridad administrativa para circular o los que se utilizan en determinadas prácticas deportivas no son cubiertos por el consorcio, dado que no integran la categoría de vehículos de acuerdo a lo establecido por el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor (SOA).

El ámbito de injerencia es fundamentalmente sobre aquéllos accidentes ocurridos en España, causados por vehículos desconocidos (art. 11.a), o a los que hayan ocurrido en cualquier estado miembro del Espacio Económico Europeo, por un

vehículo con estacionamiento habitual en España.

Los daños a los que se hace referencia, son los producidos en los bienes y en las personas. Generalmente los Estados miembros de la Unión Europea suelen reparar los daños sufridos en las personas, dejando de lado los materiales, ello generalmente fundado en la posibilidad de fraude.

El criterio adoptado por España, a los fines de indemnizar los daños materiales ha sido que del siniestro se deriven también daños corporales significativos, entendiendo a éstos como aquéllos que requieren atención hospitalaria. Cuando sólo se registran daños materiales, las posibilidades de fraude aumentan sensiblemente. Por sobre todo, las restricciones que se generan al respecto consisten en el reclamo de daños generados por el propio conductor (Rives Seva, 2009).

Una cuestión que genera controversias al respecto, es la que tiene que ver con la prueba. Si bien la carga de demostrar lo acontecido es del perjudicado, muchas veces ello no resulta ser tarea sencilla, dado que generalmente la prueba que se presenta para acreditar la circunstancia de desconocimiento del vehículo embistiente, es la testimonial. Sin perjuicio ello, no se encuentran limitadas las posibilidades del organismo ya sea por vía extrajudicial o judicial, para realizar todas las pruebas que considere pertinentes.

Respecto a los automotores que no se encuentran asegurados, cabe advertir que los requisitos son que tenga estacionamiento habitual en España, y que no esté asegurado (art. 11.1.b). Además, el consorcio extiende su cobertura, respecto de aquélla obligación de indemnizar por daños causados por aquéllos vehículos que si bien tienen cobertura, la aseguradora se encuentra en concurso o en estado de liquidación.

Como podemos inferir, el consorcio cubre una amplia cantidad de posibilidades.

A su vez, dispone de un derecho de repetición contra algunas personas, claro está, que aquéllos conductores que no hayan podido ser identificados, no se encuentran dentro de esta categoría. De esta manera, la certificación efectuada por el Presidente del Consorcio de Compensación que acredita el saldo impago, por parte del generador del daño, reviste el carácter de título ejecutivo.

Cabe señalar que España, a su vez, es uno de los países europeos con menor porcentaje de vehículos sin asegurar, estimándose alrededor de un 3% del parque automotor (Dirección general de seguros de España). Con este dato, resulta incuestionable que la existencia de una legislación eficiente, no alcanza, sino que se necesita un estricto régimen de control y de sanciones para su cumplimiento.

Las cuestiones que se suscitan en torno a esta problemática radican en la naturaleza que detenta esta transferencia del daño que realiza la víctima, hacia la

sociedad. Siendo en definitiva una solución que evita el sistema de responsabilidad civil, y se transforma en un régimen de seguridad social.

#### **2.10.4 El Fondo de libre circulación ciudadana**

En resumidas cuentas, lo enigmático que se genera alrededor de aquella víctima que no puede ser compensada, no es una problemática exclusiva de la Argentina. La situación descrita se encuentra cotidianamente en los regímenes de responsabilidad civil del mundo, por lo que se debe elaborar una solución al respecto en el ámbito nacional. Los ejemplos enunciados, demuestran que con responsabilidad y a través de instrumentos idóneos, se pueden alcanzar excelentes resultados.

Cabe preguntarse entonces, qué tipo de medidas ha implementado nuestro país para los damnificados sin indemnización. Lamentablemente, ninguna. Por ello, consideramos prudente la creación de estos fondos en nuestro país.

En nuestro caso, creemos que el fondo debería denominarse de libre circulación ciudadana, dado que el derecho que se quiere consagrar es la libertad de los individuos y su seguridad, conforme lo advierte la Carta Magna. El ejemplo de España puede servir como referencia -en este aspecto- a fin de que las víctimas sean compensadas. Además la implementación de este sistema se debe enmarcar junto con la actividad preventiva que debe desarrollar el Estado, para impedir la circulación de todos aquéllos vehículos que no se encuentren en condiciones de hacerlo.

A su vez, las directrices adoptadas en el marco de la Unión Europea resultan ser de gran interés para nuestro sistema mercosureño. En efecto, tengamos en cuenta que gran cantidad de accidentes se producen dentro de la ruta del MERCOSUR, justamente a causa del gran tráfico automotor que representa para nuestro país y para la región.

#### **2.11 El Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE)**

El SUBE, es un sistema de prepago que permite abonar con una sola tarjeta inteligente, viajes en colectivos, subtes y estaciones de trenes adheridas a la red, en el transporte público del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), y que paulatinamente se está extendiendo hacia otras provincias.

Fué creado por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decr. n° 84/2009, con

el objetivo de optimizar el acceso al Sistema de Transporte Público de pasajeros del país.

Recientemente la Res. 1535/2014 del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación dispuso que las provincias y los municipios en cuya jurisdicción operen empresas destinatarias de subsidios y que tengan más de 200.000 habitantes "deberán adoptar las medidas necesarias a los fines de que dichas empresas implementen el Sistema Único de Boleto Electrónico (SUBE)"

La implementación de este sistema provocó grandes polémicas. Arduas discusiones se generaron en torno a la participación o injerencia del Estado en las empresas, asociada al manejo de los 11 millones de pasajes que se emiten a diario, al paquete de subsidios que otorga el Estado a las empresas de transporte y al control y fiscalización implicado en la operatoria misma del SUBE en temas de relaciones laborales, ingresos públicos y control de calidad de los servicios.

A su vez, la privacidad de todos los datos recabados conforme regula en forma orgánica la Ley de Protección de Datos Personales nº 25.326 y el Decr. reglamentario 1558/01, fueron ejes de la discusión.

Al respecto estima Ghersi (2012) que se trata de una tarjeta inteligente, violatoria del derecho personalísimo a la privacidad, ya que el Estado obligó a quienes la obtenían a condicionar su entrega informado su documento de identificación y domicilio, a partir del cual por el sistema de tecnología empleado el Estado está informado constantemente de los viajes de los usuarios.

Mientras que el prefinanciamiento que significa el aporte de los usuarios, en calidad de futuros pasajes, tampoco debe ser una cuestión a la que deba restársele importancia. En este aspecto refiere Ghersi (2012), los "usuarios", al tener que comprar viajes por adelantado, están prefinanciando el sistema de transporte, que en su conjunto le permite al Estado obtener una caja de alrededor de \$140.000.000 de pesos que mantiene en su haber durante un tiempo y luego liquida a las empresas y estas a obtener un reemplazo del subsidio estatal y obtener así prefinanciamiento.

Frente a este panorama, el transporte público ya no resulta ser un servicio más, sino que el Estado al manejar el pago de los pasajes, que de su utilización se derivan, no resulta ser un mero espectador que impone algún tipo de reglamentación y que supuestamente fiscaliza su cumplimiento. En efecto, podemos concluir que todos los transportes cuyo servicio es prestado en la región del AMBA son empresas mixtas, dado que reciben capitales del Estado, de los particulares titulares de las sociedades y de los usuarios.

Conforme lo hasta aquí desarrollado, cabe señalar que frente a una empresa de estas particularidades la responsabilidad del Estado no se advierte sólo en el

contralor, sino también, porque resulta ser mediador del cobro de la tarifa, lo cual lo coloca en un lugar más sensible.

## **2.12 El Mercado Común del Sur**

En la situación global actual, la realidad internacional muestra la existencia de grandes bloques, donde los Estados persiguen mediante procesos de integración mejorar sus condiciones, a través de este sistema de cooperación.

La integración consiste en un proceso de formación de un sistema común coherente entre una pluralidad de países, con cierto grado de interacción e interdependencia. Si la unión es económica ello va a significar, que no existan barreras proteccionistas que afecten la libertad en la circulación de bienes y servicios.

Así la injerencia que adquiere el transporte en los procesos de integración es fundamental, dado que ese es el medio por el cual se trasladan habitualmente las mercaderías y los factores productivos. Si bien, la falta de concreción —en materia de unión económica— es un rasgo característico del MERCOSUR, ello no puede significar que esto sea correcto. Así, el transporte se vislumbra, como un aspecto pendiente más en la lista.

En nuestro continente se ha instalado una idea generada por algunos pensadores latinoamericanos, que contemplan la satisfacción de logros parciales, por lo que en el aspecto regional el panorama resulta desalentador.

Como consecuencia de esta corriente, la meta final ha sido sobrevalorada, y por ende, la idea de la integración en Latinoamérica no ha logrado alcanzar los objetivos esperados. Sobre todo, si se compara con los avances de otras integraciones.

Resulta penoso que esto suceda, ya que conforme relata el profesor Basedow (2003) "los primeros países en tomar el camino hacia la unificación del derecho privado y en particular del derecho internacional privado fueron algunos Estados latinoamericanos que, en 1878, concluyeron el Tratado de Lima".

Esto significa que la iniciativa tendiente a la agrupación de los diferentes Estados, se ha gestado en la zona, pero no se ha sabido receptar su trascendencia de manera adecuada.

El estado actual parece haberle dado la razón a Rijken Van Olst (1962) quien en su oportunidad decía en relación a esta región "el mayor obstáculo al desarrollo económico acelerado es el conservadurismo de ciertas capas de población", a lo que

agregaba "a menudo, mayor interés en ganar influencia política y en hacerse rico jugando a la lotería que en iniciar actividades empresariales".

### **2.12.1 Los comienzos del MERCOSUR**

No cabe duda que el siglo XXI ha sido desafiante para algunos países, y como consecuencia, para algunas regiones; Sudamérica no ha sido la excepción. Las nuevas expectativas sociales y económicas que plantea la globalización, han sido el puntapié inicial que vió nacer a la mayoría de los procesos de integración que hoy se encuentran vigentes en el mundo. El modelo gestado por la Unión Europea ha sido y continúa siendo ejemplo de lo bueno y lo malo que estos procesos representan.

Al respecto Karl Deutsch (1970) refiere que integrar "significa generalmente construir un todo con las partes, es decir, transformar unidades previamente separadas en componentes de un sistema coherente". Así, durante los procesos de integración, los Estados realizan acuerdos de cooperación, en forma soberana creando un vínculo voluntario y asociativo con miras a un fin. En este aspecto Isaac Cohen (1981) enfatiza que es un "proceso mediante el cual dos o más gobiernos adoptan, con el apoyo de instituciones comunes, medidas conjuntas para intensificar su interdependencia y obtener beneficios mutuos" (p. 154).

Cabe recordar, que la plataforma legal sobre la cual se asienta el MERCOSUR ocurrió el 26 de marzo de 1991 con la firma del Tratado de Asunción entre Argentina, Brasil, Paraguay y Brasil. Previo a ello, estos países ya tenían relaciones desde mediados de los ochenta, pero su signatura, implicó la existencia de un instrumento que lo dotó de personalidad jurídica interna e internacional. Al comienzo, el objetivo fue alcanzar un mercado común, que implicaba la liberalización de los cuatro factores productivos dentro del bloque: bienes, capitales, personas y servicios. Luego, se propuso alcanzar una unión aduanera con la liberalización del comercio intrazonal, un arancel externo común y una política comercial común del bloque.

Actualmente, y desde el 4 de julio de 2006 Venezuela también forma parte de la agrupación. Bolivia solicitó su ingreso al bloque y a partir de diciembre de 2012 se encuentra en proceso de adhesión. Además, existen otros países de América del Sur que han hecho acuerdos con el MERCOSUR, ellos son: Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Guyana y Surinam. A estos países se los denomina "Estados Asociados". A la vez, esta unificación, de los países miembro, significó una integración en el plano internacional; reflejo de ello es la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

El MERCOSUR abraza estrechamente los contornos de las organizaciones

internacionales de vocación regional. Ventura (2005) considera que en esta integración se ha adoptado un modelo institucional minimalista; ello, en virtud de la asimetría que existe entre su propósito constitutivo ambicioso y la fragilidad de los medios puestos a disposición por los Estados parte.

### **2.12.2 El transporte regional**

El derecho del transporte, traspasa las fronteras y por ende, genera repercusiones en el ámbito del derecho internacional. Sin duda, el crecimiento y el progreso del territorio, está indisolublemente unido al desarrollo de las comunicaciones; ello claramente sucede en la región mercosureña.

El transporte internacional terrestre de pasajeros, plantea desde un comienzo una serie de interrogantes cuando se pretende reglamentarlo en un ámbito tan particular. Conforme ya hemos analizado con anterioridad, la temática planteada no reviste una normativa contemplativa del pasajero de transporte terrestre, en el ámbito del MERCOSUR.

Sin embargo, existen algunas normativas, que nos pueden acercar a algunas nociones que consideramos necesarias. En el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Ouro Preto, se han asumido compromisos en materia de integración física, que consisten en el desarrollo, ampliación, perfeccionamiento y mantenimiento de interconexiones de tránsito bioceánicas con sus correspondientes pasos de frontera, que faciliten el libre tránsito de personas, bienes y mercancías. Sin embargo, la realidad nos presenta un panorama diferente, al que allí se ha pretendido alcanzar.

Dentro de este compromiso, el primer antecedente en materia de integración subregional lo hayamos en el Convenio sobre Transporte Internacional Terrestre del año 1966, y fué firmado por Argentina, Brasil y Uruguay; luego adhirieron Paraguay y Chile.

Actualmente el transporte terrestre se encuentra regulado por el Acuerdo de Alcance sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT), firmado en el marco de la ALDI. Fue protocolizado en 1990 en la Asociación Latinoamericana de Integración, al amparo de lo previsto en el Tratado de Montevideo de 1980, como un "Acuerdo de Alcance Parcial". Este es el principal instrumento que regula la prestación de los servicios de transporte terrestre por carretera, tanto de carga como de pasajeros, además de regular también el transporte por ferrocarril entre los países signatarios: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Si bien este acuerdo se arribó en el marco del Foro Subregional Sectorial "Países del Cono Sur", lo cierto es

que en esta asignatura, ha sido recibido en el ámbito mercosureño, como el instrumento idóneo para el tratamiento de estas cuestiones, por lo que podríamos incluirlo dentro de los acuerdos marco.

El ATIT es parte del reconocimiento que los países hacen del transporte terrestre internacional como un servicio de interés público y fundamental para la integración, dentro del cual la reciprocidad debe ser entendida como el régimen más favorable para optimizar la eficiencia del servicio. Instituye una norma jurídica respecto a los aspectos administrativos del transporte carretero, común para la subregión, en la que se reflejan los principios generales y esenciales para desarrollar un servicio de transporte internacional.

Al respecto podemos destacar lo establecido en el capítulo II en relación al Transporte Internacional por Carretera, allí se establecen una serie de definiciones de las que se deducen que el ATIT consagra una operación de transporte por carretera regular y permanente, de cargas o de personas, con dos excepciones específicas, el transporte propio y el transporte ocasional. El art. 13, dispone:

Las empresas de transporte por carretera que realicen viajes internacionales deberán contratar seguros por las responsabilidades emergentes del contrato de transporte, ya sea de carga, de personas y de su equipaje -acompañado o despachado- y la responsabilidad civil por lesiones o daños ocasionados a terceros no transportados, de acuerdo a las normas que se establecen en el Anexo "Seguros" del presente Acuerdo.

El art. 20 de dicho ordenamiento dice:

Para establecer servicios de transporte internacional por carretera y sus modalidades, deberá mediar un acuerdo previo entre los países signatarios. Estos otorgarán los permisos correspondientes con el objeto de hacer efectiva la reciprocidad, independientemente entre las empresas de pasajeros y las de carga

Luego, en el Anexo III se reglamenta la obligación del seguro obligatorio; principalmente establece los montos mínimos de las coberturas -en dólares-, la obligación del control fronterizo sobre los certificados de cobertura que cada asegurador debe emitir a los asegurados. El mecanismo por el que se instrumenta, es a través de convenios mutuos entre entidades aseguradoras (Peña, 1998).

Este es otro caso donde las normativas declaradas, no se aplican debidamente generando gravosas diferencias entre los países, y entre las distintas jurisdicciones de cada país.

Conforme hemos desarrollado, no hay un derecho uniforme respecto al transporte internacional terrestre de pasajeros en la región. Si bien un específico tratamiento de todas las legislaciones implicaría una exhaustiva búsqueda de las legislaciones de los países integrantes, ello claramente trasciende el marco de esta investigación.

Aquí es preciso destacar la posición del ex secretario general de la ALADI

Operti (1995), quien acertadamente afirma:

no hay un orden jurídico comunitario en el MERCOSUR; por lo tanto debe ser "internalizado", o mejor, incorporado a cada uno de los Estados parte. Por lo tanto no nace el orden jurídico del MERCOSUR originalmente ni como comunitario ni como interno; es una tercera especie. No nace como un orden jurídico supranacional de aplicación predominante sobre los órdenes jurídicos internos, ni nace como un orden jurídico interno con efecto derogativo sobre el respectivo y propio orden jurídico, para el caso que lo tuviere (p. 133).

No cabe duda que resulta fundamental lograr una mejor vinculación entre los ministerios y la administración pública para elevar la coherencia y coordinación de las políticas en el sector de infraestructura. Además, es necesario que la planificación de infraestructura sea consistente con un plan de desarrollo nacional, en el que deben participar técnicos de las agencias responsables de la infraestructura, con una visión de largo plazo, independiente de los ciclos políticos y acorde con la coordinación de las metas subnacionales.

En este marco hemos de citar a Deisy Ventura (2005), quien en forma categórica afirma, "El Mercosur corre el riesgo de tener que asumir nuevos compromisos internacionales sin estar previamente dotado de una estructura institucional a la altura de sus objetivos" (p. 512).

## **2.13 Conclusiones**

En sus comienzos, el transporte público argentino, ha tenido oportunidad de jactarse a nivel mundial, como modelo a seguir. Sin embargo, la actualidad nos muestra que esa situación se ha modificado.

Nuestro objetivo en este capítulo consistió en volver a poner de relieve la dimensión e importancia que presenta el transporte público. Fenómeno este que, a pesar de no ser reciente, sí suscita una novedosa preocupación en el ámbito jurídico, porque con mayor frecuencia se lleva a cabo a través de complejas intervenciones estatales.

La gran cantidad de subsidios que recibe del Estado y la lamentable recepción "legal" del seguro en el transporte público de pasajeros es una muestra más de la crisis que atraviesa el sector.

Efectivamente, y conforme venimos destacando es un servicio público, con lo cual entendemos que debe ejecutarse de una manera ejemplificante para el resto de la sociedad. Esto significa que, debe garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, entre las que se encuentra reparar el daño causado.

La Res. 25.429 de la SSN, conforme hemos reseñado, forma parte del problema central que aquí tratamos de exponer, dado que es inconstitucional por violar los arts. 31 y 75 inc. 12 de la Constitución Nacional. Por ende, seguir utilizando esta normativa, torna ilegal todo procedimiento que pretenda justificarlo. Esta discusión nos parece agotada, en la medida que argumentemos que la C.N. es la punta de nuestra pirámide normativa.

La situación descripta permite sostener que la regulación estatal en esta materia, no actuó como garantía para la ciudadanía.

Por esta razón, los retos y desafíos que citamos, deberán constituir el foco que ilumine la puesta en marcha de un transporte público, seguro para sus pasajeros, pero sobre todo para toda la comunidad.

Fundamentalmente, debemos recordar que la aplicación de la ley especial de seguros no puede constreñir los derechos protegidos por la Constitución Nacional y por leyes de orden público, que promulgan soluciones más beneficiosas para un grupo en particular.

Es por tanto evidente, que el usuario de transporte público no ha recibido el tratamiento que le corresponde en razón de su calidad. Por ello, a continuación, vincularemos a estos individuos con el régimen protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor.

No podemos dejar de señalar, que el cambio siempre requerirá una toma de conciencia en la sociedad. Y necesariamente, deberá reclamar espacios de visibilidad y poder, lo que obligatoriamente implica un compromiso por parte de todos los poderes del Estado.

### **III. El nuevo paradigma integrador de la Ley de Defensa al Consumidor. Dinámica legislativa: origen, presupuestos y alcances.**

#### **3.1 Generalidades**

El Derecho como fenómeno cultural que es, no es estático, aunque algunos pretendan que así lo sea; por el contrario se encuentra en un constante proceso de evolución y transformación. Si bien habitualmente éste, resulta ser más lento que las necesidades y novedades que el mundo de hoy introduce, ello no significa que el esfuerzo de la legislación, por estar a la vanguardia, resulte en vano.

Así, los derechos del consumidor se desarrollan como una disciplina que nace en el horizonte jurídico, buscando un espacio, dentro del contexto de una sociedad “globalizada”. Pero dicho fenómeno, no hizo más que advertir y profundizar la asimetría de las relaciones entre empresas y consumidores, y la regulación de sus derechos y deberes.

Sin embargo, la protección del consumidor, se ha ido abriendo camino en el mundo jurídico a pasos agigantados. A través del tiempo, ha adquirido fuerza, y se ha ido posicionando como un nuevo escenario que avanza día a día, y que repercute en principios que se consideraban superados en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. Ante la creciente complejidad que ello suscita, teniendo en cuenta los sujetos e intereses en juego, resulta imprescindible un análisis pormenorizado de la temática.

En consonancia con lo argumentado por el filósofo Julián Marías (1991) en cuanto a que el desconocimiento de la historia es probablemente el factor más inquietante de la situación intelectual de nuestro tiempo, consideramos prudente para nuestro análisis –conforme lo venimos haciendo-, comenzar por los antecedentes históricos de los derechos de los consumidores, dado que a nuestro entender, ello permitirá comprender la finalidad con la cual se ha gestado esta disciplina.

#### **3.2 Antecedentes históricos**

Desde que el hombre existe, consume; de eso no cabe duda. En un principio,

buscaba lo necesario para autoabastecerse, para sobrevivir. Pero, con el paso del tiempo, comenzó a producir más de lo que consumía. Esta situación, motivada con la aparición de la vida en sociedad, generó que comenzaran a surgir nuevas necesidades a fin de mejorar las condiciones alimenticias, de vestimenta y vivienda.

Ayudado por los avances en las técnicas, y en la búsqueda de mayores comodidades, el hombre comienza a dividir las tareas que necesitaba para su subsistencia. De esta manera, en lugar de que una persona tuviera que ser autosuficiente, se comienza a especializar en una labor en particular, e intercambia sus bienes por otros, con personas que realizan una distinta actividad; ello a fin de complementar los bienes necesarios para su subsistencia.

Así fue que las primeras formas de comercio entre los hombres, consistieron en el intercambio de productos mano a mano: lo que uno poseía y no necesitaba se cambiaba por lo que el otro tenía y le sobraba. Es decir, el trueque.

Esta modalidad continuó, hasta que los avances de la técnica generaron que un bien no se pudiera utilizar como sistema de pago por otro; o bien porque el producto que el otro tenía no le interesaba, ya sea por su precio o calidad, o porque la elaboración de un bien implicaba más trabajo que otro. Por esta razón, debía buscarse una unidad de medida equivalente para todos. Aquí, es donde nosotros situamos el primer antecedente histórico del derecho del consumo. Porque en ese instante, el hombre toma conciencia del valor de canje de lo que produce, por ende, del trabajo realizado. Allí, comienza a reclamar el derecho que le correspondía por el producto que estaba dando a cambio –fuerza de trabajo–.

Con estos antecedentes, se inicia la utilización de metales preciosos u objetos valiosos como sistema de cambio: granos de sal, piedras preciosas, o especias, hasta que surge la moneda.

Estos fueron, también, nada más y nada menos que los principios del comercio.

Mucho más adelante, y después de la Segunda Guerra, el avance tecnológico, y la mayor disponibilidad de mano de obra —producto de la paz y del aumento demográfico— significaron un gran incremento en la producción industrial. Como resultado de ello, importantes sectores sociales de los países industrializados aumentaron considerablemente su poder adquisitivo.

Para mantener esta situación, era necesario acrecentar la producción y, en forma paralela, el consumo, para que se pudiera absorber todo lo fabricado. Con este interés, se incorporó a los sectores medios y bajos en el mercado de productos, antes reservados a las clases más privilegiadas. Este modelo, basado en el consumo masivo se lo denomina “sociedad de consumo”, y encuentra certeza a través de dos

mecanismos: la publicidad y las ventas a crédito.

Esta nueva forma de vida se basa en el consumo de todo tipo de artículos, como uno de los principales caminos para la realización individual de los seres humanos, o por lo menos, ese era –y es- el estereotipo que se pretendía imponer.

La demanda de bienes de consumo queda situada en un lugar céntrico de la explicación de los orígenes del crecimiento económico moderno, lo que en un tiempo gestó, la cultura de masas. Paulatinamente, en muchas sociedades se introdujo la idea de que vivir es consumir. Ello implicó, el surgimiento de una nueva escala de valores, en la que se prioriza el éxito económico, la abundancia de bienes y la búsqueda del máximo bienestar. Todo se compra y se vende; por eso esta situación provoca profundas insatisfacciones, entre quienes no consiguen esos objetivos; es decir los que menos poder adquisitivo tienen.

De esta manera, la venta de productos de consumo crece de forma imparable gracias a la publicidad, dirigida a una población cada vez más amplia, que se encuentra en condiciones de adquirirlos. Las nuevas técnicas publicitarias presentan los productos no sólo de forma atractiva, sino haciéndolos indispensables, con el objetivo de aumentar el consumo.

Lo cierto es que, en esta época, la relación de consumo se efectivizaba -más que nunca- en un marco de completa desigualdad. De forma tal que, el individualismo y principio de no intervención del Estado, aplicados a la relación de consumo, dió origen a la "Teoría del libre mercado y el consumidor individual" (Bourgoignie, 1993). Allí, se establecía que el empresario y el consumidor se encontraban en igualdad de condiciones porque la relación se generaba en un mercado libre, regido por las reglas de la oferta y la demanda. Dicha imposición, se encuentra reflejada, en la doctrina del *caveat emptor* ("let the seller beware"), receptada por los anglosajones, la cual establecía que en la formación e interpretación de los contratos, era lógico y natural que el empresario tratara de obtener ventajas del consumidor; y si éste no utilizaban el sentido común para evitarlo, entonces no debía quejarse (Valmaña Ochaita, 2006).

Paralelamente, en el derecho occidental moderno, se arraigaron ciertos principios que datan de la Revolución Francesa. Partiendo de la premisa que a todos los hombres se los consideraba libres e iguales, resultaba lógico que la contratación esté regida por el principio de autonomía de la voluntad y, por ende, que el contrato fuera ley para las partes. Entonces, el derecho, sólo debía intervenir para velar que la voluntad manifestada fuera realmente libre, y en definitiva debía rodear de garantías a los negocios jurídicos de los particulares (Arrighi, 1994).

Con el paso del tiempo, la circulación masiva de bienes y servicios hicieron de la contratación una actividad cotidiana, que exigía rapidez, en virtud de que la oferta,

era lanzada simultáneamente a un número indeterminado de posibles contratantes. Frente a este esquema, se imposibilitó aplicar los principios de la contratación tradicional a las convenciones de consumo, sustituyéndose las conversaciones previas y las cláusulas negociadas, por cláusulas predispuestas impuestas por el contratante más fuerte. Incluso, los medios tradicionales de resolución de conflictos se volvieron obsoletos ante esta nueva realidad. Sobre todo porque ni la cuantía de los asuntos, ni las urgencias de los adquirentes justificaban los largos y costosos procesos judiciales, todo lo que fomentaba un estado de indefensión total del consumidor, ante los abusos de los agentes económicos más poderosos.

En los Estados Unidos en el año 1914 (Farina, 1997), y desde los inicios de la creación de la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*), se comenzó a proteger al consumidor. Aquella tenía como objetivo principal, impedir la aplicación de prácticas comerciales desleales; pero dicho esfuerzo, no fué suficiente.

La década de los 60, fué determinante para que se empezara a tomar conciencia de la importancia que tenía el consumidor en el sistema capitalista. Ello provocó que la legislación, tuviera que empezar a brindar soluciones a los problemas que dicho grupo padecía.

La primera conferencia internacional de dirigentes de organizaciones de consumidores se celebró en La Haya en marzo de 1960. Al finalizar la reunión, cinco de las 17 organizaciones presentes firmaron los documentos necesarios para crear la Organización Internacional de Uniones de Consumidores (IOCU). Esta preocupación y compromiso también ha repercutido en nuestra región, al respecto podemos destacar que dicha entidad elaboró -a consideración de sus asociados- un proyecto de Ley Modelo para América Latina.

Pero no fué hasta que John F. Kennedy (1962) en su discurso ante el Congreso sentenció que "por definición, el término Consumidores, nos incluye a todos", que el tema comenzó a tener relevancia. Luego de dicha afirmación agregó, "son el grupo económico más amplio que afecta y es afectado por casi cada decisión económica pública o privada. No obstante, es el único grupo importante...cuyas opiniones a menudo no son escuchadas" (Ovalle Favela, 2001).

Con esta premisa, en esa oportunidad, el entonces presidente de los Estados Unidos, pasó a esbozar un conjunto de prerrogativas en favor de los consumidores que, a través del tiempo, se convirtieron nada más y nada menos que en los principios que inspiraron a los derechos de los consumidores conforme se conciben en la actualidad: el derecho a la seguridad, el derecho a la información, a ser escuchado, a ser compensado, a la educación para el consumo, a un ambiente sano, a la satisfacción de las necesidades básicas y, el derecho a elegir.

Al mismo tiempo, y más allá de las posibles medidas que se pudieran adoptar a nivel internacional, la circulación de bienes y servicios entre distintos Estados también generó la necesidad de adoptar medidas en los ámbitos de las agrupaciones económicas.

Un ejemplo es el Tratado de Roma (1957), que creó la Comunidad Europea, en el cual los arts. 85 y 86 refieren a la competencia y al respaldo de los consumidores, en ese ámbito. Pero recién en el año 1972 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa editó la Carta Europea de Protección al Consumidor, que luego se tradujo en medidas concretas a través del Programa Preliminar para una política de protección e información de los consumidores.

En el ámbito internacional, también podemos hacer referencia a que en el año 1985 las Naciones Unidas adoptaron las Directrices para la protección del consumidor, estableciendo las reglas mínimas que debía contener cualquier legislación, cuya meta fuese la defensa del consumidor.

Allí, se sentaron los principios elementales en temas como: información, responsabilidad del proveedor y participación del Estado. Estas Directrices, centran su atención en los intereses y necesidades de los consumidores, reconociendo que este sector afronta a menudo, con relación a los empresarios, desequilibrios generados a causa de la capacidad económica, el nivel de educación y el poder de negociación.

Esta misma idea, fué receptada por la Carta de la OEA (reforma de 1985), la cual introdujo en el art. 39.b.i la necesidad de que los Estados miembro realicen esfuerzos para conseguir “suministros adecuados y seguros para los consumidores”.

### **3.3 La etapa nacional**

En nuestro país, los derechos de los consumidores no formaron parte de la legislación hasta mediados de la década de los 90. A pesar de ello, el antecedente más remoto lo ubicamos en la década del 40 -es decir, mucho antes de los que hemos visto reconocidos a nivel internacional-; dado que en ese entonces, se crearon instituciones tales como el Consejo Económico y Social (1946), el Consejo Económico Nacional (1947), la Comisión Nacional de Cooperación Económica (1949). Cabe agregar que dentro del Consejo Económico Nacional (CEN) se encontraban los “representantes independientes de los consumidores”. Por lo que el consumidor, con estos antecedentes, comenzaba a dar sus primeros pasos en nuestro sistema (Dirié, 1981).

Otros precedentes que podemos citar al respecto -generados a causa de las sucesivas crisis económicas por las que ha ido atravesando nuestro país- son la Ley n° 16.454 sancionada en el año 1964 que otorgó a la Dirección de Abastecimiento la investigación de costos y estudios de mercado en defensa del consumidor estableciendo en forma anticipada los índices del consumo interno y de posible exportación. Asimismo, promovía la educación y orientación de los consumidores no sólo en cuanto a los métodos ventajosos como compradores, sino también como integrantes de una comunidad (León, 1993). A ello se suma, la habilitación en el año 1978 de la Casilla de Correo n° 1000 para recibir los reclamos de los consumidores (Chamatrópulos, 2008).

En la misma dirección, también debemos hacer referencia a la Ley de Lealtad Comercial n° 22.802, que fué sancionada en el año 1983 y estableció por un lado que se procurara asegurar que el consumidor disponga de información acerca de las condiciones en las que le son ofrecidos los bienes y servicios, antes de efectuar su opción de compra, y que ésta se corresponda con lo realmente suministrado. Su objetivo primordial consistió en privilegiar la relación de consumo, de manera que el destinatario de la oferta pudiera valerse de herramientas que lo asistieran en situaciones perjudiciales, actuales o futuras. La aplicación fué de forma extensiva o analógica, sin haberse dictado antes -ni directa ni específicamente- para la tutela de los consumidores. Razón por la cual, surgió la imperiosa necesidad del dictado de una ley especial, que los protegiera.

El primer avance en esta materia, lo introdujo la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) n° 24.240, en el año 1993 que en principio, otorga una protección legal razonable para los consumidores. Sin embargo, la resistencia por parte de algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia, atenta contra su desarrollo e implementación.

Sumado a la legislación citada, en la reforma de la C.N. del año 1994, finalmente el derecho del consumidor adquirió el reconocimiento que se le debía. En esta sintonía, el art. 42 sancionado en ese entonces dice:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y

de las provincias interesadas, en los organismos de control.

La regulación en esta materia, se integra junto con la Ley de Defensa de la Competencia n° 25.156, que configura un instrumento de ordenación y control de las empresas en el mercado, cuyas conductas desleales pudieran afectar libremente la competencia y, en consecuencia, al consumidor, en su calidad de parte débil de las relaciones de mercado.

El Cód. Civ. nada decía respecto al consumidor. Claramente, esto resultaba perjudicial en la medida en que allí el consumidor no se encontraba contemplado, y por ende su interpretación análoga, en nada favorecía al mismo.

Continuando con la labor legislativa, el CCCN, ha receptado al consumidor en el art. 1092 (3.4.1), lo que resulta fundamental, y no hace más que afirmar la importancia que se le quiere asignar a este sujeto, en materia de protección. Sobre todo, ello significa aceptar que muchos de los contratos que se someten a esta órbita protectoria, se encuentran regulados en la legislación civil y comercial.

### **3.4 La posición del consumidor**

Como ha sido acertadamente señalado por Lorenzetti (2006) el derecho del consumidor se ha desarrollado, por la aplicación de normas protectorias que regulan situaciones de vulnerabilidad especial, en una secuencia histórica verificable.

Pero, las disposiciones genéricas que se han formulado en esta materia, presentan una seria dificultad, dada la ambigüedad legislativa implementada. Ante esta situación, consideramos que sólo a través de precisiones doctrinales y jurisprudenciales, se puede encontrar una solución a esta problemática.

La pregunta que primero cabría formularse, es si resulta posible definir al consumidor, conforme la legislación vigente.

A su vez, ¿en qué grado son aceptables las interpretaciones que se hacen y cuánto más las explicaciones jurisprudenciales? Aquéllas ¿Respetan el modelo económico y social establecido en la Constitución? ¿Con qué pautas fundamentales hay que resolver la tensión proveniente de las interpretaciones que se hacen en relación a la LDC y el CCCN?

Si bien existe un amplio desarrollo teórico sobre esta materia, los aportes de Mosset Iturraspe (1994), Lorenzetti (1994) y Alterini (1998), entre otros, serán el punto de partida para nuestra reflexión y teorización, que seguidamente expondremos.

### 3.4.1 Régimen legal

Tal como hemos hecho referencia con anterioridad, el 22 de septiembre de 1993, el Congreso de la Nación dio sanción a la Ley n° 24.240 denominada Ley de Defensa del Consumidor (LDC), que el Poder Ejecutivo promulgó el 13 de octubre del mismo año a través del Decr. 2089/93, y que fue publicada en el Boletín Oficial el día 15 de octubre, fecha de su entrada en vigencia.

En su art. 1 señalaba:

La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a 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. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines. 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, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

La norma precedentemente citada es sumamente amplia, ya que supera la estrechez de la noción de “contrato de consumo” para abrazar la idea más amplia de “relación de consumo”. Esta última, está definida de una manera simple pero contundente por el art. 3 de la LDC que la conceptualiza como “...el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

Resulta evidente que para este ordenamiento jurídico, la condición fundamental para perfilar el concepto de consumidor es la de ser “destinatario final” de un producto, actividad o servicio.

Con esta misma meta, para lograr un posicionamiento en el marco constitucional, y en consonancia con el art. 42 que ya hemos citado (3.3), el art. 43 de la Carta Magna establece:

Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

La realidad demuestra, que ambos textos no cubrieron en absoluto las expectativas que se habían depositado en dichas normas. Sobre todo si tenemos en cuenta que, los debates actuales se centran sobre principios básicos, que en la legislación comparada ya han encontrado certidumbre.

Como consecuencia de la repercusión del estatuto consumerista, el CCCN, no quiso ser menos en torno a esta cuestión, y ha receptado dicho precepto en el art. 1092 que dispone:

Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. 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.

Consecuentemente, se puede advertir que la recepción codificadora ha suprimido al “consumidor expuesto”. Cuestión que trataremos más adelante (4.9.2.2), sobre todo porque dicha recepción, se entiende que implicó la sustitución de lo dispuesto por el art. 1 de la LDC. Sin embargo, un amplio sector de la doctrina estima que la incorporación codificadora ha implicado una expansión en el ámbito protectorio ya que nada puede refutarse con una regulación que surge de una legislación especial -LDC-, codificadora -CCCN- y de raigambre constitucional -C.N.-. Entendemos que dicha postura no hace más que reafirmar la exclusión que se realiza respecto a los derechos garantizados a los consumidores, en la medida que pretender que una legislación sea aplicable, por estar comprendida en la mayor cantidad de cuerpos normativos posibles. A nuestro entender, ello resulta irrazonable. Es un incordio del propio legislador, plasmar la ineficacia que adquieren las leyes que sanciona.

No es una novedad, entonces, que la sanción de la LDC, y su posterior recepción constitucional, hayan venido a trastocar instituciones que en su mayor medida, inciden sobre aspectos que hacen al derecho civil y comercial. A raíz de esto, muchos de los actos jurídicos que se otorgan a diario, caen dentro de esta órbita.

Con lo hasta aquí referenciado, y a modo de adelanto, podemos afirmar que el consumidor es aquél que resulta destinatario final de un producto, actividad o servicio, quedando comprendidas tanto las personas físicas, como las jurídicas.

En definitiva, la norma se encuentra dirigida a todos los integrantes de la sociedad, sin distinción alguna, porque todos los miembros de la sociedad somos consumidores.

Lógicamente, lo determinante será el acto que realice el sujeto, lo que le asignará la calidad, y por ende, la protección. Por ello, la respuesta a los interrogantes que se generen al respecto, deben buscarse a través del diálogo entre la finalidad de tutelar al sujeto más débil, y el objetivo de la legislación.

No debemos olvidar que el régimen legal de protección al consumidor, tiene su base fundamental en la “Ley de leyes”. Esto representa un claro testimonio de los concretos propósitos que se han de advertir, en torno a la fundamentación y

categorización constitucional, de nuestro sistema del consumidor. Tal es así, que si bien los proveedores se encuentran excluidos del estatuto del consumidor (art. 2° de la LDC), nada obsta a que sus intereses encuentren fundamento al resguardo de la Carta Magna.

Por estas razones, el presente torna imperioso que nuestro país se aboque ya no a su regulación, sino a su implementación. Teniendo en cuenta el nuevo rol que viene gestando el consumidor, no ya como integrante de un subsistema, sino como un sujeto de derecho que viene a imponer sus garantías en las diversas ramas del derecho, y que ha ido poniendo en jaque las distintas teorías generales del derecho que se entendían dominadas.

### **3.4.2 Problemática suscitada**

Como en otras áreas jurídicas, las imprecisiones terminológicas suelen dificultar la comprensión del tema. En materia de consumo, los doctrinarios no han logrado ponerse de acuerdo respecto a su alcance y significado, a pesar de lo que las normas establecen.

La conducta administrativa, a través de las normas jurídicas, puede adoptar distintas técnicas, conforme lo cual los términos empleados en una legislación, pueden ser determinados o indeterminados. Gordillo (2003) entiende que “una cuestión aparentemente discrecional, lleva a la determinación de que no existe sino una única posible solución justa y razonable al caso, situación en la cual la solución deja de ser discrecional y se transforma en reglada” (p. 17).

Como es sabido, los criterios determinados delimitan el ámbito de realidad al que se refieren de manera precisa e inequívoca; por el contrario si un concepto jurídico es indeterminado, la ley refiere a una esfera de realidad, cuyo límite no aparece bien delimitado en su enunciado.

Precisa Serrano Ferrer (2007) que

El concepto jurídico indeterminado es, en sí mismo un concepto hueco que hay que llenar: no basta con decir que hay interés público, hay que concretar en qué consiste, en ese caso, el interés público. Los conceptos jurídicos indeterminados han de ser llenados de contenido en cada caso concreto (p. 1).

García de Enterría (2003) apunta a la idea de establecer términos legislativos fácilmente determinables con el objetivo de “servir a la idea de someter el poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el derecho”.

Gherzi (2005), en este sentir, afirma que la expresión sociedad de consumo es una terminología surgida desde la modernidad, pues la situación de consumo es tan vieja como la historia misma del hombre, porque hace al proceso de conservación y reproducción de la especie.

Por ende, la noción de consumidor, no es una cuestión precisamente nueva, lo que resulta novedoso es a la preocupación que semejante problema ha suscitado en el ámbito jurídico.

A nuestro parecer, el cambio, ha sido generado por su propia autoconcepción. De esta manera, fué el propio despertar del consumidor quien puso de manifiesto la preocupación por dotar a ese sector de una regulación específica. Así, teniendo en cuenta que el consumo es la única acción humana que nos identifica, sin perjuicio de la nacionalidad, raza o religión, no cabe duda que su importancia interesa a todos. Por ello, no puede resultarle ajeno al derecho.

Fuera del ámbito jurídico no cabe duda que el término consumidor se refiere a la persona que demanda bienes y servicios, sin otras precisiones ni distinciones. En cambio, en materia legislativa, su contemplación aún no encuentra firmeza, lo que impide una aplicación uniforme.

Para poder delimitar su alcance conforme cita Paola Urbina (2009), siguiendo a Atilio Alterini (1993), existen dos posiciones doctrinarias. La doctrina subjetiva entiende que el consumidor es aquél que destina un bien o servicio para su uso personal o familiar, es decir, el destinatario final. Mientras que la doctrina objetiva considera que el consumidor es aquél que no actúa en forma profesional en el mercado.

Por su parte, Rubén Stiglitz (2012) considera que el consumidor que requiere de una acentuada protección:

Es el consumidor final común, descrito como aquél que dispone de ingresos relativamente modestos, carente de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones jurídicas y económicas y que actúa sin suficiente diligencia y atención, y que por ello es fácil víctima de engaño o influenciable de manera no objetiva. Ése no es el caso de los comerciantes, ni de los industriales, ni de los artesanos, ni de los profesionales (p. 2).

Dante Rusconi (2009), advierte que cuando se habla de vínculo jurídico entre proveedor y consumidor se permite inferir que el mismo podrá tener como causa todo hecho o acontecimiento “susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones” (art. 896, Cód. Civ.), sean lícitos o ilícitos (conf. art. 898, Cód. Civ.), así como también podrá surgir de actos jurídicos que tienen como fin inmediato establecer relaciones jurídicas entre las personas (art. 944, Cód. Civ.).

Con motivo del panorama descrito, intentar una definición de consumidor resulta una tarea difícil, pues dicho sujeto, suele traspasar cualquier significado que se

le pretenda asignar. Por ello, resulta tan arriesgado dar una definición irrevocable, a una expresión tan discutida.

Una de las cuestiones que agudiza la cuestión, refiere Sequeira (1984), es que el régimen no tiene valores o principios propios y los existentes, son comunes a todo el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, consideramos que es necesario aproximarse a través de algunas características que, si bien no lo encasillan o limitan, pueden contextualizar su acción.

La jurisprudencia, en algunas ocasiones, ha advertido las circunstancias del caso en concreto, y ha tenido en cuenta la relación que se controvierte a los fines de esclarecer la necesidad de articular el régimen tuitivo para resguardar los derechos del débil. La Sala A de la Cámara Nacional Comercial en el marco de los autos "Artemis Construcciones S.A. c/ Diyón S.A. y ot." (2001) sostuvo que la compra de un automotor por parte de una empresa, con el fin de ser usado por el personal de la misma para visitar las distintas obras en construcción, constituye un acto de consumo y por ende, tiene la protección integral del estatuto consumerista.

Por su parte, la Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en la causa "T y C SRL c/ Fiat Auto Arg. SA s/ Daños y perjuicios", también entendió que se trataba de un acto de consumo y por ende se hallaba bajo la protección del art. 43 de la Ley 24.240, la adquisición de un vehículo por parte de una empresa "con el fin de utilizarlo para el traslado de equipamiento y herramientas" (Schvartz, 2003).

Como podemos deducir, las interpretaciones dependen mucho de ciertas cuestiones, que exceden a la relación en sí.

En nuestra opinión, flexibilizar su aplicación a los fines de generar un responsable en cada caso, tampoco parece ser la respuesta más acertada. Ello, en virtud de que si el instituto se generaliza y comienza a aplicarse indiscriminadamente, su esencia protectora carecerá de los efectos esperados.

La polémica, sostiene Perez Bustamante (2004), también radica en determinar si el alcance se circunscribe a lo que establece la norma, o si la tutela puede hacerse extensiva a otros supuestos. En este mismo sentido Garrido Cordobera (2011) enfatiza que el derecho del consumidor erige al consumidor en un nuevo sujeto de derecho con perfiles propios que impactan en todo el derecho en materia contractual, respecto a la interpretación y también en relación al deber de información.

Conforme establece Javier H. Wajntraub (2008)

Para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares. Lo que busca el consumidor es hacerse con el valor de su uso de lo adquirido, al no emplearlo en su

trabajo para obtener otros bienes o servicios. En este sentido, participa de la última fase del proceso económico (p. 155).

Así, al consumidor le interesa el valor de uso mientras que al empresario el valor de cambio, por lo que sus posiciones contractuales resultan claramente visibles a través de este análisis.

Comprendemos que no se trata de suplantar la reglamentación civil y comercial, sino de una adecuada relectura y aplicación de las normas civiles y comerciales, desde principios y valores socialmente aceptados de raigambre constitucional. En el mismo orden de ideas argumenta Diez Picaso (1979) que el concepto de contrato, y el fundamento de eficacia vinculante está indisolublemente ligado a la persona y sus valores, por lo que éstos han de primar en la tarea normativa e interpretadora, como se deduce del mandato constitucional. En definitiva, es una dinámica que se va a ir imponiendo por la fuerza de los hechos.

Ante la relevancia jurídica que ha alcanzado este sujeto, un sector de la doctrina asevera que hay crisis del contrato. Sin embargo, Gregorini Clusellas (2003) entiende que la crisis es de sus características tradicionales y no del contrato mismo, que seguirá siendo la principal fuente de las obligaciones y en cuanto a que los contratos con cláusulas predispuestas o por adhesión no sean verdaderos contratos, se considera que lo son y si bien el consentimiento se limita a la aceptación para corregir los efectos; existen la relativización del principio de la convención ley, la interpretación y la revisión razonable del contrato cuando fuere necesario.

### **3.4.3 Aproximación a una definición**

El consumo, es una práctica cotidiana ligada a la satisfacción material de bienes y servicios básicos. En virtud de ello, Mosset Iturraspe (1994) refiere que le halaga verificar que los cultores de este derecho son civilistas convencidos de trabajar en uno de los aspectos que más preocupan al hombre de carne y hueso.

Entendemos que la trascendencia de esta figura está dada por los innumerables contratos que celebra en la vida diaria, que integran esta categoría, pero que por desconocimiento del contratante, no adquieren la relevancia jurídica correspondiente. Al respecto Yagüez (1994) considera que: “la variada reglamentación que concierne al fenómeno del consumo no es, quizá, un prius teórico, sino simple producto de la aplicación de las reglas de Derecho sobre unas determinadas hipótesis que la realidad económica suministra” (p. 59).

Desde un punto estricto el consumidor, no deja de ser una parte más en el

contrato. Pero lo que lo hace diferente es su posición, es decir, la situación que le atribuye tal calidad. Claro está, que pensar de esta manera significa releer algunos principios contractuales, dado que los cánones clásicos se encuentran atravesados por esta nueva tendencia. Por ejemplo, conforme ya venimos advirtiendo, la idea de que el contrato resulta ser un acuerdo libre de las partes, pierde vigencia.

Con diversos matices, la polémica que se suscita en torno a la protección del consumidor, no es exclusiva de los debates doctrinales argentinos. Al respecto, el catedrático español Alberto Bercovitz (1992) refiere:

La noción abstracta equipara al consumidor ciudadano y sirve para atribuir derechos a los ciudadanos en general, en su condición de consumidores. Esa es la noción que se utiliza cuando se reconoce a los consumidores el derecho a la educación o a la información. Por el contrario, para atribuir a los consumidores derechos que pueden ejercitar individualmente en su interés particular, se utiliza una noción concreta de consumidor, aunque existen nociones concretas diversas, atendiendo a la finalidad de la norma legal. Cabe distinguir básicamente dos nociones concretas una que se refiere al consumidor entendido como cliente, y otra que considera al denominado "consumidor final" (p. 25).

Este autor, considera que el concepto legal incluye al consumidor en sentido jurídico (el que adquiere) como al consumidor en sentido material (el que utiliza o disfruta).

En un análisis terminológico, la palabra consumidor procede del verbo consumir y éste tiene su origen en el latín, que a su vez proviene del verbo consumo, *consumere, consumpsi, consumptum*. Este término está compuesto por el prefijo "con" que indica convergencia, reunión y el verbo "sumo", *sumere, sumpsi, sumptum* que refiere a la idea de tomar, asumir, emprender. Por su parte, este verbo está conformado por el prefijo "sub" (debajo, dirección de arriba a abajo) y *emo, emere, emi, emptum* (comprar, adquirir). A la base *consum* se le agrega el sufijo "dor" que significa agente (RAE).

De este modo, considerando la noción etimológica de la palabra, podríamos definirlo como aquél que toma enteramente, el que gasta completamente, desgasta o usa algo hasta que se agota.

Llegados a este punto y a nuestro modesto entender, podemos advertir que existen consumidores de primera, segunda y tercera generación. Los primeros son aquéllos que tienen una relación contractual e inmediata con el bien o servicio del que se trate. Por su parte, los de segunda generación, son los que sin ser parte del vínculo contractual se encuentran expuestos a ella, es decir, a la relación de consumo efectuada por un tercero (consumidor de primera generación). En cambio, los de tercera generación, resultan ser los que adquieren un bien o servicio para luego a través de un proceso de producción reinsertarlo en el mercado. Si bien los últimos no

encuentran tutela en el estatuto consumerista, nada obsta a que soliciten el amparo de la Constitución Nacional (art. 42).

De forma tal que, la dimensión subjetiva del consumidor implica contemplar a la persona y sus bienes, como eje central. Esta mirada requiere poner en perspectiva ello junto con la dimensión objetiva, es decir, el acto de consumo, para justificar la aplicación de las normas del consumidor antes que aquéllas exclusivas del derecho comercial o civil. Básicamente interesa la finalidad con que lo hace, esto es el uso final de los bienes y servicios que adquirió a título oneroso; frente a esta situación no cabe duda que resulta necesario el despliegue del régimen tuitivo.

Nosotros optamos por tener una posición mixta. Por ello consideramos que consumidor debe ser aquél que adquiere un bien o servicio para utilización personal o de uso familiar, sin intención de volver a comercializarlo. Sin lugar a dudas, este enunciado, resulta vacío de contenido, sino se pueden determinar aquéllas actividades que serán consideradas como adquisiciones de bienes y servicios.

#### **3.4.4 Categoría objetiva: bien o servicio**

Conforme venimos desarrollando, el consumidor será aquél que revista la calidad de destinatario final de un bien o servicio. Ambas categorías implican distintas actividades económicas, cuya finalidad radica en suplir una necesidad o un deseo. Se comercializan en el mercado y sus precios son definidos por la oferta y la demanda. A una mayor oferta el precio del bien disminuye, y a una mayor demanda, aumenta.

Un bien es una cosa tangible, es mercancía producida con el fin de satisfacer una necesidad latente. En cambio, el servicio es la realización de una actividad por parte de un prestador (de servicios). A diferencia de un bien, los servicios son intangibles y consisten en actividades que buscan satisfacer las necesidades de los sujetos. Forman parte de la actividad del sector terciario de la economía.

Como consecuencia, aquéllos bienes y servicios que se encuentran en esta categoría, brindan a aquél que los adquiere como consumidor final, la protección de la LDC.

La única actividad que ha sido excluida de esta legislación ha sido la aerocomercial, conforme así lo dice el art. 63 de la LDC, que remite a esta legislación como última *ratio*. De esta manera señala: “Para el supuesto de contrato de transporte aéreo, se aplicarán las normas del Código Aeronáutico, los tratados internacionales y, supletoriamente, la presente ley”.

### **3.5 Principios: la debilidad de la libertad**

Como razonablemente podemos advertir, en este contexto, se torna imposible aplicar los principios de la contratación tradicional a los contratos de consumo.

Frente al universo que se plantea, y pese a que su análisis ha evolucionado hacia una concepción más proteccionista, aún restan metas por alcanzar. Si bien es deber del Estado el contralor del cumplimiento de la normativa de protección al consumidor, la gestión pública en este aspecto se ha verificado ineficaz. Sobran ejemplos al respecto.

Como consecuencia de la esfera de libertad otorgada al consumidor, su posición es débil. Ello, a pesar de su participación necesaria e imprescindible en el mercado.

Así, con el fin de garantizar la defensa del consumidor, y neutralizar las causales de desprotección que existen en torno a esta cuestión, tratando de nivelar la asimetría natural de conocimiento en que se encuentra frente al proveedor, el legislador ha previsto determinados principios, para que la finalidad tuitiva de la reglamentación, no carezca de influencia interpretativa. Pero la construcción legislativa de una posición de ventaja, debe encontrar una resonancia a través de los sistemas procesales, con el objetivo de alcanzar efectividad en el ámbito judicial.

De esta forma señala Hart (1988) que “la Justicia que, en el sector del Derecho privado, tradicionalmente se debería limitar a aplicar reglas formales, se ve constreñida ahora a asumir funciones de planificación, con la finalidad de mantener el equilibrio del mercado”.

Con este panorama, resulta imprescindible la existencia de una legislación adecuada, a efectos de mantener el llamado “orden público económico de coordinación” (Alterini, 1998) mediante el cual el Estado cumpla la función de tutela que es imprescindible en la economía de mercado, a efectos de proteger a la parte débil de esta contratación, el consumidor, velando con ello, por el mantenimiento del equilibrio de las posiciones contractuales. Lógicamente, la LDC no tendría efecto protector, sino existieran normas imperativas del foro.

#### **3.5.1 *In dubio pro consumidor***

Este principio se encuentra receptado en el art. 3 de la LDC, y establece:

Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N°

25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Más en concreto, esta prerrogativa, pretende otorgarle a la persona situada en la posición más débil (consumidor o usuario) la razón, en caso que existan dudas acerca de la controversia planteada, sobre las situaciones fácticas ocurridas, las condiciones del vínculo, o el derecho a aplicar.

Así lo ha entendido el art. 1062 del CCCN, el que dice

Quando por disposición legal o convencional se establece expresamente una interpretación restrictiva, debe estarse a la literalidad de los términos utilizados al manifestar la voluntad. Este artículo no es aplicable a las obligaciones del predisponente y del proveedor en los contratos por adhesión y en los de consumo, respectivamente.

Frente a la legislación citada, no cabe duda que el juez deberá adoptar aquella postura que resulte más conveniente para el consumidor.

Esta garantía, permite al individuo la posibilidad de presentarse con ciertos derechos ya sea frente a los particulares, o al poder público, en cuanto proveedor de bienes y servicios.

### **3.5.2 Regla de la norma más favorable**

El art. 37 de la LDC prescribe que “La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa”.

Con posterioridad el CCCN, siguiendo la protección adoptada en el régimen consumerista, dispone en el art. 7 que la eficacia temporal de la legislación no resulta procedente, si aquélla es más favorable al consumidor. Con este mismo norte, el art. 1094 de dicho cuerpo normativo contempla:

Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Así también lo establece el art. 1095, en cuanto señala “El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”.

Esta tesis implica que en caso que se encuentre en juego la aplicación de dos o más normas para la resolución de la controversia, se deberá aplicar la que resulte más conveniente para los intereses del consumidor.

Según el Ministro de la Corte Suprema de la Nación, Lorenzetti (1996)

lo que debe guiar al Juez es el mantenimiento del propósito práctico, de la finalidad subjetiva perseguida. La doctrina está conteste en que este elemento en el negocio no es un asunto irrelevante. Aunque hay diferencias en cuanto a la caracterización de este elemento, lo cierto y concreto es que el ordenamiento tiende a su protección. En los contratos de consumo se ve con malos ojos la frustración y con ello que el consumidor no obtenga al bien. La finalidad defensiva de la ley se aprecia claramente en este tema al desarrollarse una serie de instrumentos que permiten la obtención del propósito práctico que guió al consumidor hacia la contratación (p. 171).

En definitiva, esta disposición, es un recordatorio a los poderes públicos, que les marca la necesidad de priorizar algunos aspectos con el objetivo de proteger al consumidor, y al mismo tiempo establece los criterios que se deben obedecer, a los fines de lograr la meta pretendida por la normativa.

Sin perjuicio de ello, su eficacia necesariamente depende de la voluntad de los poderes públicos.

### **3.6 La protección al consumidor**

Hoy en día los derechos del consumidor han ido adquiriendo importancia, hasta ser catalogados, de derechos humanos. Esto se debe en gran medida, a que dentro de esta categoría están en juego los intereses económicos de los ciudadanos y otros derechos transversales como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación, al medio ambiente, el acceso al agua, y en general, a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas.

Dado el profundo crecimiento que ha presentado la contratación en materia de consumo, es que surge la necesidad legislativa de contemplar y regular, determinados derechos en particular. Sobre esta base y sin ajustarnos al orden establecido por la legislación, examinaremos dos derechos en particular, que a nuestro entender, resultan ser los que más afectan a los consumidores; sobre todo en materia de transportes y seguros.

De lo que se ha venido analizando en estos puntos, es dable destacar que aquello que se presenta como un derecho para el consumidor, acarrea un deber para el proveedor, y una directriz para el órgano jurisdiccional.

#### **3.6.1 Derecho a la información**

En la compleja tarea que significa proteger al consumidor, garantizar

información clara, precisa y amplia no sólo del producto o servicio, sino también de sus derechos y obligaciones, se presenta como un deber esencial. En el contexto de una política de protección resulta necesario que los consumidores -potenciales o efectivos-, conozcan con exactitud los productos que se les ofrecen.

Así es que uno de los derechos más importantes y que más se exige su cumplimiento es el de la información. Su particularidad radica en que comprende múltiples aspectos: la composición del producto, en particular, los de consumo, la fecha de fabricación y de vencimiento, el empleo a dar al producto y en lo que atañe a los créditos dinerarios, la información sobre el total de la deuda, con los intereses, recargos y multas, etc.

Por ello, la información ocupa un rol inigualable en materia de protección. Este derecho, que se encuentra íntimamente vinculado al de educación al consumidor, ha sido receptado en el art. 4° de la LDC (Ley 26.361) de la siguiente manera:

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión.

En consonancia con esta prerrogativa el art. 60 de la LDC (Ley 26.361) prescribe

Incumbe al Estado nacional, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las provincias y a los Municipios, la formulación de planes generales de educación para el consumo y su difusión pública, arbitrando las medidas necesarias para incluir dentro de los planes oficiales de educación inicial, primaria, media, terciaria y universitaria los preceptos y alcances de esta ley, así como también fomentar la creación y el funcionamiento de las asociaciones de consumidores y usuarios y la participación de la comunidad en ellas, garantizando la implementación de programas destinados a aquellos consumidores y usuarios que se encuentren en situación desventajosa, tanto en zonas rurales como urbanas.

De igual modo, el CCCN lo consagra en el art. 1100:

El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

Ello también encuentra réplica en el art. 1386, en cuanto establece la forma en la que debe realizarse el contrato. Además, en materia precontractual en el art. 1387 – ubicado en el capítulo correspondiente a la regulación de contratos bancarios-, se recepta el deber de información por parte de la entidad bancaria. Al mismo tiempo, el art. 1382 consagra la información periódica, para las actividades de dicho rubro.

Así, la finalidad de la información radica en contribuir a formar un conocimiento (Vázquez Ferreyra y Romera, 1994).

Calais-Auloy (1996, p. 33) indica que existen dos fuentes informativas: la que proviene de los proveedores a quienes tal información les es requerida por la ley del consumidor, o la que realizan los propios consumidores a través de las asociaciones y los organismos públicos que los protegen.

A la vez, la relevancia de esta cuestión radica en que es un derecho que nace desde la formación del contrato (etapa precontractual) y se extiende hasta su ejecución (uso del bien o servicio).

De esta manera, el enfoque de la obligación de informar incluye dos aspectos. Por un lado, la desigualdad de conocimientos entre los contratantes y por la otra, implica formar adecuadamente el consentimiento del contratante (Stiglitz R. y Stiglitz G., 1992). La idea de “saber lo que se compra”, es en definitiva lo que se plasma en la legislación.

La información, se considera como un instrumento esencial en la protección de aquella parte, que se encuentre en situación de inferioridad. La desigualdad de conocimientos entre dos posibles contratantes, adquiere especial relevancia en aquellas circunstancias en las que existe la imposibilidad o gran dificultad de obtener por su cuenta la información necesaria. En estos casos, la buena fe impone al otro negociante el deber de comunicar los datos relevantes para la contratación y de los que tenga o debiera tener conocimiento; su finalidad es claramente protectora de una de las partes, compensando la desigualdad existente entre ambas (Ghestin, 1993).

Ello significa que habitualmente el consumidor, sustenta la aceptación en la apariencia generada por el proveedor, a partir de la profesionalidad presumida.

Estas circunstancias nos sugieren la idea de que a los fines de que el desconocimiento de la legislación no se transforme en un obstáculo, conforme se puede corroborar en los comercios brasileiros, el consumidor debería tener a su disposición en cada establecimiento la posibilidad de consultar la LDC. En este sentir, sintetiza Morello (1987)

mientras los ciudadanos no lleguen a un eficaz conocimiento de lo que el mundo jurídico les reconoce como derechos y les demanda como obligaciones, la ausencia de ese especial presupuesto les impedirá a su vez protegerse de las amenazas, perturbaciones o violaciones que tales pretendidos pero ignorados derechos puedan experimentar (p. 943).

Este derecho, que implica una obligación para el proveedor, significa que aquél tiene el deber jurídico de suministrar un conocimiento que le permita poder juzgar apropiadamente la conveniencia del negocio, de acuerdo a sus intereses particulares. Enfatiza Japaze (2009) que “el proveedor debe velar por el cumplimiento tempestivo de la obligación a su cargo” (p. 205).

La aplicación práctica de esta regla presenta serias dificultades, principalmente porque si bien el Estado es el encargado de supervisar el cumplimiento de la

legislación, aquél que tiene el deber de dar la información al consumidor es el proveedor, que al momento de ofertar, no recibe vigilancia alguna. Es decir, se autocontrola en el proceso que significa informar al consumidor; no hay una política de prevención en este aspecto más allá de aquéllas ofertas que se realizan en forma general al público, o en materia de cláusulas abusivas.

Como conclusión, en la práctica, este derecho queda librado a la buena voluntad del empresario. Pensemos sino en lo que sucede con las ofertas que se hacen en el rubro indumentaria, cuando en los locales se publicita la liquidación con un porcentaje de rebaja, generalmente del 50%, que no es el descuento que se corrobora en las prendas, con el simple ingreso al local. Ello es reflejo, de que este derecho no tiene una política de prevención.

Con el propósito de que la protección del consumidor adquiriera relevancia suficiente e idónea para tener por cumplida la obligación que se le impone al Estado, a los fines de prevenir y evitar el avasallamiento de los derechos, estimamos prudente la creación de la Policía del Consumidor a fin de que se fiscalicen en forma habitual los comercios y su efectivo acatamiento a lo dispuesto por la LDC, y replicado por el CCCN.

### **3.6.2 Derecho a la seguridad**

Históricamente el derecho a la seguridad ha sido receptado como el conjunto de potestades y facultades que tiene la colectividad para exigir al Estado, que adopte medidas tendientes a generar condiciones propicias para una convivencia pacífica, exenta de todo riesgo o peligro.

La seguridad humana se concibe como un concepto amplio y significa mucho más que la ausencia de la amenaza delictiva; incluye la seguridad contra la privación de la dignidad humana, la garantía de una calidad de vida aceptable; persigue la seguridad en la vida cotidiana y en las preocupaciones de la gente común, ante las amenazas de las enfermedades, del hambre, del desempleo, del delito, de la represión política, de las carencias medioambientales sociales, políticas y culturales. Es dentro de este marco conceptual, que debemos enfocar el derecho a la seguridad en el marco de la LDC.

En tal idea el art. 5 de la LDC, señala “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

Si bien parte de la doctrina asegura que la obligación de seguridad no se genera en la órbita contractual, sino que es una simple consecuencia de aplicar el genérico deber de no dañar a nadie (*alterum non laedere*), a los fines de preservar la salud de los consumidores, es indispensable disponer de normas de seguridad estrictas y comunes aplicables a determinados productos y servicios que circulan por el mercado.

De esta manera, precisa Vázquez Ferreyra (1988)

La obligación de seguridad es aquella en virtud de la cual una de las partes del contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser asumida tal obligación en forma expresa por las partes, impuesta por la ley, o bien surgir tácitamente del contenido del contrato, a través de su interpretación en base al principio de buena fe (p. 105).

Resulta ineludible aclarar que, el carácter gratuito de un bien o servicio facilitado a un consumidor no excluye la exigencia de que sea seguro (art. 1 del Decr. 1798/94).

Consecuentemente, este deber significa poner en conocimiento previo del consumidor y usuario, por medios apropiados, los riesgos susceptibles de producción a causa de la utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que se destina.

Si bien para el consumidor este es un derecho, para el proveedor implica una obligación que ha quedado incorporada tácitamente con carácter general y accesorio en ciertos contratos, para preservar a los contratantes de daños que puedan generarse en su detrimento con motivo de la ejecución contractual (Bustamante Alsina, 1993).

Resulta necesario aclarar que, este derecho no se encuentra replicado en el marco del CCCN. Ello, en la medida que se entendió que no existían motivos que así lo justificaran. Por un lado, existe la legislación especial tuitiva de los consumidores y usuarios, y por el otro porque la unificación de la responsabilidad civil -al eliminar la barrera que implicaba el art. 1107 del Cód. Civ. derogado- torna aplicables al ámbito del contrato las disposiciones referidas a la responsabilidad objetiva por riesgo (arts. 1757 y 1758), con lo que no es necesario seguir recurriendo a la obligación de seguridad de resultado, para objetivar la responsabilidad del deudor.

De forma tal que con la entrada en vigencia del CCCN basta con constatar que el deudor empleó cosas riesgosas, o desarrolló una actividad peligrosa, y sobre esa base aplicar los artículos que estructuran la responsabilidad por riesgo.

### 3.7 El contrato de consumo

La denominada sociedad de consumo ha provocado una masificación de las relaciones contractuales, en la que algunas empresas ostentan una posición claramente dominante, no sólo en el mercado respecto a sus pares, sino frente a los que consumen. Este incremento se ha debido, entre otras cuestiones, a la supranacionalidad empresarial, la tendencia a aplicar modelos de adhesión, cláusulas predispuestas y el impacto de la contratación electrónica.

Ante la frecuencia con que las personas establecen a diario relaciones jurídicas de esta índole, algunos autores denominaron a este fenómeno “comercialización” del derecho civil (Orozco Pardo y Pérez Serrabona Gonzalez, 2005, p. 381). Como respuesta a esto, se han introducido nuevos estándares en el dogma contractual, que advierten una tendencia a la unificación del sistema sobre todo en materia de principios, valores y criterios.

De este modo, Hattenhauer (1987) advierte que el contrato simboliza “el contrato social” sobre el que, según la doctrina iusnaturalista, se asienta toda la sociedad humana y, consecuentemente el Derecho.

La LDC no definió al contrato de consumo, pero sin lugar a dudas adoptó la fuente contractual para regularlo, que se caracteriza por no ser un tipo contractual común, sino un tipo general, cuyo perfeccionamiento depende de los sujetos, el objeto y que tenga como causa el destino final que le quiera asignar el consumidor.

Finalmente, la noción de contrato de consumo se encuentra instituida en nuestro ordenamiento en el art. 1093 del CCCN, que dice:

Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

El contrato de consumo es esencialmente, la herramienta que se utiliza para efectivizar las relaciones que involucran bienes o servicios. Zentner (2010) asevera que “puede definirse al contrato de consumo, como todo contrato celebrado entre un proveedor profesional y un consumidor final, sobre bienes o servicios destinados a su propio beneficio o al de su grupo familiar o social” (p. 70).

Wajntraub (2004), por su parte, dice que es aquél que se celebre entre un proveedor de bienes o servicios profesional y un adquirente a título oneroso que contrate para destinar los bienes o servicios para su consumo final o de su grupo familiar o social, siendo indistinto su concreción o no, mediante condiciones generales.

La metamorfosis de este instrumento significa que la idea del acuerdo de

voluntades, es dejada a un costado –de forma inadvertida-, para abrir paso a una unión de intereses equilibrados basados en el deber de lealtad y confianza.

Por lo que, enmarcado el contrato en el ámbito de consumo, aquél deja de ser un mero acto de comercio, para convertirse en un elemento central de un conjunto normativo que algunos denominan “derecho del consumo”, en virtud del cual se van objetivando las relaciones jurídicas contractuales, y extracontractuales (Orozco Pardo y Pérez Serrabona Gonzalez, 2005).

Promoviendo así la unificación de fuentes, objetos y método, dando origen a una nueva disciplina que traspasa la esfera de su propia incumbencia.

Como podemos verificar, el contrato se presenta con una función de previsibilidad, y para ello la existencia de normas claras, ágiles y evidentes constituye un importante factor. Sobre todo, desde el punto de vista de las relaciones comerciales.

### **3.8 Responsabilidades de los consumidores**

Dentro de este esquema es sumamente valioso resaltar que en la década de los ochenta, el entonces presidente de Consumers International (CI), Anwar Fazal, introdujo una serie de responsabilidades de los consumidores para cumplir con sus derechos, que aún continúan siendo de gran relevancia para algunas asociaciones que protegen al consumidor y que consisten en

1. Conciencia crítica: los consumidores deben ser sensibilizados para hacer más cuestionamientos acerca de la entrega y la calidad de bienes y servicios.

2. Participación o acción: los consumidores deben involucrarse y actuar para garantizar que reciban un trato justo.

3. Responsabilidad social: los consumidores deben actuar con responsabilidad social, con preocupación y sensibilidad hacia el impacto de sus acciones sobre las demás personas, en particular en relación con los grupos vulnerables de la comunidad y en relación con las realidades económicas y sociales existentes.

4. Responsabilidad Ecológica: debe haber una mayor sensibilidad a los impactos de las decisiones de consumo sobre el medio ambiente físico, el cual debe ser desarrollado de manera armoniosa, promoviendo la conservación como el factor más importante en la mejora de la calidad real de vida de la población para el presente y el futuro .

5. Solidaridad: las mejores y más eficaces acciones se producen mediante

esfuerzos de cooperación dirigidos a la formación de organizaciones de consumidores / ciudadanía que juntos pueden tener la fuerza y la influencia para garantizar que se preste la debida atención a sus intereses.

### **3.9 El consumo como derecho social**

La protección de los consumidores es, sin lugar a dudas, uno de los tópicos con más trascendencia social en estos tiempos. En tal contexto, Calais Auloy (1996) asevera que "caminamos hacia un nuevo modelo de consumo, basado en el predominio de los intereses de los consumidores sobre los productores, en definitiva se persigue buscar un verdadero equilibrio, que realmente proteja" (p. 96).

Si bien la igualdad efectiva, parece una labor compleja, no por ese motivo –o excusa- el Estado y el Derecho deben dejar de aspirar a ello, en cuanto sea posible. El panorama descrito, exige una política niveladora que, ya sea por vía directa o indirecta, elimine los obstáculos que se oponen al pleno desarrollo de los individuos que componen la sociedad (Castán Tobeñas, 1992).

Así, el derecho social es el conjunto de leyes y disposiciones autónomas que establecen y desarrollan diferentes principios y procedimientos protectores a favor de las personas, grupos y sectores de la sociedad integrados por individuos económicamente débiles, para lograr su convivencia con las otras clases sociales dentro de un orden justo (Mendieta y Nuñez, 1967).

A modo de definición, podemos establecer que es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de las relaciones entre particulares con diferencias marcadas, procurando la equidad y la justicia social, protegiendo a las clases económicamente débiles.

En contra de esta postura, algunos doctrinarios interpretan que siendo el consumo principalmente regulado por las leyes de mercado, no puede ser un derecho social. Para nosotros, esto es erróneo, porque dicho análisis significa delimitar al derecho social, entendiéndolo a través de la gratuidad. En efecto, los derechos sociales pueden ser bienes que se comercializan, caso contrario, no podrían comercializarse ni los alimentos ni la vestimenta, entre otros. A ello se agrega que el art. 25 de la Declaración de Derechos Humanos incorpora este tipo de transacciones, a las que les asigna un carácter social, sin perjuicio de que ello implique un gasto económico para el adquirente. Aclarado esto, resulta evidente que por el contenido económico que tiene el consumo, no lo excluye de encontrarse en la categoría de los

derechos sociales.

Cuestión aparte merece la interpretación respecto a la democratización del consumo, cuyo proceso significa que una marca que ya se encuentra instaurada en el mercado comercializa un producto con un precio más bajo.

En nuestra opinión, esta es una técnica de marketing cuya génesis no radica en advertir al consumo como una realidad social y por ende un derecho, sino como una mera oportunidad económica. Sin embargo, no podemos dejar de evidenciar que colateralmente, ello pueda implicar la posibilidad de que el producto pueda ser adquirido por una mayor cantidad de individuos, pertenecientes a distintas clases socio-económicas. Lo que de algún modo incumbe a la sociedad.

### **3.10 Cláusulas oscuras, sorprendentes y abusivas**

Las diversas formas contractuales que se multiplican con el crecimiento de las transacciones comerciales, resultan un caldo de cultivo excepcional en materia de abuso de posición dominante.

Advierte en este aspecto Jürgen Basedow (2007)

Es imposible dejar librados todos estos temas a las negociaciones individuales de las partes, ya que esto consumiría mucho tiempo, sería engorroso y costoso. Ahora bien, tampoco pueden estos temas ser remitidos por defecto a las leyes en materia contractual, ya que por lo general esas normas son muy escasas (p. 58).

Lo cierto es que cotidianamente, se incluyen cláusulas en los contratos que son contrarias a la buena fe, al justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes; en perjuicio del consumidor y que generalmente, no ha sido negociada individualmente por los contratantes.

Aquí, el consumidor se encuentra frente a una realidad, en la que no tiene posibilidad de influir en la negociación con las empresas, por lo tanto el respeto de sus derechos sólo puede encontrar resguardo, en el marco de políticas tuitivas de los Estados.

Al respecto, Starck, Roland y Boyer (1986) precisan

Modernamente se pretende restablecer la verticalidad del fiel de la balanza de la Justicia cuando confrontan fuertes y débiles, porque éstos (los más débiles), presionados por la necesidad, están obligados a querer lo que los más fuertes son libres de imponerles (p. 21).

Como resultado, las notables desigualdades que se generan a través de la contratación con el consumidor se reflejan también, mediante la incorporación de cierto tipo de cláusulas, por parte del empresario, vulnerando así, la relación

sinalagmática.

Se considera que las cláusulas oscuras son aquellas que prescriben una obligación para el perjudicado donde se beneficia claramente al que redacta dicha cláusula y que limita, condiciona o impide que una garantía surja efecto a favor del consumidor.

Las cláusulas sorprendes o también denominadas insólitas, son aquellas que generan -valga la redundancia- un efecto sorpresa en el adherente, por haber sido introducidas subrepticamente. Son aquellas que no se encuentran disponibles para el contratante previo a la perfección del contrato, pero deberían haber sido cognoscibles a los fines de que aquél pueda valorar en forma adecuada su interés contractual al respecto (Pardo Gato, 2004).

El firme rechazo que reciben estas disposiciones contractuales que en ocasiones han sido descritas como leoninas -receptadas con esta terminología en la legislación paraguaya a través del art. 691 del Cód. Civ. de dicho país (Moreno Rodríguez, 1999)-, abusivas, oscuras, vejatorias, lesivas y sin perjuicio de la denominación que se pretenda asignarles, lo que vienen a significar es un aprovechamiento de la posición dominante que caracteriza al proveedor, y por ende, la legislación las sanciona.

Los inconvenientes que surgen al respecto radican en determinar: el grado de antelación que se requiere y los mecanismos que permitan implementar en la práctica una sanción.

Por ejemplo, en países como Alemania y Portugal se creó un sistema en donde existen cláusulas de lista negra y de lista gris, las primeras son sancionadas con la nulidad absoluta, mientras que en el caso de las segundas con la nulidad relativa. Lo que podríamos ejemplificar como método de tipicidad preventivo y punitivo. Pero de ninguna manera, podríamos afirmar que ello ha ocurrido con la implementación de nuestro sistema legal.

Si bien nuestra legislación no provee una definición al respecto, el art. 37 de la LDC se refiere a la cláusula abusiva. Para asignarle un ámbito de aplicación ha optado por citar las situaciones que caracterizan a la abusividad.

También la Resolución n.º 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor enumera supuestos en forma taxativa, y las Resoluciones n.º 26/2003 que brinda una nómina de situaciones que generan que la cláusula sea abusiva y n.º 9/2004 que autoriza excepciones a la consideración de abusivas a las cláusulas que establezcan la facultad otorgada al proveedor de modificar unilateralmente el contrato de acuerdo a ciertas pautas y criterios; ambas de la Secretaría de Coordinación Técnica. Esto significa que aún sin especificar, se

caracteriza a las cláusulas que se consideran abusivas, poniendo el énfasis en aquella situación en la que el proveedor elabora un contrato o impone condiciones en el marco de la relación de consumo, que colocan en situación de incertidumbre, indefensión o desventaja al usuario o consumidor. Es decir, aquella en la que se desnaturaliza el equilibrio de la relación comercial.

Con criterio lógico la temática ha sido receptada por el CCCN, en el art. 985 que al respecto indica: “Se tienen por no convenientes aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato”.

A su vez, el art. 988 del mismo texto legal establece criterios de interpretación en materia de cláusulas abusivas. Como relevante debemos señalar que permite el control judicial de las mismas, sin perjuicio de que haya existido aprobación previa por parte del órgano de control, conforme lo dispone el art. 989. Pero resulta necesario advertir, que se sigue evitando un esclarecimiento.

Aunque si bien, conforme ya hemos mencionado, la legislación no presenta un concepto de cláusula abusiva el decreto reglamentario de la LDC n°. 1798/94 en lo que respecta al art. 37 brinda una noción que dice lo siguiente: “se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 93/13/CEE cuya finalidad es proteger a los consumidores europeos contra el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales sintetiza al abuso, a nuestro entender en forma acertada, como “una ejecución del contrato significativamente diversa de la que el consumidor podía legítimamente esperar”.

Por su parte la Sala IV la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en autos “Paredes Andrés S. c/ Ferrocarriles Metropolitanos SA s/ contrato administrativo” (9/8/2001), ha sostenido que si bien la cláusula abusiva

supone una limitación a la libertad de contratación...tal circunstancia no invalida el contrato; en tanto no se encuentre viciado el consentimiento de los contratantes, ni resulten violados el orden público, la moral o las buenas costumbres, la buena fe o sus cláusulas no sean abusivas.

Como podemos advertir, la interpretación es un elemento de vital importancia, y quien deba hacerlo tendrá que remitirse necesariamente a la buena fe, teniendo en cuenta el contexto de la negociación; aplicando criterios que representen al consumidor. En definitiva, será el juez quien con un criterio de razonabilidad deberá mantener la ecuación de equilibrio, en una labor supletoria de la voluntad plasmado por el proveedor, protegiendo al consumidor.

Es de vital importancia comprender que si bien la nulidad debe ser una sanción

excepcional, en materia de consumidor la cuestión no parece tan clara. Cuando nos encontramos frente a este tipo de contratos, no podemos obligar al ciudadano a recurrir al sistema judicial, y menos aún permitir al proveedor utilizar este tipo de prácticas.

En definitiva, frente a la magnitud de contratos que se realizan mediante la utilización de estas cláusulas, resulta obvio que la respuesta justa y anhelada por el consumidor, no se logra.

### **3.11 Los daños en el consumo**

Una cuestión fundamental para el estudio de los derechos del consumidor es el referente a la responsabilidad, que se deriva del daño que puede sufrir el consumidor, y la respuesta de la legislación frente a su situación de víctima.

El art. 40 de la LDC (Ley 24.999) consagra la responsabilidad por daños, y al respecto indica que:

Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena

Este precepto establece que las acciones u omisiones de quienes producen, importan, suministran o facilitan productos o servicios determinantes de daños o perjuicios a consumidores o usuarios, darán lugar a la responsabilidad de aquéllos.

Bueres (2009) apunta que el legislador en este articulado ha utilizado una terminología imprecisa. En tanto ha equiparado el perjuicio y el menoscabo cuando, en realidad, el primero es el daño mismo, mientras que el segundo es la modificación de la realidad material que genera un detrimento natural, no equiparable al genuino concepto de daño –sin perjuicio de que pueda causararlo si además lesiona un interés jurídicamente relevante–.

La recepción del daño, se colige con lo establecido por el art. 5 de la LDC que pone a cargo del proveedor el deber de suministrar el bien o servicio de forma tal que utilizado en condiciones esperadas o de normal uso, no presenten peligro alguno para su salud o integridad física. Junto a esta regla el art. 6 exige la provisión de instrucciones para aquéllos que puedan llegar a suponer un peligro para la salud o integridad física. Esta imposición significa la atribución, a cargo de los productores,

importadores, distribuidores o comercializadores, de una obligación de seguridad (3.6.2).

Por otro lado, el art. 59 de la Ley n° 26.993 que rige el Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo, promulgada el 18 de septiembre de 2014, establece que:

El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo.

Frente a esta categoría de daño, debemos enfatizar la potestad conferida a la Autoridad Administrativa para la aplicación de este daño, que para un sector de la doctrina, parece teñir de inconstitucionalidad este precepto.

En principio y por definición, conforme argumenta Paola Urbina (2009) “la protección de los intereses económicos de los usuarios supone la vigencia efectiva del derecho a la reparación de los daños sufridos en la relación con su contraparte” (p. 101).

Estima Zannoni (1994), que todo sistema de responsabilidad por daños en el contexto de la ley del consumidor es de carácter objetivo.

No interesa la culpa del fabricante, del distribuidor o del importador de un producto elaborado industrialmente, porque seguramente esa indagación resultaría infructuosa. El productor o quien ofrece la mercancía que produce el daño debe responder porque asumen una garantía: que el consumidor no sufra daños por la utilización o consumo del producto. Por ello el deber genérico de no dañar, adquiere hoy fuerza expansiva.

El art. 40, en definitiva, consagra la responsabilidad solidaria de todos los legitimados pasivos mencionados, sin perjuicio de las acciones de repetición que pudieran corresponder. Dice el art. 24 de la Ley n°. 26.361:

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

El art. reseñado consagra la titularidad del derecho tanto al consumidor (adquirente final) como al usuario (persona que por cualquier título derivado del adquirente final, está en posesión de la cosa o utiliza un servicio).

La responsabilidad objetiva, según Mosset Iturraspe (1994) con base en la creación del riesgo o en el factor de garantía o en los deberes de seguridad, está

consagrada en los contratos de consumo, a favor del consumidor.

Queda así excluido del debate, la prueba de la culpabilidad del incumplimiento. Con relación al hecho del tercero, es preciso aclarar que debe tratarse de alguien que sea ajeno al responsable, por cuanto si fuera dependiente, lo responsabilizaría de modo indirecto, conforme a las normas de derecho común.

Entonces, la ilicitud se configura por la creación de productos o la prestación de servicios viciosos. Como consecuencia, el hecho ilícito que deberá prescindir todo daño que pretenda fundarse en esta normativa, será la existencia de vicio o defecto que lesione el derecho cuya tutela consagra la LDC.

Explica Bueres (1989),

(..) no significa renegar del principio que el derecho regula conductas y no procesos causales -como en tono crítico apuntan quienes desdeñan la acción causal ciega o acromática- ni tampoco supone la adhesión a una filosofía newtoniana, es decir, la adhesión a un panorama causalista del mundo (...) Sucede, mucho más sencillamente, que los propósitos (o fines) que tiene en cuenta la corriente finalista del derecho penal, inciden en la responsabilidad por daños a la hora de examinar la relación psicológica en la culpabilidad (culpa o dolo). La trascendencia de esos fines en la responsabilidad objetiva es nula, sin defecto de que puede interesar el discernimiento, que los finalistas colocan en la culpabilidad o pura reprochabilidad (p. 141).

El sistema aquí estudiado unifica los sistemas de responsabilidad (contractual y extracontractual), idea que ha sido receptada por el CCCN (1.4.4), dado que el supuesto de reparar es común.

A modo de resumen podemos afirmar que en materia de consumo, la reparación se trasladó por el riesgo y a todos los que contribuyen de alguna manera a crearlo, respondiendo en forma solidaria.

### **3.12 El acceso del consumidor a la justicia**

Lowenrosen (2011) apunta que la acción del consumidor es una acción específica, a través de la cual se permite el acceso a la justicia al consumidor afectado por el proveedor, de un modo expedito, y sin que existan tantas rigurosidades como en los casos de acciones ordinarias.

El problema que se presenta en el ámbito de la justicia no es exclusivo de nuestro país.

Un estudio de la Comisión Europea realizado por Eurobarometer (2006) respecto a la protección de los consumidores dentro de la Unión Europea cuando se consultó a los consumidores respecto a cuáles eran los mejores mecanismos para su

protección, la posibilidad de demandar al vendedor/proveedor en el ámbito judicial ocupó el lugar más bajo, con el 17%; mientras que la idea de unirse a otros consumidores en una acción judicial conjunta contra los proveedores, obtuvo un 13% de favoritismo.

Desde luego, la idea de conferir al consumidor la posibilidad de acceder a la justicia a los fines de hacer valer sus derechos, con ciertas diferencias que en el marco de otro tipo de procesos, tiene como objetivo que los usuarios puedan acudir al órgano judicial a defender sus derechos sin que ello implique gastos ni demoras procesales. Además, el proceso, trae aparejados principios que le garantizan –por lo menos en teoría- un acceso expedito, gratuito y bajo un plazo especial de prescripción.

La LDC en su art. 52, precisa conforme la modificación introducida por el art. 26 de la Ley n°. 26.361 las normas del proceso originado con motivo de un reclamo efectuado por el consumidor, y establece que:

En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

La Ley prescribe un idílico proceso judicial, que nada tiene que ver con lo que en la realidad sucede, a través del cual se tramita el reclamo que inicia un consumidor por sí o una asociación de consumidores –o también el defensor del pueblo o el Ministerio Público, o la Autoridad de Aplicación pertinente- a nivel colectivo.

A la vez, la circunstancia de que el consumidor no muestre en la mayoría de los ocasiones, un interés al reclamo o protesta, atenta contra el sistema.

En este aspecto hay que entender que lo que para cada individuo puede ser un perjuicio mínimo, si éste se multiplica con frecuencia, puede resultar decisivo en materia económica empresarial.

El derecho al fácil acceso a los medios legales para la aplicación de la ley, se traduce necesariamente en el derecho a la protección y la asistencia de los consumidores. En la práctica esta situación resulta dificultosa, en razón de que la tradición judicial no parece ajustarse a los pequeños reclamos.

Aquí la idea de *minimis non curat praetor* (los jueces no están para

pequeñeces), parece tomar forma. Por estas circunstancias, aún son muy pocos los reclamos en materia de consumo.

La consecuencia de lo anteriormente dicho es que en la mayoría de los casos no hay precisión normativa que facilite el encuadre jurídico del consumidor, por lo que casi siempre debemos esperar hasta la culminación del juicio, para analizar si el caso recae bajo la órbita consumerista, lo que claramente desalienta el reclamo.

Acorde con lo anterior, parece claro que en el estado actual de situación, y a los fines de que la norma resulte operativa, parecería que no podemos prescindir de una calificación anterior.

Entendemos que lo primero que se debe probar es la relación de consumo para que la finalidad protectoria, genere efectos desde que se realiza el reclamo o se interpone la acción, y de esa forma no haya que esperar hasta la finalización del litigio judicial, para determinar si las garantías eran aplicables o no.

Caso contrario, la legislación no sería operativa, y caería en letra muerta.

Debido a que la mayoría de los reclamos efectuados por consumidores, registran un bajo costo, resulta necesario promover mecanismos prácticos para mejorar su situación.

### **3.13 El consumidor de servicios públicos**

La legislación del consumidor, no sólo ha significado un nuevo análisis en materia de derecho privado, sino que ha impactado en algunas cuestiones de derecho público. Un ejemplo de ello es, el amparo que brinda la LDC, al servicio público domiciliario.

En la LDC encontramos referencia a este tema cuando establece en el segundo párrafo del art. 25: "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley supletoriamente".

Si bien allí se expide en particular respecto a los servicios públicos domiciliarios, nada impide que ello no permita una lectura a través de cualquier servicio público. Esto significa que los prestadores de servicios públicos ahora están sujetos a un doble marco de regulación; el propio y el específico con origen en los contratos y reglamentos administrativos, y además, en los lineamientos generales del régimen de defensa del consumidor.

En consecuencia, resulta de interés distinguir ambas ópticas jurídicas y su

necesaria integración, por las particulares consecuencias jurídicas para el consumidor o usuario.

Al hilo de los conceptos planteados, consideramos que el usuario de transporte público de pasajeros es un consumidor de un servicio, que por ende goza del régimen tuitivo pertinente.

En este sentido, observamos que la Ley se ha alineado al concepto maximalista de nuestra C.N., que concibe al derecho del consumidor no como un régimen tutelar del débil jurídico, sino como una herramienta reguladora del mercado, y de allí la amplitud que debe guiar la interpretación de cada caso.

### **3.14 Volver a la incertidumbre: aciertos y desaciertos del CCCN**

La Ley 26.994, no solo aprueba el CCCN y deroga el Código de Vélez Sarsfield, sino que instala un nuevo paradigma respecto a la protección que existía hasta la fecha en materia de consumo. Tal es así, que se ha dispuesto la sustitución del art. 1 de la Ley 24.240; también el 8, 40 bis y 50 de dicha reglamentación.

A grandes razgos, se mantiene lo ya reglado en la Ley 24.240, “suprimiéndose” la figura del expuesto a la relación de consumo en el concepto de consumidor, conforme lo establecía el art. 1. Respecto de los arts. 8 y 40 bis, entendemos que los cambios introducidos obedecen a redacciones que se utilizaron en su oportunidad y que repercutieron en forma poco eficaz en el ámbito jurisprudencial. Pero además del art. 1 debemos señalar la modificación que se ha introducido en relación a los daños punitivos, y prescripción.

Ahora bien, según lo explicitado en el Mensaje de Elevación del Anteproyecto, la finalidad ha sido la de incluir en el CCCN una serie de principios generales de protección mínima, no existiendo obstáculo alguno para que una ley especial establezca condiciones superiores. En este sentido se indica que “...el intérprete de una ley especial recurrirá al Código...para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor...”.

Entendemos que además de las afirmaciones contenidas en los fundamentos debemos merituar que el art 1° del CCCN consagra

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en

situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Esta declaración significa que los derechos contenidos en la C.N. resultan de tal magnitud que sirven de interpretación para aquél que debe aplicar la normativa codificada. Para un sector de la doctrina, este articulado representó, plasmar la tan anhelada constitucionalización de los derechos civiles.

Ergo, se incorpora la figura del consumidor al CCCN, con una tutela mínima.

Como punto de partida debemos mencionar que mucho se ha debatido en relación a la repercusión que implicó modificar lo dispuesto por la LDC a través de la sanción del CCCN. Sobre todo, si se entiende que en algunas cuestiones, ello implicó un retroceso.

El CCCN instaura un cambio de paradigma, el que surge del Título Preliminar que consagra el denominado “diálogo de fuentes” y la constitucionalización del derecho privado, que establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado (arts. 1, 2 y 12, Título Preliminar). Incorpora así un sistema de fuentes integral, complejo, aludiendo a una interpretación de la norma (para buscar su sentido y valor para obtener su expresión precisa y eficaz en el tratamiento de las relaciones jurídicas) vinculada con la C.N., tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, prácticas, costumbres.

Conforme surge de los Fundamentos del entonces Proyecto (Lorenzetti, 2012)

... queda claro y explícito en la norma que la interpretación debe recurrir a todo el sistema de fuentes. Así se alude a la necesidad de procurar interpretar la ley conforme con la Constitución Nacional y los tratados en que el país sea parte, que impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si ésta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo uno de ellos conforme con la Constitución. Constituye acendrado principio cardinal de interpretación, que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla... (p. 447).

A la vez, se agrega, que cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Conforme lo cual, toma con especial consideración los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad; receptando la constitucionalización del derecho privado y estableciendo una comunidad de principios entre la Carta Magna, el derecho público y el derecho privado.

En materia de consumidor, el Código incluye una serie de principios generales que actúan como una “protección mínima” del consumidor, lo que implica que ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela. Los dos primeros niveles del sistema de protección jurídica del consumidor (Constitución y Código) son

estables, mientras que el tercero (ley especial) es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas (Stiglitz G., 2015). Este razonamiento viene a significar, que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás normativas.

Como resultado, el intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial.

Este razonamiento, no hace más que ratificar lo que venimos exponiendo, y se traduce en la imperiosa necesidad de aplicar lo dispuesto en la LDC. Es decir, frente a una colisión normativa, dada la recepción constitucional del consumidor, no cabe duda que aquélla debe primar.

Vale recordar que ya la LDC hacía referencia a la integración normativa en el art. 3 (Ley 26.361) cuando establece:

Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

Conforme ello, frente aun conflicto normativo, no cabe duda que la legislación específica debe complementarse con los principios instaurados por la normativa consumerista.

### **3.15 El consumidor de seguros**

A continuación, indagaremos respecto a la fusión de dos sistemas que conciben una tutela del débil jurídico. Ya que por un lado, el derecho de seguros identifica al asegurado como la parte débil del contrato, y por el otro, el derecho de los consumidores pretende la misma tutela para el consumidor.

La concurrencia de dos sistemas protectores, a una misma relación jurídica no

parece ser una solución, sobre todo si los resultados pueden ser diferentes, acorde a la normativa que se aplique.

La superposición de estas visiones, claramente invita a una nueva reflexión sobre la cuestión.

Se trata de saber si asegurado y consumidor son dos caras de una misma moneda o si por el contrario, son dos subsistemas que coexisten y que reglamentan situaciones diferentes. En definitiva la pregunta que intentaremos responder, es si al asegurado le cabe el calificativo de consumidor.

### **3.15.1 El debate doctrinario**

Para determinar el uso y la injerencia de las leyes resulta imprescindible determinar los campos de aplicación, las zonas comunes y los criterios de interpretación. Muchos doctrinarios que fervientemente sostienen la independencia de estos dos subsistemas argumentan que la Ley de Seguros es de carácter especial, y que no habría sido derogada ni modificada por la Ley nº 24.240. Ello, a pesar de las modificaciones introducidas por el CCCN.

De acuerdo a las diversas opiniones que existen al respecto, pretendemos aclarar las dudas que surgen en relación al sometimiento, o mejor dicho, interacción de la Ley de Contrato de Seguros, con la Ley de Defensa del Consumidor.

Domingo López Saavedra (2011), contrario a nuestra opinión, con motivo del seminario "*La protección jurídica del asegurado: nuevas perspectivas de la problemática*", argumentó:

La Ley 20.091 de Seguros tiene preeminencia sobre la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, pese a la reforma de la Ley Nº 26.361, porque se trata de una ley especial que no ha sido derogada ni modificada por la Ley de Defensa del Consumidor, que es una ley general.

Un sector de la doctrina que adhieren a esta postura, argumenta la coexistencia, y por ende convivencia, de estos dos subsistemas. Para adoptar esta tesis, refieren que la Ley de Seguros es de carácter especial y que no ha sido derogada ni modificada por la Ley nº 24.240.

La jurisprudencia y el propio Poder Ejecutivo Nacional han señalado que la legislación tuitiva de los consumidores tiene por objeto actuar como control de las cláusulas contractuales predispuestas en el contrato de adhesión, cuando el Estado no interviene. Pero ello no se da en el caso del seguro donde existe una entidad especializada como es la SSN que controla la actividad aseguradora y reaseguradora, con exclusión expresa de otra competencia o jurisdicción.

La SSN tiene competencia y jurisdicción exclusiva sobre la actividad aseguradora y reaseguradora. Con esta idea, se ha señalado también, que la LDC contiene reglas protectoras y correctoras complementarias y no sustitutivas, de la regulación especial contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente.

Consecuentemente, el mismo autor, a los fines de fundar su tesis refiere que en su oportunidad el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decr. n°. 565 vetando el artículo 32 de la Ley n°. 26.361 que modificaba el art. 63 de la LDC, que establecía que dicha normativa no se aplicaba al transporte aerocomercial. El Decr. señalaba que en el derecho aeronáutico existe una legislación específica, como lo es el Código Aeronáutico (Ley 17.285), y mencionaba al respecto:

...las normas de defensa al consumidor nacen con la finalidad de actuar como correctores en los contratos de oferta masiva (...) estas nuevas leyes no constituyen normas de fondo sino que resultan reglas protectoras y correctoras siendo complementarias y no sustitutivas de la regulación en general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente...

En la actividad aerocomercial existe un riguroso control por parte del Estado, como ocurre, sostiene Lopez Saavedra (2011), en el ámbito de los Seguros.

Pero lo cierto es que más allá de la opinión citada, no hay registro normativo en materia de seguros, que justifique esta postura. Entendemos que si el legislador pretendía abstraer el régimen de seguros de la normativa proteccionista del consumidor, lo hubiera contemplado, de la misma manera que lo hizo con el derecho aeronáutico. Pero ello no ocurrió.

Además el art. 989 del CCCN, en lo que refiere a contratos establece “La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”. Lo que claramente significa, que a pesar de la especialidad que detenta la SSN, los contratos que se aprueben en dicha entidad, no impide su revisión.

Otras voces en el mismo sentido, entienden que aplicar literalmente la normativa consumerista en materia de seguros, implica consentir que los terceros en los seguros de responsabilidad civil podrían ser considerados como consumidores. Vale destacar, que esta situación se encuentra contemplada en muchas legislaciones del derecho comparado y en las cuales no hay registro alguno de colapso del sistema asegurativo, a causa de ello.

Llamativamente algunos se atreven a afirmar, que se encuentran en juego las funciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación (Soto, 2012). El fundamento radica en la idoneidad del ente, capacidad para regular y controlar la actividad aseguradora y reaseguradora; protegiendo los legítimos intereses de los asegurados y no, en cambio, las reparticiones previstas en los arts. 41 y siguientes de

la Ley de Defensa del Consumidor que, por su esencia y competencia, -dicen- carece de la capacitación y experiencia necesaria para ello. A nuestro parecer, dichas afirmaciones ya no son válidas, en la medida en que ha sido la misma Superintendencia quién se ha manifestado al respecto, y ha determinado por intermedio de la Resolución 35.614 (modificatoria del punto 23.2 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora), que los planes técnicos y textos de las pólizas deberán respetar la LDC, y dice en su art. 1°:

Los elementos técnico-contractuales de carácter particular solamente podrán ser utilizados por las aseguradoras mediando previa aprobación expresa de esta SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION. A tal fin, el Organismo evaluará si tales elementos técnico-contractuales se ajustan las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. Especialmente se considerará la adecuación de tales elementos técnico-contractuales con las disposiciones de las Leyes Nos. 17.418, 20.091, 24.240 y demás legislación general aplicable; normas concordantes, modificatorias y reglamentarias.

Con esta inclusión no cabe duda que la SSN interpretó que el asegurado integraba la categoría de consumidor, sino no le podrían ser aplicables, las normas respectivas. Además, a través de su página web dentro de las normativas enumeradas como aplicables por el organismo se encuentra nada más y nada menos, que la LDC.

Pero ello, no significa que la Ley de Seguros dejará de existir, fundamentalmente porque la normativa consumerista no contiene normas específicas relacionadas a seguros.

Ello implica, que sus principios no son compartimentos estancos, aislados de otras normas del ordenamiento jurídico, si no que las nutren y complementan en forma transversal (Perriaux, 2007).

### **3.15.2 El carácter del seguro**

El seguro, a los fines de ser interpretado a través de la normativa del consumidor, significó una relectura de ciertas cuestiones.

La tesis contraria a la aplicación de la LDC sostiene que cuando la legislación hace referencia al usuario de bienes o servicios que se tuvo en cuenta los contratos cuyo objeto son tareas de reparación, mantenimiento, acondicionamiento, limpieza o cualquier otro similar (art. 20), en los que el locador debía realizar un trabajo sobre una cosa (art. 22).

En definitiva, para esta corriente doctrinal cuando la ley se refiere a “servicios” lo interpreta como el trabajo prestado a otro por un precio. Por su parte, el seguro, es ajeno a la locación de servicios, ya que las obligaciones y derechos que asumen las

partes en cada uno de ellos son diferentes.

La obligación que asume el locador es, en definitiva una obligación de hacer, conforme lo disponía el art. 1623 *in fine* del Cód. Civil y estableció el art. 1251 del CCCN. En el contrato de seguro la obligación del asegurador, además de ser aleatoria y depender de la ocurrencia de un evento siniestral, es indemnizatoria, es decir, de dar sumas de dinero (Lopez Saavedra, 2010).

Contrario a esta postura, sostiene Fulvio G. Santarelli (2009), para admitir la aplicación de la LDC al contrato de seguro es menester desechar la asimilación que se efectúa entre contratos que tengan por objeto un servicio y las normas del Código que regulan la locación de servicios.

Ello, debido a que no existe razón válida para excluir en razón de la materia al contrato de seguro del ámbito de los servicios a los que se refiere la ley de consumo, porque nada tiene que ver con la locación de servicios del Código de uso absolutamente marginal en el ámbito contractual. También es ajena al área más dinámica que presenta en la actualidad el derecho privado patrimonial.

Dicho esto, nos parece que el término "servicio" empleado por el legislador, ha sido acertadamente utilizado, a los fines de generar una dinámica jurídica al respecto. Sobre todo, teniendo en cuenta que los servicios que se pueden ofrecer en el mercado, cada vez son más.

El vocablo servicio, en definitiva, refiere a cualquier actividad ofrecida en el mercado del consumo inclusive aquellas de naturaleza bancaria, financiera, de crédito, aseguradora; salvo las derivadas de las relaciones de carácter laboral.

Pero más allá de las palabras utilizados un análisis de la cuestión, al que nosotros adherimos, permite afirmar que la protección del consumidor se hace extensiva en la operatoria asegurativa, en razón de tratarse de una prestación de servicios, aunque tenga su propia normativa -Ley n° 17.418- y su propia autoridad de aplicación, la SSN.

Tal es así que si bien la LDC no hace mención expresa a la actividad aseguradora dado que no brinda una nómina de contratos y servicios que recaerán sobre esa órbita interpretativa, tampoco la excluye del sistema, lo que no hace más que afirmar nuestra postura.

En esta misma línea de pensamiento, el último párrafo del art. 3 de la LDC establece: "Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica".

Conforme sostiene Linde Paniagua (1977)

el principio protector debe ser matizado en la actualidad por la existencia de

verdaderos imperios industriales, de modo que no se hace necesario proteger a estos asegurados, que poseen potencial económico de tal índole que sus relaciones contractuales con las entidades de seguros no se producen según la técnica de la adhesión. Sin embargo, el citado principio, sigue teniendo virtualidad para la generalidad de asegurados (p. 101).

El consumidor de seguros es quien contrata los servicios de cobertura de riesgos y, eventualmente, las prestaciones indemnizatorias que proporcionan las empresas aseguradoras.

Haciendo una lectura extensiva de la protección al asegurado-consumidor, viene bien recordar las palabras de Garrigues (1983), quien al respecto considera que el contrato de seguros "no sólo permite obtener la reparación de los daños que sufren los particulares sino que beneficia a personas que no han participado en el contrato" (p. 48).

### **3.15.3 El contrato de seguro enmarcado en el estatuto consumerista**

Para esclarecer el ámbito de aplicación de las leyes, y poder determinar la norma aplicable a un caso en concreto, resulta imprescindible determinar los campos de utilidad, las zonas comunes y los criterios de interpretación prioritaria.

Ello en virtud de que las leyes atienden a distintos intereses, como objeto de protección.

Conforme hemos reseñado, el ordenamiento establece un concepto amplio de consumidor, calificándolo de "destinatario final". Evitando indagar sobre las cuestiones que se suscitan al respecto, parece posible afirmar que el asegurado es consumidor siempre que se constituya en destinatario final del servicio. Entonces, de las normas citadas y reflexiones efectuadas podemos deducir que las disposiciones del consumidor son aplicables al derecho de seguros.

El asegurado tiene la condición de consumidor y por ello su posición jurídico-contractual se ampara en las normas tuitivas de dicha legislación. Consideradas estas cuestiones, cabe agregar que el marco legal que regula la relación de consumo y los derechos y deberes de los actores involucrados en esa relación se estructura a partir del precepto contenido en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Dicha norma constituye un verdadero estatuto de derechos y obligaciones que se complementa, básicamente, con la regulación especial de la LDC y el CCCN.

Entendemos, con lo hasta aquí expuesto que el ámbito de protección debe estar amparado por la LS y por la LDC. Habida cuenta la calidad tuitiva que pretende otorgar la LDC, deben integrarse los requisitos y garantías en favor del asegurado-

consumidor, a los fines de otorgarle la máxima protección. La temática traída a debate, no se resuelve con la absorción de una normativa por otra; sino que va a ser necesaria la aplicación conjunta e integrada de ambas.

Más allá de las opiniones que el presente debate pueda llegar a generar en el lector, la finalidad debe estar enfocada en proporcionar a los usuarios y consumidores la protección que necesitan, y ello no puede ser objeto de discusión.

Debe existir una convivencia entre ambas categorías: consumidores y seguros. En este aspecto Stiglitz y Compini (2004) refieren, con una posición conciliadora -a la que adherimos-, que el contrato de seguro es un contrato de consumo regulado, en lo que concierne a los temas que le son atinentes, por la Ley 24.240. Esto no es tarea fácil, pero sí imprescindible.

El consumidor de seguros resulta ser aquél que contrata los servicios de cobertura de riesgo. Es tanto el tomador del seguro (suscriptor de la póliza), como el asegurado, e incluso el tercero beneficiario (seguros personales) o el damnificado (seguros de responsabilidad civil). Todos ellos incluyen la categoría de consumidores de seguros, porque utilizan o disfrutan del servicio de cobertura de riesgo (Menéndez, 1983). Siempre que, conforme hemos mencionado, en ellos concurren las condiciones ya señaladas de destinatarios finales y situaciones de vulnerabilidad que justifiquen las medidas tutelares.

### **3.16 Las convergencias y divergencias en los procesos de integración en el ámbito del MERCOSUR: Dimensión y expectativas**

La situación que se visualiza en el ámbito del MERCOSUR con respecto a los derechos del consumidor es sumamente compleja. La disparidad en la legislación de los países miembro, es un reflejo de ello.

Lima Marques (2002) considera que si bien la región se encuentra abierta al comercio internacional, aún posee un ordenamiento jurídico que presenta lagunas y que resulta insuficiente para proteger a los agentes económicos más débiles del mercado.

Por ende, una evolución en este plano es necesaria a los fines de armonizar los intereses del mercado con la idea de respeto a los nuevos derechos humanos.

### 3.16.1 El consumidor en los países miembro

En el contexto del MERCOSUR, todo parece indicar que si bien nació como un proceso de integración profundo, con el paso del tiempo se ha ido transformando en una mera integración superficial (*shallow integration*).

Pero ello no implica, que los derechos del consumidor no sean una preocupación para la región; en este aspecto, los esquemas de agrupamiento, tienen como desafío armonizar su legislación, para que de esta forma el consumidor transfronterizo no se quede sin el amparo de la protección estatal (Feldstein de Cárdenas y Klein, 2011).

Irrera (1996), sintetiza esta necesidad de protección con las siguientes palabras:

En este punto aparece la necesidad de proteger al consumidor que como ciudadano de cada mercado individual y regional, debe ser el destinatario de ese desarrollo económico y social, protegido por leyes que impidan el desarrollo a su costo... No debemos olvidar que la apertura del Mercosur potencia ese riesgo en el consumidor... Si antes, con el mercado limitado a cada territorio, se encontraba en una situación de peligro de ser atrapado por técnicas de comercialización desleales, ahora, con el mercado ampliado y multiplicado en los bienes y servicios, ese peligro se ve aumentado de manera real y no sólo potencial o aparente (p. 8).

En estos procesos la armonización legislativa tiene un rol determinante, dadas las asimetrías que presentan las legislaciones y los ámbitos de aplicación en la materia. En esta línea Fernández Arroyo (2006) reflexiona:

(...) todo esfuerzo de codificación internacional requiere la precisión de ciertos datos previos. El primero de todos ellos es que haya interés en la materia por parte de los Estados que participan del foro codificador. El segundo es saber si ese interés va más allá de la consideración del tema como un tema importante, digno de merecer la elaboración de un texto internacional, o si además los Estados están dispuestos a implicarse en esa elaboración. El tercero pasa por saber si los Estados se plantean (al menos teóricamente) la probabilidad de incorporación del texto al ordenamiento nacional. El cuarto tiene que ver con los eventuales condicionamientos impuestos por la reglamentación internacional ya vigente y, en un sentido más amplio, con los compromisos de diferente tipo que los Estados puedan tener con otros en virtud de tratados internacionales (p. 4).

En Brasil, la protección al Consumidor está amparada por el "Código de Defensa del Consumidor" dictado en 1990. Al respecto podemos mencionar que tiene una regulación muy exhaustiva operando a nivel judicial con un fuero especial.

En Uruguay, este derecho no se encuentra receptado en la Constitución del país, pero sí está regulada por la Ley 17.250, denominada Ley de Relaciones de Consumo, del 11 de agosto de 2000 y la Ley 18.507, del 26 de junio de 2009, mediante la cual se establece el procedimiento aplicable en las causas judiciales originadas en la relación de consumo.

Paraguay, por su parte, ha dictado, el 27 de octubre de 1998, la Ley 1.334/98, llamada Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, la que fuera ampliada mediante Ley 2340/03 el 26 de diciembre de 2003.

Venezuela ha dictado la Ley de protección al consumidor y al usuario, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.930 del 4 de mayo de 2004, que derogó la Ley de protección de los intereses de los consumidores y usuarios vigente desde diciembre de 1995. Asimismo, mediante el Decreto 6.092 del 27 de mayo de 2008 se dictó la Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios, complementaria a la Ley de protección al consumidor y al usuario.

### **3.16.2 Los desafíos pendientes**

En el ámbito mercosureño no existe un convenio o tratado vigente que regule el ámbito de defensa del consumidor. Sin perjuicio de ello, se han ido tomando medidas de aproximación a los fines de arribar a una protección de este sujeto.

Para lograr tal objetivo, creemos que es necesario proyectar un marco legal orientador y protector que permita un efectivo accionar.

Inmersos en este esquema podemos mencionar algunas disposiciones que se aproximan a tutelar al consumidor en el contexto del MERCOSUR, pero que claramente resultan insuficientes.

En 1994 el Grupo Mercado Común dictó la Resolución 126/94 por la que dispuso que hasta tanto no sea aprobado un Reglamento Común para la Defensa del Consumidor en el Mercosur, cada Estado Parte aplicará su propia legislación tuitiva del consumidor a los productos y servicios que se comercialicen en su territorio, situación que rige a la fecha.

Por las Directivas 1/95, 17/96 y 18/96 se crearon los 10 Comités Técnicos de la Comisión de Comercio del Mercosur. El C.T. n° 7 de “Defensa del Consumidor” fue creado con la misión fundamental de elaborar un proyecto de Reglamento del Consumidor para el Mercosur, aún pendiente.

Hasta el momento, por recomendación del C.T. n° 7, se han emitido cinco Resoluciones referidas a los derechos del consumidor. Así, el 13 de diciembre de 1996, fue aprobada la Res. GMC n° 123/1996, que contempla, en su anexo, las definiciones de consumidor, proveedor, relación de consumo, producto y servicio. Por su parte, la Res. 124/96 establece una declaración de los derechos básicos de los consumidores.

Mientras que la Res. 125/96 fija pautas concretas tendientes a lograr una

efectiva protección de la salud y seguridad de los consumidores. También, la Res. 126/96 establece criterios a los cuales deberá adecuarse la publicidad de los bienes y servicios destinados al consumo.

Y finalmente, la Res. 127/96 establece las condiciones y alcances que deberá cumplir toda garantía contractual de los productos comercializados. Las Resoluciones citadas anteriormente, establecen expresamente en su normativa que sus prescripciones deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales, y entrarán en vigor una vez finalmente el Reglamento Común sobre Defensa del Consumidor.

Asimismo, se dictó el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, aprobado por la Decisión CMC nº 10, del 17 de diciembre de 1996, que fija pautas para determinar el tribunal competente en caso de conflictos originados en los contratos de consumo en el Mercosur. Pero el Protocolo referido jamás entró en vigencia, porque su artículo 18 condiciona su entrada en vigor a la aprobación del Protocolo de Defensa del Consumidor.

Más adelante, en los días 18 y 19 de agosto del 2010, se sancionó el Proyecto de Resolución sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de Consumo. Según lo allí mencionado, existe una clara necesidad de brindar una adecuada protección al consumidor, de acuerdo con los postulados establecidos por la Res. 39/248 de la Asamblea General de la ONU (Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, del 16 de abril de 1985), considerando que, en materia de negocios internacionales, la contratación es la expresión jurídica del comercio y éste es especialmente relevante para el proceso de integración.

En lo pertinente al objeto de nuestro análisis, conviene destacar que el artículo 1.1 del Proyecto mencionado limita el concepto del consumidor a la persona física que “frente a un profesional o proveedor de bienes y servicios actúe con fines personales, familiares o domésticos o que no pertenezca al ámbito de su actividad profesional o con fines de reventa”. La crítica que se ha hecho al respecto, radica en que esta interpretación resulta limitativa y no responde a la normativa interna de los Estados miembro

Conforme hemos analizado, en el ámbito del MERCOSUR la cuestión todavía no encuentra respuesta legislativa concreta; es una asignatura pendiente hace ya más de trece años. Pero ello también se debe, a que las legislaciones internas de los países miembro aún tampoco han encontrado el rumbo en lo que a esta materia se refiere.

Nótese que algunas normativas, no tienen ni diez años de vigencia en algunos países. En este contexto, unificar criterios al respecto, parece una utopía.

Arraigar a una legislación la idea de consumidor con derechos y obligaciones, no sólo significa cambiar una concepción en términos normativos, sino también marcar una orientación política y económica a seguir.

Cuando se pretenden establecer reglas en un proceso de integración, estos aspectos no pueden ser obviados, por ello, armonizar las legislaciones claramente resultará un desafío de imperiosa necesidad, pero no tarea imposible. Al respecto Lima Marques (2002) sostiene que

La protección del consumidor se inserta (...) como válvula de escape de los conflictos posmodernos, pues representa jurídicamente la garantía de una norma mínima de seguridad y adecuación de los servicios y productos, nacionales o importados, comercializados en los mercados abiertos de hoy. Representa, políticamente, un compromiso con la lealtad del mercado, asegurada en una visión macro por el derecho de la competencia y, en su visión micro, aunque hoy cada vez más colectiva y difusa, por el derecho del consumidor. Por último, socialmente, procura equilibrar el revival de la autonomía de la voluntad, de la concentración en el papel del individuo en la determinación soberana de sus relaciones privadas, económicas y de consumo, y el revival de los derechos humanos, toda vez que, recibir protección del Estado, es un derecho fundamental de los ciudadanos de muchos países, y el derecho del consumidor es un derecho humano de nueva generación (p. 20).

El proyecto de integración del MERCOSUR está siendo puesto a prueba por los diferentes escenarios que se plantean en la región en el aspecto político, económico y social.

No cabe duda que en la zona existen divergencias respecto de la política monetaria y cambiaria, el nivel de déficit fiscal, y la tasa de inflación, lo que claramente conspira en contra de una alianza más eficiente. La existencia del consumidor, y su falta de regulación, no hace más que afirmar este panorama.

Resulta esperable y deseable que se adopten las políticas necesarias para superar estas adversidades y así poder competir en el plano internacional. Ello no sólo resulta fundamental para los actuales países que componen el bloque sino para todos aquéllos que un futuro opten por integrar el mismo.

Tal como sostiene Fernandez Arroyo (2004) se hace necesario “un discurso que explote al máximo, con mucha imaginación, las posibilidades reales de nuestra integración” (p. 69).

### **3.17 Nuevas leyes y proyectos en materia de consumo**

En agosto de 2014 el Poder Ejecutivo envió una serie de proyectos al Congreso, que se vislumbran como facilitadores de las garantías que a los

consumidores les corresponden, y por ende reglamentarios de la manda constitucional.

Como novedoso, podemos mencionar lo dispuesto por la Ley n° 26.993 que instaaura el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones del Consumo (Coprec), que permite presentar denuncias y establece el patrocinio jurídico gratuito (art. 9). Al efecto, se introduce la figura de un Defensor Oficial de las Relaciones del Consumo en las audiencias. De esta forma, se materializaría la idea contemplada de justicia gratuita instaurada por intermedio de la LDC.

En caso de que en la instancia de mediación prevista no se haya llegado a un acuerdo, se prevén dos vías de reclamo. Una es pedir una solución rápida ante la Secretaría de Comercio, que tiene facultades para indemnizar por un monto de hasta 15 salarios mínimos. Y la otra alternativa será recurrir al nuevo fuero de la justicia competente en la relaciones del consumo para exigir una reparación integral, de hasta 60 salarios mínimos.

La Ley establece la creación de ocho juzgados y una cámara de apelaciones – integrada por dos salas–. Esas dos instancias serán las que definan los conflictos que surjan de incumplimientos de las leyes de Defensa del Consumidor, Lealtad Comercial y Defensa de la Competencia.

Otra herramienta que se pretende instaurar es el Observatorio de Precios de Insumos, Bienes y Servicios, que dependerá de la Secretaría de Comercio y para ello se contempla el monitoreo, relevamiento y sistematización de los precios y los insumos, bienes y servicios comercializados y prestados en todo el país.

Por otra parte, la nueva regulación de las relaciones de producción y consumo instaurada por la Ley n° 26.991 modifica la Ley de Abastecimiento.

Entre las principales cuestiones que introduce, podemos mencionar que se tipifican diversas conductas pasibles de sanciones, entre las que se destacan -por coexistir con sanciones previstas en la ley de procedimiento fiscal- la no entrega de facturas o comprobantes de venta, o la falta de exhibición a su requerimiento de libros, documentos, papeles de comercio y todo otro elemento relativo a la administración de los negocios, como así también documentación relativa al giro comercial del negocio.

Entre otros aspectos, se habilita al Poder Ejecutivo para que por intermedio de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, establezca márgenes de utilidad y precios de referencia para cualquier etapa del proceso económico, y permite aplicar sanciones a quienes remarquen precios de una forma que no sea proporcional a los aumentos de los costos. Lo mismo para aquellos que acaparen mercadería, se nieguen a la venta de productos, es decir, afecten el normal abastecimiento de una mercadería.

El Secretario de Comercio, Augusto Costa, al referirse al proyecto de ley de Regulación de las Relaciones de Producción y Consumo opinó que “mediante ese proyecto de ley estamos proponiendo facilitar el ejercicio de los derechos del consumidor” (MECON, 2014).

Al respecto la Cámara Argentina de Comercio (CAC, 2014) ha expresado

la Entidad considera que la importancia de los proyectos mencionados exige un debate amplio por parte del Congreso de la Nación, que incorpore todos los comentarios y propuestas, tanto de la parte empresaria como de los representantes de los consumidores, que permita lograr resultados eficaces para la marcha de la economía.

Al margen de estas consideraciones, y si bien apreciamos el constante interés que existe en brindar mayores herramientas al consumidor para encontrar plasmados en la realidad diaria los derechos que le corresponden, conforme así lo establece el ordenamiento, ello no debe implicar en forma alguna que el Poder Ejecutivo se arroge facultades que le son propias al Poder Judicial.

Por nuestra parte, estimamos que el cambio se debe gestar en el ámbito de la justicia, y es allí donde se deben arbitrar todas las instancias que se generen con intención de proteger al consumidor.

Los beneficios que se le quieran asignar al consumidor, no pueden significar desnaturalizar en su nombre, el orden constitucional.

### **3.18 Conclusiones**

La decepción ha formado parte del mercado de bienes y servicios desde que el hombre empezó a comerciar. No hace mucho tiempo, su moral se encontraba conceptualizada en una verdad: los vendedores hacían lo que fuera por introducir sus productos en el mercado y los consumidores estaban obligados a creer en ello.

Pero con el correr de los tiempos, se fue acentuando la posibilidad de reclamar; y el hombre se ha ido concientizando respecto del poder económico que tiene; sobre todo si se agrupa.

El hecho de que este tipo de relaciones se multiplican de manera exponencial, pone en evidencia la necesidad de buscar respuestas adecuadas en función de la nueva realidad, lo que ha despertado el interés de gran parte de la comunidad jurídica. A pesar de ello, la regulación genérica de la materia, es una circunstancia que ha facilitado la inaplicabilidad de este derecho. Al mismo tiempo, algunos se han encargado de minimizar su existencia, hasta anularla.

Tal es así, que las modificaciones introducidas por la LDC a las distintas ramas del derecho, impactaron no solamente en las vías procesales para hacer operativa la legislación, sino que implicaron la reformulación de un nuevo sujeto de derecho.

En estas circunstancias el nuevo eje es el individuo, primero en cuanto persona, y segundo en cuanto a su capacidad de consumo.

En lo que atañe a la causa de la inusitada relevancia que el consumo alcanzó en los últimos tiempos, ésta ha de buscarse en el proceso de globalización, ya que tanto la aceleración de los ritmos de apertura económica y de los intercambios de mercancías y servicios, así como la liberalización de los mercados de capitales, junto con la revolución de las comunicaciones y la informática, representan un entorno ideal para su desarrollo.

La labor llevada a cabo por el legislador, en materia de consumo, ha obtenido a la fecha resultados que no han sido los esperados. Principalmente la falta de esclarecimiento respecto de las situaciones que se encuentran amparadas dentro de este sistema, son, en líneas generales desalentadores. Las interpretaciones judiciales, han sido desproporcionalmente amplias o reducidas en relación al alcance del sujeto, que se pretende proteger.

Comprendemos que regular en materia de consumo, implica no desatender cuestiones económicas, que lamentablemente en nuestro país vienen siendo tan inestables, por lo que ello torna aun más dificultoso el tratamiento de este derecho.

En un momento en que el mercado de bienes y servicios, resulta eje central de la economía, no debe descuidarse al consumidor ya que, al fin y al cabo el comercio se encuentra dirigido a ellos. Inexcusablemente el equilibrio de las transacciones y las resoluciones judiciales no deben ser una finalidad abstracta de la legislación, sino que deben llevarse a la práctica.

El análisis efectuado, nos lleva a concluir en la ineficacia que han sabido sostener a lo largo del tiempo las normas en materia de consumo, máxime si tenemos en cuenta que el primer antecedente registrado en nuestro país, data de la década del cuarenta.

Con relación a la posible concordancia de ambas legislaciones, dado que el constituyente ha pretendido mediante la especial protección brindada al consumidor ensanchar la protección de la dignidad humana, es necesario que permitamos el cumplimiento de dicho anhelo.

Sin duda, cuanto más conscientes de sus derechos y más exigentes respecto a los mismos sean los consumidores, mayores serán los estándares de calidad a los que deban apuntar los proveedores de bienes y servicios.

De esta suerte, el MERCOSUR, y con él todas las legislaciones de los países

miembro, temerosos de ser arrastrados en la marea de las exigencias modernas, prefirieron optar por manifestar un simple interés en la regulación del consumidor. Pero a la fecha, no ha logrado consagrar en el aspecto regional, su importancia.

El estado actual de la situación, se circunscribe a la aplicación de la ley del lugar donde se practica el acto de consumo.

La cuestión no es menor, si lo que se pretende lograr es ser un bloque económico que pueda competir a nivel internacional. Sobre todo, teniendo en cuenta que el consumidor es el epicentro de la economía.

Para que este derecho sea operativo, cuya importancia ha quedado evidente con la recepción constitucional, debemos prestar atención al impacto que puede llegar a generar el proceso concursal de un proveedor, ante el reclamo de un consumidor.

No podemos perder de vista, en consonancia con las nuevas tendencias que la LDC plantea, que el usuario de transporte público dejó de ser un débil jurídico que se encuentra expuesto a los avatares de los lineamientos impartidos por los empresarios con control de la administración pública, para comenzar a operar en el mercado como un sujeto protegido.

Resulta interesante, entonces destacar que esta legislación que empezó siendo competencia exclusiva del derecho administrativo, hoy en día claramente representa una cuestión que no puede ser soslayada por el derecho privado.

## **IV. Los procesos falenciales en empresas de transporte público de pasajeros: ley aplicable**

### **4.1 Planteamiento introductorio**

En el escenario actual, podemos advertir que muchas víctimas de accidentes de tránsito se ven perjudicadas por los “beneficios” a los cuales se atienen las empresas de transporte público de pasajeros. Ello se debe, en gran medida a que muchas se encuentran en estado de cesación de pagos, y esto retrasa, impide y hasta evita el cobro de la indemnización por parte del usuario.

Para ello, consideramos que resulta necesario realizar un pormenorizado análisis de cómo la situación falencial de la empresa de transporte, perjudica los derechos y acciones de los usuarios, que se ven afectados por el concurso de aquella.

Entendemos que este mecanismo, se genera pasando inadvertido la función social del transporte público y lo regulado en el CCCN y la LDC que, desde ya adelantamos, no encuentra un tratamiento adecuado en la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ).

### **4.2 Introducción a la Ley de Concursos y Quiebras**

Toda obligación se encuentra compuesta por dos elementos: deuda y responsabilidad. En este sentido, el art. 495 del Cód. Civil señalaba "las obligaciones son: de dar, de hacer o de no hacer". Como consecuencia de ello, la deuda, indica el deber del deudor de realizar una prestación y respecto a la responsabilidad, implica la sujeción al poder coactivo del acreedor.

El art. 724 del CCCN dice

La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.

Ante el incumplimiento, el acreedor puede solicitar la protección judicial, que puede ser en forma particular, ante una deuda concreta; o de ejecución universal, cuando el incumplimiento se refiere a una pluralidad de obligaciones, que pesan sobre

la generalidad de un patrimonio.

Esta idea, que se encuentra arraigada en el principio de universalidad del patrimonio, significa que del incumplimiento de las obligaciones, responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

Frente a la necesidad de brindar respuestas a los acreedores, ante el incumplimiento por parte del deudor, nace el derecho concursal. Conforme sostienen Etcheverry y Juyent Bas (2012, p. XI)

(...) el fenómeno de la cesación de pagos o, como se dice hoy, de la crisis empresaria constituye una problemática que siempre ha merecido una respuesta del legislador por las implicancias que tiene en el ámbito de la actividad productiva y, consecuentemente, en el tejido social.

Su finalidad, tiene raíces en los principios del liberalismo económico, si entendemos que su objetivo es netamente liquidatorio en favor de los acreedores, y dentro de una concepción social, si se tienen en cuenta otros intereses además de los pertenecientes a los acreedores.

Conforme advierte Adolfo A. N. Rouillon (2000) en nuestro sistema

la palabra "concursos" es una voz genérica que, en nuestro actual sistema jurídico positivo, tiene dos especies: la "quiebra" (doctrinariamente también llamada "falencia", y de ahí la designación del quebrado como fallido), y el "concurso preventivo". La quiebra es el proceso concursal enderezado a la liquidación. El "concurso preventivo" es el proceso concursal de prevención o reorganización. Ambos –quiebra y concurso preventivo- son procesos judiciales (p. 5).

Además de estos dos procesos concursales clásicos, cabe resaltar que existen otros mecanismos más informales de solución, ante la insolvencia.

Pero a fin de evidenciar lo que en este trabajo pretendemos exponer, haremos hincapié en el concurso preventivo.

Aquél, puede ser definido como un procedimiento de ejecución universal y colectivo, que tiende a alcanzar un convenio entre el deudor concursado y sus acreedores (con quita y/o espera), o por el contrario, proceder a una liquidación ordenada del patrimonio del deudor concursado.

Ferrer Vicente (2006) define al concurso como "aquél procedimiento de ejecución universal, que instado por el propio deudor (sea o no sea persona jurídica) o por sus acreedores, se puede ejercitar contra quien se encuentra en estado de insolvencia" (p. 61).

En el sistema vigente, el juez es quien dirige y tramita el procedimiento concursal, y la administración de aquél se encuentra a cargo de un síndico (arts. 14 y 15 de la LCQ), que es un órgano auxiliar, colaborador y cooperador.

Nuestro procedimiento concursal se encuentra regulado por la Ley de Concursos y Quiebras n°. 24.522, que en su art. 1 dice

El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de

las obligaciones a las que afecto, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69.

Este precepto, junto con lo establecido por el art. 79 de la LCQ, permite deducir que está en cesación de pagos el deudor que "se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan". Esto conlleva al presupuesto objetivo que la Ley requiere para proceder a la apertura del proceso concursal, es decir, el estado de cesación de pagos.

Raymundo L. Fernandez (1997) afirma que "...la cesación de pagos es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan".

Acertadamente, Ariel A. Dasso (2009) considera que el derecho concursal asume el tratamiento de la crisis económica, cuando ésta ya está instalada. Aquélla es dramáticamente sustituida por un procedimiento preventivo en el que los ordenamientos van incorporando un nuevo supuesto material que se focaliza en instancias previas a la cesación de pagos.

El objetivo ya no es sólo evitar la quiebra, sino evitar la crisis y esto importa afrontar el fenómeno, antes que sedimente en la cesación de pagos. El concurso trata la insolvencia del deudor como un hecho consumado, y no como un riesgo previsible y asegurable por los operadores.

#### **4.2.1 La pauta de la continuidad de la actividad empresarial**

El sistema concursal ha sufrido una relectura de sus principios a través de lo que se entiende por "mantenimiento de la empresa". Las sucesivas modificaciones que han tenido la regulación concursal y los procedimientos que ella instaura, persiguen como único y absoluto objetivo, la conservación del patrimonio.

El afán legislativo, se funda en la idea de evitar la desaparición de los negocios y sus posibles consecuencias.

Por ello, y a pesar de que en algunos casos los acreedores deban quedarse sin cobrar todo, o parte de su crédito, o tengan que esperar largo tiempo, la meta actual es que la actividad económica no desaparezca.

La desafiante y actual tendencia en esta materia es buscar soluciones de continuidad, y reorganización, tomando de referente a la empresa como motor de producción, con el objetivo no sólo de satisfacer el interés general de los acreedores y del deudor, sino también, el de aquéllos que se verían perjudicados por el cese de la actividad. Esta tesitura radica en limitar, en la medida de lo posible, los efectos que

trae aparejado el proceso concursal.

La contemporánea concepción que se tiene del sistema concursal, significa la continuación de los contratos de trabajo y las relaciones contractuales, hasta incluso, que se disminuya la posibilidad de agresión por parte de los acreedores con privilegios de carácter real, que pueden llegar a generar la imposibilidad de proseguir con la actividad y en consecuencia, provoquen el cese de la empresa.

Si bien consideramos que esta idea, en ocasiones puede ser acertada, las interpretaciones judiciales no pueden dejar de advertir la realidad que plantea el mercado, y menos aún la economía argentina y sus constantes crisis. Ante todo hay que comprender, que una actividad puede ser rentable, pero atravesar circunstancias difíciles por una mala gestión o por decisiones de política económica que tornan dificultoso la prosecución del emprendimiento.

Por otro lado, también existen aquéllas industrias que por los cambios que plantea el mundo de hoy, sobre todo en el aspecto tecnológico, resulta anti-económico, continuar la labor. Estos son dos aspectos diferentes de una misma situación, que a nuestro entender no siempre resultan bien distinguidas.

En esta cuestión se advierte lo irrazonable que puede resultar este ímpetu, en razón de que frecuentemente estas decisiones se encuentran basadas en observaciones limitadas, con fundamentos poco desarrollados y cuyo resultado impacta no sólo en la vida del deudor y sus trabajadores, sino que en algunas actividades su alcance registra consecuencias para todos los miembros de la sociedad.

En apoyo a esta crítica, cabe mencionar que, luego de la modificación introducida por la Ley n° 26.684 al sistema de la LCQ, esta idea se enfatizó. Se sensibilizó a través de la normativa, la búsqueda de soluciones basadas en el acuerdo de las partes involucradas, cuya finalidad tiene en miras el mantenimiento de la actividad y de las unidades productivas, reflejando así una suerte de socialización del derecho concursal.

Sobre todo, se ha puesto énfasis en la conservación de la fuente laboral, con la incorporación del sistema de cooperativas que les permite a los trabajadores unidos, ponerse al frente de la industria.

En este sentido Dante Cracogna (2013), citando un estudio efectuado por la OIT, sostiene que

El arraigo de las cooperativas en las comunidades locales y la búsqueda de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes en lugar del beneficio ilimitado que persiguen las empresas capitalistas ha llevado a que las cooperativas sean más resistentes a las crisis y capaces de superar las dificultades que debieron enfrentar a lo largo de su historia y particularmente en los años recientes (p. 225).

Es así, que la Ley persigue conseguir que el proceso concursal distorsione en la menor medida posible la actividad del deudor, e incida de forma limitada en la posición de los acreedores.

#### **4.2.2 La *par conditio creditorum***

*La par conditio creditorum*, se trata de un principio general del derecho concursal que implica la supresión del principio *prior in tempore potior in iure*, que viene a significar "es más fuerte el derecho anterior en el tiempo". Así, la preferencia en los créditos de los diversos acreedores está determinada por dicho principio romanista. Naturalmente, y mientras la ley no acuerde privilegios especiales a esos créditos, o éstos surjan de modificaciones convencionales de las partes, el que primero constituya su derecho estará en mejor posición, con respecto a los demás acreedores.

De esta manera, se hace un llamamiento a todos los acreedores del concursado para que integren la llamada masa pasiva del concurso, y así lograr que se resuelva una forma de satisfacer la mayor parte posible de sus deudas, en el menor tiempo posible.

Al concurrir una pluralidad de acreedores el ordenamiento opta por someterlos a la concursalidad y, en virtud de ello el criterio de distribución del riesgo de insolvencia, es la paridad de trato. La excepción sin duda son los privilegios, que encuentran su fundamento en razones de política jurídica, y económica.

Ante dicha circunstancia, el sistema yuxtapone la situación de determinados créditos o acreedores para los que excepciona la regla de la paridad, estableciendo a su favor una preeminencia al cobro.

Mientras diversos autores señalan que los privilegios constituyen excepciones o derogaciones a la aplicación de la regla *par conditio creditorum*, otra corriente lo reconoce a éste como el principio rector del concurso, en razón de un correlato necesario de las ideas de justicia y equidad.

Observamos que la Ley crea privilegios para dar prelación en el cobro, a aquéllos fundados en razones de equidad o interés público -el crédito alimentario o al cobro de las garantías reales, entre otros-, lo que explica el distinto emplazamiento que tienen los acreedores con privilegio, frente a los que no tienen preferencia alguna. Tal regla, solo se materializa ante la ausencia de una diferencia de privilegios entre los acreedores concursales pudiendo justificar en esos casos, la existencia del principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores.

En la práctica, este principio de igualdad de trato no rige para todos los acreedores, sino únicamente para los quirografarios, que son quienes no pueden invocar un privilegio.

Destacada doctrina, considera que la igualdad de trato ha sido limitada o sacrificada en numerosas ocasiones, hasta el punto que hoy tiene más de mito que de realidad (Colesanti, 1984).

También se afirma que es un principio residual, cuya eficacia se desenvuelve sólo en cada una de las categorías. En consonancia con ello, Vacas Medina (1984) señala " el principio de la *par conditio*, en el juego de la determinación de los intereses que se estiman dignos de protección, cede tanto que hasta llega a convertirse en categoría residual" (p. 18).

En definitiva, la idea de igualdad entre los acreedores sólo tendría sentido si todos fueran iguales, indiferentes al riesgo de insolvencia, lo que como hemos visto, es una ficción meramente interpretativa.

A pesar de las numerosas críticas que se reciben al respecto, la igualdad de trato es la justificación de varias instituciones concursales, y por ende, resulta fundamental para el criterio interpretativo jurisprudencial. En esta línea afirma Vicent Chuliá (1979) que se trata de una idea-fuerza, presente, en continua pugna con otros principios o valores dignos de tutela y, por ello, con desigual intensidad en las distintas instituciones concursales.

El modelo del paradigma redistributivo del concurso como fórmula de colectivizar las pérdidas entre todos los sujetos que conforman la masa de acreedores, incluido el consumidor, parece no ser justo para aquél.

Al respecto, se ha dicho que los acreedores tienen un nivel de información similar. Pero en nuestra opinión, esta afirmación es débil, en razón de que no es verdadera. En efecto, no todos los créditos tienen su origen en un proceso negocial.

Si bien los acreedores que se han constituido como tal en virtud de un proceso negocial, incorporan el riesgo de insolvencia a dicho proceso, ello no ocurre cuando el acreedor adquiere dicha calidad por un motivo extracontractual. Estos acreedores, correrán con la suerte del daño derivado de la insolvencia sin que ellos puedan garantizar su crédito o exigir una contraprestación suficiente. Esta situación se agrava si tenemos en cuenta que la situación falencial es bien sabida por el deudor, y no le es informada al contratante.

Partiendo de la problemática recientemente introducida, y a pesar de ello, la regla sigue siendo la *par conditio creditorum*, dado que el riesgo de insolvencia es una faceta más del riesgo empresarial.

Por el contrario, cuando el acreedor es extracontractual, no cabe duda que

aquél no debe asumir ningún tipo de riesgo empresarial, sino que debe recibir un tratamiento adecuado, en razón de la información recibida y las circunstancias derivadas de la contratación, en términos previsibles.

### **4.3 El transporte público argentino en estado de cesación de pagos**

El régimen instaurado por la LCQ, está elaborado con el objetivo de solucionar las situaciones de insolvencia de las empresas u operadores económicos en general. Pero, cuando este sistema es aplicado en actividades que interfieren en la vida cotidiana de los individuos, la Ley adquiere una trascendental importancia.

En tal orden de ideas, consideramos esencial el fortalecimiento jurídico de los consumidores. Por ende, resulta necesario contar con los elementos jurídicos idóneos que cumplan con dicho objetivo.

Al margen de algunas especialidades previstas para las situaciones concursales de determinadas sociedades y entidades, como es el caso de las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras; un mismo procedimiento se aplica a las situaciones de insolvencia de todo deudor, con independencia de la condición empresarial que detente, ya sea persona física o jurídica, o la dimensión económica que ello signifique.

En específica referencia al tema, consideramos que el legislador ha querido dar a la tramitación del concurso la máxima celeridad con plazos breves a fin de evitar demoras en el curso del procedimiento. En la realidad; dado el gran número de expedientes tramitados en los Juzgados y los requerimientos procesales por parte de éstos, hacen que el procedimiento se torne excesivamente lento.

Además de las carencias procesales, el estado de la cuestión adquiere una particular relevancia, si se tiene en cuenta que gran parte de las empresas dedicadas al transporte público terrestre de pasajeros, comúnmente denominado colectivos, se encuentran en estado de cesación de pagos. Varios, han sido los factores que han contribuido a esta situación.

Las reformas introducidas en la década de los noventa que ya hemos mencionado (2.3), prestaron poca o ninguna atención al planeamiento y la funcionalidad del sistema público de transporte. Estos cambios efectuados en el marco legal e institucional, que al principio posibilitaron el crecimiento del comercio y de la economía, incluyeron la venta de activos, la concesión de servicios y la desregulación de mercados.

Al principio, se advirtió una sensible mejora en la calidad de los servicios; motivada por inversiones privadas y públicas, significativos aportes del gerenciamiento privado, incorporación de nuevos servicios e inclusive la introducción de algunos cambios tecnológicos. Sin embargo, a mediados de la década de los noventa, comenzaron a percibirse síntomas de crisis como consecuencia de la sostenida recesión.

La crisis económica de 2001 y la devaluación de principios de 2002 disolvieron la arquitectura jurídica e institucional de los contratos de concesión, lo que produjo efectos significativos sobre la economía de los servicios concesionados.

El instrumento básico de política empleado para frenar esta etapa, ha sido la creación de subsidios directos, otorgados de manera discrecional a los operadores de transporte.

Las empresas dedicadas a este rubro, desde hace mucho tiempo presentan una crisis económica, claramente visible a través de la deficiencia que presenta el servicio, las deudas millonarias que tienen y el parque vehicular que poseen, a pesar de las subvenciones estatales que reciben.

A contramano de lo que cualquier pensamiento lógico deduce, y conforme ya hemos advertido, también se encuentra vigente la Res. 25429/97 promulgada por la SSSN que instauró una franquicia de \$40.000 (cuarenta mil pesos) en relación a la cobertura del seguro por daños (2.8). Esto, recordemos, significa que cualquier compañía de seguros sólo es responsable en caso de que los daños producidos por un accidente superen dicho monto. De esta manera, aquéllas generadas por un siniestro con daños menores a dicha suma, quedan a cargo de la empresa de transporte.

Se aprecia con claridad, que todos aquéllos damnificados por accidentes ocurridos en estas circunstancias, que deban iniciar un reclamo y éste sea de un monto menor al estipulado por la franquicia, deberán reclamar directamente con las empresas de transporte.

Pero la situación empeora, cuando en ocasiones advertimos que estas empresas dedicadas a este rubro, obligadas al pago de la indemnización, se encuentran en estado de cesación de pagos, y por ende, adherida al régimen impuesto por el derecho concursal.

Como resultado obtenemos, conforme refiere Piechocki (2007) y siendo que el 85% de los accidentes son “menores”, terminan siendo incobrables las indemnizaciones, porque en lugar de quedar a cargo de la aseguradora, pasan a ser responsabilidad de la empresa de transporte.

Pero si el perjudicado decide emprender la aventura que significa litigar para

poder cobrar, se va a encontrar con que va a tener que litigar en sede civil, y luego presentarse ante el concurso a verificar su crédito.

En nuestra opinión, la continuidad de la actividad laboral no debe ser en desmedro de los consumidores del servicio que preste la empresa, que en definitiva gozan de las prerrogativas que le otorga la LDC n°. 24.240, y cuyos principios deben ser operativos, y de subsistencia conjunta con los principios concursales.

Ante la posibilidad de que se produzca un estado de insolvencia en una empresa que se dedica al transporte público de pasajeros, no cabe duda que desde el ordenamiento deben habilitarse procesos cuya finalidad sea reducir el daño causado por la insolvencia. Más aún si se tiene en cuenta que, se está prestando un servicio de interés público (2.2.1) que no puede garantizar la seguridad de los usuarios, generando situaciones de desequilibrio inigualables.

#### **4.4 El dilema del acreedor involuntario**

Los tradicionales institutos del derecho concursal, receptados del derecho romano, se limitan a distinguir a los acreedores en quirógrafos o privilegiados. Sin perjuicio de ello, estas concepciones, receptadas por nuestra legislación, no han impedido que la jurisprudencia y la doctrina incorporen una nueva categoría de acreedores: voluntarios o involuntarios.

El gran impulsor de esta propuesta, Angel Rojo (2006) considera que la expresión es poco feliz, en tanto y en cuanto ningún acreedor tiene voluntad o vocación de serlo, sino durante el plazo en que su obligación debe ser satisfecha. Es por ello que sostiene que, los voluntarios son los contractuales o cuasicontractuales y los involuntarios son los extracontractuales.

Graziabile (2009), sostuvo en oportunidad del V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia celebrado en 2009, que

(...) tenemos ahora una nueva preocupación que es el efecto concursal sobre los acreedores involuntarios que se relacionan con el deudor insolvente a través de un hecho que ha originado una responsabilidad civil del concursado. No hago referencia exclusivamente a los acreedores extracontractuales sino que lo que interesa es la involuntariedad de la relación crediticia, en especial en el caso de responsabilidad civil, la cual puede ser contractual o extracontractual, y también limitada a ciertos supuestos de rubros indemnizables.

Así pues, “crédito por responsabilidad extracontractual” es aquella obligación en sentido técnico que nace de la fuente de obligaciones a la que el Cód. Civ. alude con la expresión “obligaciones derivadas de la culpa o negligencia” y que hasta hace

poco tiempo se conocía como derecho de daños o de la responsabilidad civil extracontractual. Lo cierto es que la denominación extracontractual de estos créditos ha quedado antigua en la medida que el CCCN unifica la responsabilidad, con una marcada tendencia en lograr que los daños sean resarcidos.

Barreiro y Truffat (2008) argumentan al respecto:

En nuestro criterio, la dicotomía 'responsabilidad contractual/responsabilidad aquiliana' no basta para solventar el tema, pues existen casos de responsabilidad formalmente contractual -vgr: la víctima de una ostensible mala praxis médica; el transportado, etc- donde la sensibilidad social 'actual' tampoco digiere fácilmente que merezcan el mismo tratamiento que el acreedor que se vinculó contractualmente teniendo en miras la celebración de un cierto negocio. Es por ello que el cartabón de análisis pasa por predicar la existencia de dos subuniversos: los acreedores voluntarios de un lado y los acreedores involuntarios del otro (subuniverso este, que contiene a los acreedores extracontractuales pero no se agota en ellos) (p. 714).

Desde esta óptica, podemos afirmar que los acreedores voluntarios son aquéllos cuyo crédito nace en razón del incumplimiento de un contrato generado por una libre estipulación entre acreedor y deudor.

Por el contrario, los acreedores involuntarios son los que sufrieron un daño causado en la culpa, negligencia, dolo o que simplemente resultan del criterio de imputación objetivo impuesto al deudor.

Oswaldo Pisani (2007) sostiene que los acreedores involuntarios son

(...) aquellos que si bien se originan con causa o fuente contractual, el perjuicio que luego da lugar al crédito se produce por un delito o cuasi-delito durante el cumplimiento del mismo. Sería el caso de un acreedor por lesiones o muerte (dolosos o culposos) generadas en un contrato de transporte o bien en una mala praxis proveniente de una intervención quirúrgica.

De esta manera, consideramos que resulta radical la determinación de la voluntariedad en el otorgamiento del crédito.

Es decir, que la relación jurídica puede ser contractual, pero el crédito derivado de ella puede convertir al acreedor en involuntario en la medida que la obligación se haya generado a causa de una ilicitud, y de esta forma, resulta acreedor de un crédito al que no tuvo voluntad de acceder. Esta interpretación, ha sido aprobada en el VII Congreso Nacional de Derecho Concursal y V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia (2006). A nuestro parecer y en virtud de la unificación introducida por el CCCN en materia de responsabilidad extracontractual y contractual, y a los fines de no crear confusión, ésta idea nos parece la más acertada.

El nacimiento de estos créditos no se debe a un acuerdo previo entre las partes. En estas ocasiones, sostiene Alonso Ledesma (2003, p. 386) el acreedor lo es "muy a su pesar".

Nos referimos entonces, a los acreedores voluntarios cuando, el vínculo

creditorio está originado en la conducta querida del acreedor que con libertad optó por otorgar el crédito, y tuvo posibilidad de no hacerlo. El acreedor expresó de alguna forma, explícita o implícita, su voluntad de concretar la relación por lo que, en definitiva, el eventual incumplimiento del deudor se proyecta a su propia *culpa in eligendo*.

Cuando el crédito no reconoce en absoluto ninguna causa vinculada a la intención del acreedor, sino que, se produce con prescindencia y aún en contra de esa voluntad, se trata de acreedores cuya causa es extracontractual. En estos casos, el crédito, está generado por omisiones o conductas del deudor en las que existe como causa del vínculo creditorio la negligencia, la culpa o el dolo de parte de aquél, sin que pueda advertirse participación en la causa del crédito de parte de quien, resulta acreedor.

El daño al patrimonio generado por la conducta contraria al ordenamiento, subjetiva u objetivamente ilícita, protagonizada por el deudor, no guarda ninguna relación con un vínculo voluntario que enlaza a las partes, como ocurre, inversamente, en el contrato.

Como consecuencia de la disparidad de tratamiento que recibe esta cuestión en la legislación, el acreedor voluntario puede, en virtud de esa intención de obtener un crédito a su favor, convenir garantías en refuerzo de su crédito y aún cuando no las hubiere obtenido ni procurado, tiene siempre, la posibilidad de concretar medidas conservativas o cautelares que permiten, asegurar su cobro, cuando el crédito no hubiere vencido.

Por el contrario, estas medidas, resultan ineficaces, cuando se trata de créditos involuntarios, dado que su propia existencia está condicionada a que la obligación ya hubiese nacido.

Los acreedores involuntarios, a diferencia de los contractuales, tienen una posición de inferioridad en orden a la acreditación de su derecho pues, salvo sentencia firme, no pueden ingresar al pasivo. Esto es, específicamente lo que sucede con los usuarios de transporte público.

En definitiva, esta categoría de acreedores involuntarios, hace nacer la idea de reformular los principios generales del derecho concursal y, por el otro, asignar al consumidor una categoría especial dentro de los acreedores concursales. Convicción que deviene no de su carácter extracontractual, sino de la trascendencia de los bienes a los que afectan.

La limitación de estos acreedores radica en que no detentan un título, por ende, para acreditar su carácter precisan una condena firme que justifique los hechos que aducen y les asigne su calidad. Esta es la circunstancia que engloba a todos los

acreedores, constituidos como tal en razón de un reclamo derivado de una acción por daños y perjuicios.

#### **4.4.1 El consumidor como acreedor involuntario**

Tema central y de actualidad en el ámbito del derecho concursal, es el asociado al manejo y gestión del consumidor en el proceso concursal.

En definitiva ello requiere atender a las variables económicas que suceden en las distintas actividades comerciales, sin desatender a las necesidades que plantea la sociedad. Inmerso en esta situación, debemos ubicar al consumidor, ya sea que dicha posición le otorgue la calidad de acreedor o deudor.

Si bien a nosotros nos interesa hacer hincapié en su calidad de acreedor, no podemos dejar de resaltar que cuando forma parte de este proceso como deudor, también encuentra dificultades para ser receptado como tal, en virtud de que el régimen presenta una clara contemplación del deudor en su calidad de comerciante.

Es que si bien en el ámbito concursal la tutela del acreedor involuntario se ha ido abriendo camino, aplicando, como ya hemos visto, a los acreedores involuntarios un tratamiento diferenciado respecto de los voluntarios cuando se tratare de acreedores cuyo derecho reconoce causa en la intención o aun en la culpa o negligencia, o incluso cuando la causa de su crédito tiene modalidades que diluyen la libertad del acreedor en el contrato, ello es advertido en la medida que el juez del proceso así lo considere, porque la legislación nada dice al respecto.

Como antecedentes jurisprudenciales podemos hacer mención a lo decidido en el marco de los autos "González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín s/incidente verificación tardía". Nótese al respecto que en este caso, la actora sufrió un accidente en junio de 1992 mientras viajaba en un colectivo de la empresa de transporte "Microómnibus General San Martín SAC". Al momento del evento dañoso la víctima tenía 65 años y sufrió lesiones que le produjeron una disminución del 40% de su capacidad funcional. En octubre de 1998 la actora obtuvo sentencia de primera instancia que, 6 años después del hecho, le reconoció su derecho a ser indemnizada. El 10 de diciembre del año 2001 se dictó sentencia de segunda instancia en dicha causa y tras casi diez años de litigio, quedó firme el reconocimiento de su derecho a la indemnización.

Paralelamente, entre el pronunciamiento de primera y el de segunda instancia, con fecha 2/2/1999, "Microómnibus General San Martín SAC" se presentó en concurso preventivo y logró un acuerdo con sus acreedores que fue homologado en diciembre

de 1999. El acuerdo consistió en una quita del 40% y un pago en 18 cuotas anuales venciendo la primera el 30/12/2002. La Sra. González se presenta ante el concurso de la compañía de transporte, realiza un incidente de verificación tardía en el año 2003 y se le verifica su acreencia por la suma de \$ 86.371 como quirografaria.

A causa de las circunstancias descriptas, la víctima solicita al juez del concurso que se le realice un pronto pago en razón de su edad. Y el juez de primera instancia, valorando la edad de la peticionante y que de estar al acuerdo homologado recién dentro de 17 años podría cobrar el 60% de la indemnización por incapacidad, decide un adelanto del pago. Entre otras cuestiones, el *a quo* consideró que el crédito de la Sra. Feliciano González, que cuenta con 77 años, a la espera del acuerdo homologado, importaría afectar el derecho de propiedad amparado por el art. 17 de la C.N., dado que al finalizar la espera tendría 96 años y por la expectativa de vida promedio ello le traería como consecuencia la no percepción del crédito. Este decisorio ha sido confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro y la SCJBA.

En el mismo sentido, fué lo argumentado en autos “Institutos Médicos Antártida SA s/ quiebra s/ incidente de verificación (Ricardo Abel Fava y de Liliana Rosa Harreguy de Fava)” en trámite por ante el Juzgado Nacional en lo Comercial n° 20. En este caso, los padres en representación de su hijo menor que había sufrido daños como consecuencia de una mala praxis médica. En primer lugar el magistrado explicó que las disposiciones del art. 241 de la LCQ importan un sistema taxativo de reconocimientos de privilegios especiales y que, a su vez, el art. 243 de la LCQ, establece como prioridad de pago en caso de concurrencia, conforme el orden de los incisos del art. 241. Sin embargo, consideró que esas normas carecen de validez en el caso concreto, ya que en los supuestos enumerados taxativamente en el art. 241 respectos a quienes tiene prioridad de pago, no se prevé el supuesto en cuestión.

En la decisión aquí citada el Juez reconoce que el crédito, conforme al ordenamiento concursal tiene grado quirografario, pero por aplicación de la Convención de los Derecho del Niño, tratado con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la C.N.), en cuyo artículo 3º expresa que “...cuando exista conflicto entre los derechos e intereses del menor frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. Por ello declaró la inconstitucionalidad del régimen de los privilegios concursales, en sus arts. 239 párr.1º, 241, 242 pte.gral. y 243 pte.gral. e inc.2º. A la vez, cabe mencionar que los argumentos de este decisorio sirvieron de fundamento para el proyecto de ley S.-2.089/08 que propone ampliar los privilegios establecidos en la LCQ para casos similares, es decir, cuando la indemnización sea debida con motivo de un daño efectuado a un menor de 18 años.

Sin perjuicio de ello, esta decisión a la fecha, no se encuentra firme. En principio, con fecha 7/11/2014 la procuradora general de la Nación, Alejandra Gils Carbó, señaló que corresponde revocar la sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que había establecido que el crédito que tenía a su favor un niño con discapacidad, en la quiebra de Instituto Médicos Antártida SA no calificaba como “privilegiado”. El fallo de la Cámara, que a su vez había revocado la sentencia de primera instancia, implicaba que el crédito del menor debería ser cobrado junto con el resto los acreedores quirografarios o “comunes”. Para decidir de esta manera, puntualizó que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconocen que los niños con discapacidades se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, lo que demanda una protección especial de parte del Estado, la familia, la comunidad y la sociedad.

En el caso, “la indemnización reclamada por B. M. F. tiene por objeto garantizar el goce del derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de la salud, a la supervivencia y al desarrollo, a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, y, en definitiva, a la igualdad”, dictaminó la procuradora general. Resta entonces, que se expida la Corte Suprema.

Los fallos precedentemente citados traen a la luz cuestiones novedosas como lo es la contemplación del “acreedor involuntario” e instauran el debate al respecto. Así, consideramos que el consumidor se encuentra inmerso en la concepción del acreedor involuntario y se impone al derecho en un novedoso enfoque. Por esta situación, el consumidor no modifica su rol de manera libre y sin embargo es tratado sin diferenciación con los que sí han adquirido un crédito voluntariamente, dentro de la misma tradicional categoría concursal de comunes o quirógrafos, dejando desde luego a salvo los privilegios que nacen de la Ley.

Como consecuencia, adherimos a la recepción legislativa del acreedor involuntario, teniendo presente que dicha categoría incluye a aquéllos que no han tenido voluntad, ni han tenido la posibilidad de evaluar la adquisición de un crédito.

#### **4.4.2 El usuario de transporte público: un acreedor involuntario**

Es evidente que el usuario de transporte público requiere que el servicio se lleve a cabo en forma ordenada, segura y eficiente, pero nunca su voluntad contractual tiene en miras hacerse acreedor de un crédito. Más aún, teniendo en cuenta que dicho crédito se hace visible en la medida en que se comprueba el daño sufrido por el

usuario, en sus distintos componentes.

En la práctica las cosas terminan siendo contrarias a lo que marca el proceso concursal y a lo que formula también la LS, cuando en su artículo 118 establece que “El crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de éste aun en caso de quiebra o de concurso civil”. Según esta afirmación, la presentación a concurso de acreedores y posible quiebra de las empresas de transporte no debería impedir la correcta indemnización de los damnificados. Pero la LCQ, no refleja esta disposición.

Como parece lógico, ello supone incluir al consumidor, y por ende, al usuario de transporte público en la categoría de acreedor involuntario. Es así, que en nombre de la continuidad de la empresa, siguen prestando el servicio, pero ante un evento dañoso es el usuario es quien sufre y responde por las consecuencias, ocasionadas por el transportista.

#### **4.4.3 El resarcimiento civil: integrante del pasivo concursal**

La declaración de concurso de un deudor implica determinados efectos en los procesos de declaración o de ejecución en los que el concursado sea parte. De esta manera, y como actualmente sucede, muchas de las empresas de transporte público de pasajeros, se encuentran en cesación de pagos.

Así el usuario se transforma en una doble víctima. En primer lugar se lo lesiona en su derecho a la indemnidad, cuya base se centra en un contrato oneroso celebrado de buena fe. Y, en segundo término se encuentra sometido a las reglas de un proceso concursal, cuya existencia desconocía.

Frente a esta situación, las aseguradoras se manejan por topes indemnizatorios, por lo cual en el caso de un litigio, el consumidor se encuentra obligado a iniciar el juicio en sede civil, a los fines de obtener la condena favorable, y por la suma obtenida con motivo de la franquicia, deberá presentarse ante el juicio falencial a fin de verificar su crédito y así obtener el pago de la indemnización.

Queremos puntualizar, en este aspecto, que la responsabilidad civil, se funda en el máximo postulado del derecho de no perjudicar a otro injustamente, de allí su importancia.

En definitiva, es el deber que pesa sobre toda persona, de observar una conducta prudente y cuidadosa para que, en el ejercicio de sus derechos, no lesione injustamente a otro. Para ello, sabemos que el deudor de una obligación debe cumplirla de modo perfecto y oportuno, y en caso de inejecución total o parcial de ella,

o de ejecución imperfecta o retardada, imputables al deudor, debe aquél indemnizar al acreedor los perjuicios que le haya causado.

En lo que interesa a nuestro objeto de estudio, la Ley considera que mientras se desarrolla el trámite de ese proceso individual (reclamo civil), existe una imposibilidad de hecho de presentarse a verificar, razón por la cual otorga el plazo de 6 meses desde la firmeza de la sentencia, para que el acreedor-consumidor requiera la verificación y así quedar liberado de las consecuencias de la prescripción concursal cumplida durante el impedimento (arts. 3980, Cód. Civ. y 2550 del CCCN).

En lo relativo a dicho plazo verificadorio, alguna doctrina ha calificado de “caducidad” de manera que no sería susceptible de interrupción ni de suspensión y sólo se salva con el cumplimiento del hecho impeditivo que no es otro que la promoción de incidente de verificación tardía (arts. 56 y 110 LCQ).

#### **4.5 El pronto pago al consumidor como alternativa**

Declarada la apertura del concurso preventivo, el concursado conserva la administración de su patrimonio, conforme lo establece el art. 15 de la LCQ, y no tiene limitación alguna para el pago de los salarios y créditos laborales que se devenguen con posterioridad. Se trata de pagos que hacen al giro normal de la actividad, y que tipifican en la categoría de los actos ordinarios de administración.

Los créditos laborales anteriores a la presentación concursal, gozan entonces, del derecho al pronto pago.

Se trata de la posibilidad que ciertos créditos laborales sean percibidos, previa autorización judicial, en forma inmediata, prioritariamente, sin que el acreedor tenga que esperar hasta la homologación de la propuesta de acuerdo, y sin necesidad de transitar el procedimiento verificadorio del art. 32 de la LCQ. Constituye, así, una excepción que se otorga al trabajador frente al principio concursal de la *par conditio creditorum*, que ya hemos analizado (4.2.2).

Entendemos entonces, que los créditos laborales tienen una tutela especial destinada a que los acreedores no se vean forzados a esperar el trámite completo del concurso para cobrar sus créditos.

Fundamentalmente, porque ese derecho tiene su razón de ser en el carácter alimentario de las prestaciones adeudadas. Esta es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Barbarella S.A. s/Concurso Preventivo” y “Complejo Textil Bernalesa Srl S/ Quiebra”.

En este sentido, se han expresado la "Recomendación 180 contenida en su art. 6 sobre la Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador" que complementa al convenio 173 de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, ratificado por ley 24.285, la cual establece que:

cuando el procedimiento de insolvencia no permite asegurar el pago rápido de los créditos laborales protegidos por privilegio debe existir un procedimiento de pronto pago para que dichos créditos sean pagados sin aguardar a que concluya el procedimiento de insolvencia.

El pronto pago tiene un trámite propio y especial establecido por el art. 16 de la LCQ, y goza de la gratuidad del trámite laboral por imperio del art. 20 de la Ley de Contrato de Trabajo n°. 20 .744, por ello no debe pagar ningún tipo de tasa de justicia o aportes previsionales.

Habiendo ya expuesto el tratamiento que recibe el trabajador en la normativa concursal, cabe cuestionarnos los motivos por los cuales la indemnización debida al usuario del transporte, no puede recibir una contemplación similar en la normativa.

Sabemos que vinculados al concepto traído a debate conviven dos valores: seguridad y justicia.

Pero, los motivos de seguridad jurídica, economía procesal y necesidad de evitar sentencias contradictorias, que dan sostén a la institución de la cosa juzgada no pueden ser considerados absolutos, y deberían ceder cuando hay otros valores jurídicos de raigambre constitucional desprotegidos y en juego de ser desconocidos. Ello es así atento a que la normativa consumerista, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales.

Ahora bien, ¿cabe duda alguna respecto a que quien debe ser indemnizado en general tiene la necesidad de recibir el pago en forma inmediata? No se entiende por qué el carácter alimentario del trabajador prevalece sobre el del individuo promedio, consumidor del servicio.

A comparación del panorama que se contempla para el trabajador en el caso de los acreedores involuntarios, la situación presenta serias dificultades.

En primer lugar debemos recordar que debe ser el concursado quien denuncie la existencia de litigios de carácter patrimonial (art. 11 inc. 5° de la LCQ). El síndico, será parte necesaria en todos esos procedimientos, conforme lo establece el art. 21 inc. 3°. Si bien en los hechos el rol que desempeña, dista mucho de ser "parte" propiamente dicha, dado que no asume el lugar de demandado en reemplazo del concursado, la función que desempeña tiene como objetivo resguardar el interés general. Ejerce un contralor respecto de la etapa probatoria, y una vez finalizada aquélla se le correrá vista para que se expida antes de la sentencia, que resultará ser

título verificadorio en los términos del art. 56 de la LCQ.

Transcurrido el tiempo que implique el juicio civil, se abre la etapa verificadoria, en la que dependiendo de si se tiene o no título verificadorio al momento de presentarse en concurso, los procesos serán diferentes.

Para el caso en que se encuentre firme la sentencia el acreedor involuntario deberá presentarse durante el período de verificación de créditos que regula el art. 32 de la LCQ, donde recibirá el mismo tratamiento que reciben los restantes acreedores. Esto significa, que su expectativa de crédito se puede ver disuelta por la espera y la quita que se haya previsto para su categoría.

Si no ha recaído sentencia en el juicio civil, vale aclarar que ello no excluye al síndico de tener en cuenta los montos que allí se reclaman, previo a que se considere la propuesta de acuerdo formulada por el deudor.

Dicho esto, entendemos conveniente señalar que la modificación introducida por la Ley 26.648 al art. 16 de la LCQ contempló que:

(...) Excepcionalmente el juez podrá autorizar, dentro del régimen de pronto pago, el pago de aquellos créditos amparados por el beneficio y que, por su naturaleza o circunstancias particulares de sus titulares, deban ser afectados a cubrir contingencias de salud, alimentarias u otras que no admitieran demoras.

Reflexionamos que con esta modificación, se permite introducir al acreedor involuntario dentro del régimen instaurado por la LCQ, sin perjuicio de lo cual lo consideramos insuficiente en la medida que no cierra el debate doctrinal que existe en torno a esta figura. Ello, en razón de que parece contemplarse su recepción, como una excepción a la regla, y no en la normalidad de los casos.

#### **4.6 Derecho a la información del usuario de transporte público**

Conforme ya hemos desarrollado, no cabe duda que en las acciones de daños y perjuicios originadas en el contrato de transporte terrestre de personas, resulta de aplicación la LDC integrada con la obligación de seguridad legalmente asumida por el transportador en virtud de lo dispuesto por el art. 1286 del CCCN, conforme establecía el art. 184 del Cód. Com.

Dentro del estudio que venimos haciendo, conviene puntualizar al ámbito de la información que recibe el usuario previo a contratar el servicio. Hemos aludido anteriormente a dicho derecho en el marco de la LDC, en cuyo articulado aparecen los derechos básicos del consumidor (3.5.1).

Desde el punto de vista que aquí nos ocupa -la tutela del usuario de transporte público- parece no darse cumplimiento a la información que le es debida a aquél como consecuencia de los presupuestos mínimos que debe cumplir el proveedor del servicio. La cuestión reside en que el usuario cuando contrata desconoce el estado falencial que afecta a la empresa transportista, y por ende, las consecuencias que de ello se deriva.

Entonces debemos cuestionarnos ¿Es justo imponer al usuario las consecuencias de un proceso cuya existencia desconocía?

A nuestro parecer, y conforme ya hemos mencionado se dan las circunstancias que provocan la imperatividad de la LDC. Por ende, el contrato se ha celebrado en el marco de una aparente razonabilidad, que una vez acaecido el hecho reprochable genera un resultado injusto, y la imposición de un sistema que lo ubica en una situación de vulnerabilidad absoluta.

Pero además debemos plantearnos el rol que implica la imposición de la franquicia en este tipo de contratos. Más aún, teniendo en cuenta que se está abonando un servicio, en el cual se supone que parte del precio debe destinarse a solventar el pago del seguro, para el caso que ocurra un siniestro.

#### **4.6.1 Fundamento**

Varias de las interpretaciones que se han hecho en torno al derecho a la información del usuario, parecen plenamente orientadas a favorecer su mejor conocimiento.

La actualidad tiende a exigir que las condiciones generales y particulares se redacten de forma clara y precisa, lo que indudablemente favorece al contrato promedio. Entendiendo a aquél, como una figura que se ofrece a una gran cantidad de posibles contratantes, que hace necesario que este derecho encuentre un reflejo en la realidad.

El art. 3° de la LDC determina que dichas disposiciones se integran con las normas generales y especiales aplicables a los contratos de consumo. Esto viene a reafirmar que la normativa, mediante su integración con otras leyes, no solo está dirigida a la protección de los consumidores en sí, sino que también está orientada a la transparencia en los mercados, a la protección de los comerciantes leales y sus prácticas honestas, a los fines de evitar el abuso de la posición dominante por parte de monopolios empresariales.

El conocimiento de las condiciones generales por el pasajero se hace posible,

facilitando su acceso a las mismas tanto antes como después de la perfección del contrato.

Aquí, nos encontramos ante un auténtico deber precontractual que se impone al empresario cuando transmite al presunto contratante su oferta de contrato. Lo decisivo en estos casos es la constancia de que el pasajero conoce y posee los términos del contrato.

Considera Santarelli (2009) al respecto que, el deber de información no se agota en el contratante, sino que alcanza a todos aquellos que pudieron estar en condiciones de incrementar la información conducente para evitar perjuicio del consumidor. Esto significa que en el caso que nos convoca los organismos del Estado que facilitan el funcionamiento de estas empresas en estado falencial, también son responsables de informar dicha circunstancia al usuario, lo que en la realidad no sucede.

El acceso a la actividad transportista, se encuentra condicionado a la obtención de la autorización administrativa. A su vez, el ejercicio de tal actividad se encuentra sometido a la vigilancia de la Administración pública.

En cumplimiento de esta idea, el Decr. 656/94, que fija el marco regulatorio del autotransporte público de pasajeros de carácter urbano y suburbano de jurisdicción nacional estableciendo el marco normativo para el otorgamiento de los permisos de explotación en su art. 17 indica expresamente "La explotación de los Servicios Públicos se desarrollará mediante permisos otorgados por la Autoridad de Aplicación".

Desde esta óptica, no sólo la empresa incumple un derecho, sino que recibe la complicidad de la autoridad que corresponde que lo controle.

Cuando la LDC se expide en relación a los servicios públicos domiciliarios en el primer párrafo del art. 25 dice

Las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de la prestación de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al público.

Este precepto significa que las empresas deben proveer al consumidor de información escrita sobre sus derechos y obligaciones, en donde consten las condiciones de prestación del servicio, que deberán estar a disposición de los consumidores en todas las oficinas de las empresas prestadoras de cada uno de ellos.

Conforme advierte Lorenzetti (2006)

(...) el sistema genera fiabilidad a través de su funcionamiento reiterado, las marcas, el respaldo del Estado y otros símbolos. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad son muy pocas y generalmente inicuas; se basan en un conocimiento inductivo débil. No se trata de un problema de negligencia, sino de una necesidad: si se tuviera que verificar

razonablemente cada acto, sería imposible vivir y los costos de transacción serían altísimos. Es necesaria la confianza, porque ésta reside en la base del funcionamiento del sistema experto, inextricable y anónimo y es el lubricante de las relaciones sociales. Por ello debe ser respaldada jurídicamente, tanto con el establecimiento de presunciones como mediante imputaciones de responsabilidad, utilizando para ello la regla de la apariencia jurídica (p.70).

En esta misma línea, Weingarten (2007) considera que la confianza que el consumidor deposita en una empresa, en un producto o en un servicio, pero que luego se ve defraudada cuando comprueba que éstos no reúnen la calidad, la eficiencia y sobre todo la seguridad que se sugiere, constituye fundamento suficiente para el nacimiento de la obligación de reparar.

#### **4.6.2 Finalidad**

Inicialmente sabemos que las condiciones abusivas que se pacten en un contrato de consumo, en principio resultarían inválidas (art. 37 LDC). Pero ¿Qué sucede cuando se omite, como sucede en el caso del servicio de colectivo, los términos de la imposición de una franquicia y los avatares de un proceso concursal?

Aunque la LDC limita expresamente la posibilidad de utilizar cláusulas abusivas, corresponde saber qué sucede cuando el estado de crisis empresarial no es informado al usuario y a causa de ello se pueden derivar serias consecuencias para los usuarios. Esta modalidad, que implica no cumplir con la norma vigente, viene siendo utilizada por las empresas dedicadas al transporte sin ningún tipo de consecuencia, y bajo la vigilancia de los organismos administrativos correspondientes. Pero ello no impide, que lo mismo pueda suceder con otra actividad que se ofrece en el mercado.

#### **4.6.3 Pautas de interpretación**

La omisión o insuficiencia de información se da cuando el anunciante falta al deber de información al expresar en forma deficiente u omitir los datos necesarios para el usuario frente al consumo de productos.

Dicha obligación aparece expresamente consagrada en la LDC, en cuanto impone al empresario el deber de suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos (art. 4º).

En ese sentido, podemos afirmar que la protección de los consumidores debe apoyarse en dos pilares: la prevención del daño y el reconocimiento del carácter grupal de los intereses tutelados.

#### **4.6.4 Extensión**

Habida cuenta lo argumentado, y en caso de que la empresa de transporte se encuentre en estado de cesación de pagos, y por lo tanto, exista un proceso falencial en trámite, consideramos haciendo extensiva la legislación consumerista que dicha circunstancia debe ser informada al usuario, así como el tope indemnizatorio de la franquicia, previo a que se genere la relación.

En esta línea de pensamiento, advertimos que el consumidor toma conocimiento de estas condiciones una vez iniciado el proceso judicial con motivo del hecho dañoso. A causa de esto, consideramos que se está incumpliendo el art. 4° de la LDC, y por ende la franquicia le es inoponible.

#### **4.7 El orden público en los derechos del consumidor**

La LDC es un cuerpo normativo que establece normas positivas obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios fundamentales del consumidor y a las garantías precisas de su existencia.

Pero ¿Es una normativa de orden público?

La respuesta a dicha cuestión se encuentra en el art. 65 de la LDC que dice

La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los ciento veinte (120) días a partir de su publicación.

Establecer cuándo una ley es de orden público no es tarea fácil. Ello significa que integra una categoría superior, fundamental en un Estado, sustentada en elevados principios.

La finalidad práctica de distinguirlas es que las leyes de orden público no pueden ser dejadas de lado por los contratos privados (art. 21 Cód. Civ. y art. 12 del CCCN); los derechos otorgados por las leyes pueden renunciarse pero si solo se establecieron en interés particular (art. 19. Cód. Civ. y art. 13 del CCCN).

Por ejemplo no pueden renunciarse el derecho a la patria potestad, o

el derecho a trabajar si se tiene familia a cargo o las leyes extranjeras no se aplican cuando se opongan al orden público (art. 14. Cód. Civ. y art. 2600 del CCCN).

Al respecto señala Vigo (1999) que el orden público es un término estratégico de todo orden jurídico positivo, perteneciente en primer lugar por legitimidad de origen al ámbito de la política jurídica, pero también, en una instancia posterior pero no de inferior jerarquía, al ámbito de la política estatal propiamente dicha.

Así, la noción de “orden público”, más allá de sus numerosas y diversas definiciones, constituye una barrera o límite que no puede ser traspasado bajo pena de invalidar una argumentación, una creación normativa, una justificación de procederes y consecuencias o una sentencia judicial.

Carbonnier (1971) indica que la idea general responde a una supremacía de la sociedad sobre el individuo, y el orden público traduce la voluntad comunitaria, amenazada por determinadas iniciativas individuales, en forma de contrato.

Creemos que la armonización entre la garantía constitucional y los contenidos de la norma de orden público sancionada (art. 65 de la LDC) hace que la prevalencia interpretativa a favor del consumidor o usuario, dispuesta por los arts. 3 y 37 de la LDC, desplace criterios generales de la ley común que se le opongan. De ahí que calibrar su recepción, se vuelve imperativo.

En definitiva, el orden público alude al interés general que debe hacer prevalecer el juzgador por sobre cualquier otra estipulación; y ese debe ser el norte que debe orientar las cuestiones que giren en torno a la aplicabilidad o no, de la LDC.

#### **4.8 La opción fundamental de contratar o no contratar**

Se ha dicho que la soberanía del consumidor es la libertad y el poder que disfrutan en un mercado libre, donde los consumidores, quienes son los únicos que deciden cuales bienes y servicios adquirir, y a través de su compra o su abstención de compra, la calidad y cantidad de bienes y servicios que deben producir las empresas.

En la realidad, la libertad de la que gozan los consumidores radica en la posibilidad de que con sus decisiones, gustos y preferencias orienten la producción, y el mercado.

El economista Rothbard (1962) señaló su disconformidad al respecto y sostuvo:

En lugar de hablar de “soberanía del consumidor”, sería más preciso afirmar que en el mercado libre hay soberanía del individuo: soberano en cuanto a su persona y a sus propios bienes. Esto puede denominarse propia soberanía individual (p. 44).

Averitt y Lande (2001), consideran que: “La soberanía del consumidor existe cuando dos condiciones fundamentales se encuentran presentes. Tiene que haber una gama de opciones que se haga posible a través de la competencia y los consumidores deben poder elegir efectivamente entre estas opciones” (p. 181).

Pero más allá de estas concepciones, el consumo demuestra que en ocasiones la compra de determinados productos o servicios, no siempre es opcional. Esto se traduce, en una clara excepción al principio de la autonomía de la voluntad.

La importancia que presentan muchos de estos contratos radica en lo imprescindibles que resultan para la cotidianeidad, por lo que la libertad se vé en ocasiones limitada por esta premisa.

El resultado de esta situación, es que la decisión del consumidor -en ocasiones- se encuentra cercada por una necesidad, y bajo las condiciones efectuadas por el proveedor.

Como consecuencia del contexto descrito, en determinados bienes o servicios, el contratante se encuentra sometido a una obligación de contratar, entendida como un verdadero imperativo legal, de forma tal que la idea de libertad de contratar o no se ha distorsionado. En infinidad de bienes y servicios, el individuo ya no cuenta con alternativas, dado que algunas circunstancias resultan de obligatoria adquisición.

En materia de transporte público, la opción no existe, en razón de que no siempre hay alternativa de utilizar otro medio de locomoción.

Dado que en el esquema actual las empresas son dueñas de determinados trayectos, que reciben autorización a través de la Secretaría de Transporte, no cabe duda que si la infraestructura de transporte no permite diversas opciones para realizar un mismo trayecto, ello no otorga una libertad en la elección del medio por parte del usuario.

Situación similar ocurre en el contrato de seguro, cuando la imposición es un requerimiento legal, conforme ya hemos hecho referencia (1.4.5).

Por ello, consideramos prudente señalar que referirnos a la soberanía del consumidor en materia de transporte público y seguros, no es apropiado, dado que la facultad de elección se encuentra detentada por el Estado, quien a través del organismo correspondiente facultará a la empresa para que pueda realizar el recorrido, y a través del Poder de Policía vigilará el cumplimiento del seguro obligatorio.

Esto significa, que además de prestar atención a esta temática por el carácter protectorio que otorga, se debe distinguir si dentro de los contratos que celebra, los

mismos son de adquisición voluntaria u obligatoria. Claramente, los primeros deben recibir una atención especial en la medida que es el mismo Estado quien impone la contratación y coarta la libertad del consumidor, más allá de que la vulneración individual deba ceder ante el bien de toda la sociedad.

#### **4.9 Implicancias de la especialidad que plantea el derecho del consumidor**

Conforme hemos podido desarrollar, la LDC plantea una serie de peculiaridades, cuando pretende ser compatibilizada con otras ramas del derecho. En consonancia con lo que venimos argumentando, cabe destacar algunas nuevas ideas que significan la recepción del usuario de transporte público, como consumidor, en el marco de la LDC, y con la recepción por parte del CCCN.

##### **4.9.1 La sanción punitiva y disuasiva**

Nuestro ordenamiento vió nacer a la sanción punitiva en la LDC, cuando incorporó en su art. 52 bis la posibilidad de aplicar una multa civil en favor del consumidor. Luego, el CCCN, en su art. 1714 receptó este concepto con modificaciones sustanciales, denominándolo “sanción pecuniaria disuasiva”.

La sanción que se busca, a través de los daños punitivos, tiene como finalidad un sentido preventivo, pero no como base del sistema de reparación, sino como otra herramienta adicional del plexo jurídico.

Esta categoría no cambia las pautas de las distintas vías de reparación, sino que se trata de “sanciones” que son un plus por sobre las indemnizaciones normales. Como consecuencia de ello, en estos daños, si bien se analiza la conducta del dañador, ello no implica que se pretenda volver a las ya superadas concepciones que sostenían que la responsabilidad subjetiva era la columna vertebral de nuestro sistema reparatorio. Sino que, por el contrario, funcionarían como un agravante por sobre las indemnizaciones que se puedan llegar a otorgar (por encima de la reparación propiamente dicha).

Hoy en día, en nuestro país el empresario puede tener la libertad de analizar si le conviene más, que un producto defectuoso produzca daños -y luego indemnizarlos-, o realizar las modificaciones pertinentes, para que ese producto o servicio defectuoso,

no cause daño a la sociedad. Ello significa que es necesario “disuadir” a las empresas, para que no adopten conductas dañosas.

#### **4.9.1.1 El desarrollo anglosajón del instituto**

Interpretar un instituto cuyo desarrollo se ha gestado en el seno de un sistema jurídico diferente al nuestro, resulta tarea difícil; buscar su sentido y alcance, como veremos más adelante, será ardua tarea de los jueces. Por esta razón, consideramos que resulta conveniente retroceder brevemente en el tiempo para analizar la historia del instituto y así evaluar su génesis y posterior desarrollo en el derecho comparado.

Múltiples tipos de daños han existido a lo largo de la vida del hombre. Ya en el Código de Hammurabi (2.000 a.C.), podemos ubicar el primer antecedente que otorgaba resarcimientos de carácter punitivo en el orden civil, donde se consagraron sanciones de carácter dinerario (Leyes 207 y 208) y de especie (como la Ley 120) por razón de los daños irrogados. También encontramos antecedentes, en las Leyes de Manu, en la antigua Grecia y finalmente, en la Biblia.

La influencia de los romanos en esta materia, la ubicamos en la Ley de las XII Tablas, un ejemplo de ello lo encontramos en la Tabla VIII, *De Delictis*; allí se consagró una acción procesal denominada *actio iniuriarum*, mediante la cual se sancionaban las lesiones al honor con castigos cuyo beneficiario era la víctima del perjuicio, acercándose así a la estructura de los daños punitivos. Luego, para el siglo II a.C. en los edictos de los pretores podemos encontrar como antecedente el castigo que se le otorgaba a la injuria (Pizarro, 1996).

De todas formas, y más allá de los precedentes que han existido a lo largo de la historia del derecho, la doctrina de los daños punitivos se implementa por primera vez -conforme actualmente se la conoce- en Inglaterra en el caso *Wilkes v. Wood* (1763). Respecto a este antecedente, resumidamente diremos que John Wilkes era un miembro del parlamento que imprimió panfletos anónimos que criticaban al rey. En virtud de ello, el rey emitió una orden general, para descubrir al creador de estos panfletos. En respuesta, el agente del rey, Wood registró la casa y le incautó bienes a Wilkes. En dicha oportunidad, el Tribunal concedió a Wilkes daños punitivos contra el agente del rey -Wood- porque los daños compensatorios fueron considerados demasiado pequeños como para disuadir de causar tal daño, otra vez. Allí, se sostuvo que el poder de las órdenes generales es "totalmente subversiva de la libertad del individuo y de las consecuencias más peligrosas" (Prosser, W. y Keeton P. W., 1984).

Luego en el caso *Huckle v. Money* (1763), el Tribunal sostuvo que los daños

punitivos no sólo compensan el demandante por los daños, tales como el sufrimiento mental, dignidad, y los sentimientos heridos, sino también sirve el propósito de castigar al acusado por una notoria mala conducta.

Unos años más tarde, los Tribunales norteamericanos, también receptaron la doctrina de los daños punitivos en el caso *Cryell v. Celbough* (1791) en dicha oportunidad se previó el daño ejemplar, junto con la indemnización correspondiente, y se estableció una suma de dinero para la demandante por el incumplimiento de una promesa de contraer matrimonio, con el exclusivo fin de dar el ejemplo (Velásquez Posada, 2009).

Ya a mediados de la década de 1800, como los daños punitivos se convirtieron cada vez más en una parte integrante de la ley de responsabilidad civil americana, los Tribunales norteamericanos hicieron hincapié en la finalidad de castigo de los daños punitivos. Por ejemplo, en *Hawk v. Ridgway* (1864), el Tribunal declaró, "(...) aquí el mal es sin sentido, o es intencional, el jurado está autorizado a dar una cantidad de daños más allá del perjuicio real sufrido como castigo, y para preservar la tranquilidad pública".

El juez Scalia de la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló en una oportunidad que, "en 1868, por lo tanto, cuando se aprobó la Decimocuarta Enmienda, daños punitivos eran, sin duda, una parte establecida de derecho común Americana de agravios." (*Pacific Mut. Life Ins. Co. v Haslip*; 1991).

Así fue, que el daño comenzó a tener funciones punitivas y preventivas; empezando a ser reconocidas en los más novedosos y actuales instrumentos internacionales en materia de responsabilidad. Ejemplo de ello es el artículo 10:101 de los Principios Europeos de Responsabilidad Civil, que establece: "la indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño", lo que, a juicio de un sector de la doctrina europea constituye un gran avance, en la medida en que abre la puerta para reestructurar el concepto de indemnización, y adecuarlo a la necesidad de prevenir los perjuicios; para otros, en cambio esta expresión, nada tiene que ver con la recepción del instituto.

Luego, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han adoptado decisiones que receptaron la tesis de los daños punitivos. Al respecto, el Juez Trindade, en el caso *Blanco Romero y otros v. Venezuela*, sostuvo que:

(...) Estas reparaciones con un fin ejemplarizante se asemejan a los 'daños punitivos', que, a contrario de lo que dicen algunos autores apresurados, en mi entender, sí existen. Los 'daños punitivos' —figura que no es extraña a la jurisprudencia nacional comparada, ni a la jurisprudencia internacional arbitral— - pueden, a mi modo de ver, perfectamente ser concebidos en este sentido ejemplarizante, asemejándose a 'obligaciones de hacer' de carácter tanto resarcitorio o compensatorio como sancionatorio. Los 'daños

punitivos' así entendidos (más allá de la acepción puramente pecuniaria a ellos atribuida inadecuadamente) pueden configurar una respuesta o reacción apropiada del ordenamiento jurídico contra las violaciones particularmente graves de los derechos humanos. Así entendidos, los 'daños punitivos' —como observé en mi Voto Razonado en el caso de Myrna Mack Chang (párr. 52), en realidad ya encuentran aplicación, hace mucho, en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos—, haciendo evocar la expresión del célebre personaje de Molière, Monsieur Jourdain, qui parlait la prose sans le savoir. En ese mismo sentido, como ponderé en mi Voto Razonado en el caso de la Masacre de Plan de Sánchez (Reparaciones, 2004), 'Si se denomina las reparaciones ordenadas en la presente Sentencia de la Corte de 'daños punitivos' (punitive damages), (...) o si se las titula 'reparaciones ejemplares' o 'ejemplarizantes', u otro término del género, su propósito básico sigue siendo el mismo: reconocen la extrema gravedad de los hechos, sancionan al Estado responsable por las violaciones graves en que incurrió, reconoce el extremo sacrificio de las víctimas fatales y alivia el sacrificio de las víctimas sobrevivientes, y establecen la garantía de no - repetición de los hechos lesivos. Cualquiera que sea su denominación, su propósito básico sigue siendo el mismo, y se revierte en beneficio de las víctimas (directas e indirectas) y de la población del Estado en cuestión como un todo, por cuanto buscan precisamente reconstruir el tejido social vulnerado' (párr. 25) (...)

Frente a esta situación, la concepción anglosajona considera que el remedio legal de los distintos tipos de daño es parecido a los daños punitivos, dado que la indemnización siempre excede la cuantía del daño efectivamente causado, cuyo resarcimiento se pretende. Por ello, se considera que su esencia, es igual a los de los restantes tipos de daños.

Numerosos términos han servido para describir a los daños punitivos. Pero comúnmente, los más utilizados son punitivo y ejemplificatorio. En el derecho anglosajón se han utilizado otros, que aluden exclusivamente al dinero que en exceso, se les otorga a las víctimas por el perjuicio ocasionado. Al respecto podemos mencionar: *added, speculative, smart money, imaginary*.

Mención aparte merece la doctrina del *treble damages* (indemnización triple), que si bien por naturaleza se parecen a los daños punitivos, lo cierto es que no son iguales, y por eso consideramos prudente hacer una aclaración al respecto. En estos casos, se trata de una ley que permite a un Tribunal triplicar la cantidad de indemnización que un acusado debe pagar a un demandante. El hecho generador de este gran aumento de la indemnización compensatoria, se produce cuando el acusado voluntariamente e intencionalmente hizo algo ilegal.

Por lo general, un Tribunal requerirá evidencia sustancial que demuestre que las acciones del acusado fueron deliberadas o hechas de mala fe, antes de adjudicar este tipo de daños. Generalmente, se aplican en el ámbito comercial y se presentan a menudo en lo que se refiere a la infracción de patentes, falsificación dolosa y demandas antimonopolio; los daños se calculan en contra de la pérdida económica

ocasionada por el demandante, como resultado directo de las acciones de la parte demandada.

#### **4.9.1.2 Las controversias a la orden del día**

En principio, el cálculo de la indemnización por daños punitivos se deja a la discreción del jurado o del juez –dependiendo del caso-, y se determina teniendo en cuenta el carácter de la mala conducta del acusado, la naturaleza y el alcance de la lesión del demandante, y la riqueza de la parte demandada. Es decir, tienen un carácter netamente discrecional, y no hay parámetros objetivos que los determinen.

El concepto de daños punitivos, como hemos visto, ha sido generado por el *Common Law*. De acuerdo a su finalidad, el objeto del instituto es castigar al causante del daño, y prevenir para el futuro la reproducción del daño, pues la condena disuadirá de volver a incurrir en ella; tiene un carácter ejemplificador.

Esta indemnización se caracteriza por ser adicional, por lo que no tiene una relación directa con el daño causado. Para calcular su cuantía, se tiene en cuenta la conducta del dañador y/o el enriquecimiento que obtuvo de aquélla.

Ahora bien, la polémica en torno al tema se suscita en cuándo procede y los requisitos de aplicación del mismo.

En el derecho continental mucho se ha debatido la cuestión, y su incorporación es fuertemente resistida por la doctrina. Fundamentalmente la crítica radica en que el instituto es ajeno a la cultura jurídica, y por ende se torna inaplicable.

Diez Picazo (1999) ha expuesto, que la introducción del instituto podría conllevar a la imposición de una pena sin los requisitos y garantías propias que requiere un proceso penal o las sanciones administrativas. Por ende, refiere que la recepción del instituto es contrario a la protección constitucional y de derechos humanos.

Por otra parte además, hay quienes afirman que, para el caso en que el generador del daño se haya enriquecido injustamente, se podría también ejercer una acción de enriquecimiento sin causa, si es que además del daño real y efectivo causado, la otra parte se ha beneficiado. Por lo que existiendo dicha posibilidad en el ordenamiento, resulta innecesario compatibilizar el régimen con los daños punitivos.

A su vez otra cuestión a dilucidar es el destino de la penalidad, es decir, ¿Quién es el beneficiario de los daños punitivos? El perjudicado, el Estado u otros. En los países anglosajones, el pago se hace al perjudicado.

En EEUU hay diferentes criterios de aplicación del instituto, toda vez que su

valoración, y por ende, aplicación resulta netamente discrecional, por lo que esa sería también otra cuestión a dilucidar. Conforme señala Fernandez Gregorazi (2008), los daños punitivos no cuentan con parámetros claros que permitan calcular previamente cuándo proceden y a cuánto ascenderán en cada caso, existiendo una amplia discrecionalidad en la materia.

Al respecto cabe destacar que alguna jurisprudencia ha contemplado como requisito para la aplicación “*the defendant financial evidence*”, es decir la situación económica del generador del daño. Por ello, quien demanda debe aportar prueba que acredite que el demandado puede abonar la condena, sin que ello implique dejar desatender el resto de sus obligaciones. Este criterio ha sido sostenido en el caso “*Cummings Medical Corp v. Occupational Medical Corp*”.

#### **4.9.1.3 La recepción Argentina**

Con la reforma a la LDC (Ley 26.361), se incorporó a través del art. 52 bis de dicho cuerpo normativo, por primera vez en nuestro sistema jurídico la figura de daños punitivos. Citamos a continuación la norma:

Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

La técnica legislativa implementada ha dejado librada a la interpretación judicial cuáles son los supuestos en los cuales se debe aplicar la normativa. El proveedor debe haber actuado de mala fe, de manera intencional y debe haber una gravedad en el hecho. Esto significa, que no se ha establecido ningún criterio a seguir en cuanto a la relación que debe existir entre la condena compensatoria y la punitiva.

Lo único que establece es un límite al monto de la condena que no podrá superar la cifra de \$5.000.000. En cuanto al destino de la condena, es en favor de la víctima.

Lo dispuesto en el inciso b), del art. 47, de la LDC, donde bajo el título de “sanciones” se establece una “...multa de \$500 a \$500.000, hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción...”. Nótese que, a través de esta “multa”, se introdujo en nuestro derecho positivo una sanción, que tiene reminiscencias de los daños punitivos, puesto que para la cuantificación se tiene en

cuenta la ganancia o beneficio ilegal obtenido. De allí que los daños punitivos tienen una función “sancionatoria” y “disuasoria” tendiente a evitar que ciertas conductas, no se repitan en el futuro.

La jurisprudencia no ha sido ajena al debate, al respecto podemos mencionar el caso “Machinandiarena, Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares” (27/5/2009). Allí se condenó a la demandada porque en uno de sus locales no tenía los accesos para discapacitados exigidos por ley. En dicha oportunidad, el tribunal consideró que se trató de una conducta discriminatoria por parte de la empresa, que mostraba un gran desprecio por los derechos de la comunidad, y que con motivo de ello ocasionó un daño moral al consumidor. El daño fué considerado, en el marco de una relación de consumo y por consiguiente se le podían aplicar los daños punitivos; porque el actor pretendió ingresar a la empresa con motivo de una relación de consumo. De esta forma sostuvo:

Acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a las partes y un derecho superior menoscabado del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil.

Otro fallo que se expidió en relación al rubro daños punitivos es “De la Cruz c/ Renault Argentina S.A.” (4/6/2010), en trámite por ante la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay. En este caso, el actor había comprado un automóvil defectuoso, y a pesar de llevarlo en varias ocasiones al servicio técnico, el problema persistía. Si bien el automóvil funcionaba, el ruido que tenía, disminuía su valor. El fallo de primera instancia hizo lugar a los daños punitivos, teniendo en cuenta la responsabilidad por el producto defectuoso entregado por el proveedor. Y el tribunal de segunda instancia rechazó su implementación, por no encontrarse configurado el dolo o una culpa de tal entidad que ameritase condenarlos.

En este camino, en el Anteproyecto del CCCN en el art. 1714 contemplaba la sanción pecuniaria disuasiva de la siguiente manera:

El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

Este artículo fue modificado por el Poder Ejecutivo Nacional quedando simplemente en su inciso b) la frase “derechos de incidencia colectiva” no mencionándose nada respecto a la legitimación activa en su defensa. El texto

expresamente señala que la finalidad del instituto es disuasiva de la conducta de quién actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

En este caso, el instituto se encuentra previsto exclusivamente para todas aquellas situaciones en las que haya un derecho de incidencia colectiva en juego.

Lo cierto es que aquéllos derechos que caen dentro de la órbita de contemplación de los derechos de incidencia colectiva no resulta una tarea sencilla, siendo que a la fecha determinar su concepto no ha sido una tarea finalizada para la doctrina, y menos aún, lo ha sido para la jurisprudencia.

En un fallo de la Corte Suprema de la Nación (26/6/2007) “Defensor del Pueblo de la Nación – inc. dto. 1316/02 c/ E.N. – P.E.N. –dtos 1570/01 y 1606/01 s/ amparo ley 16.986” las Ministras de la Corte Elena Highton de Nolasco y Carmen María Argibay sostuvieron, en su voto, que los derechos de incidencia colectiva son derechos supraindividuales o colectivos que:

(...) pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal.

Por su parte, Maurino, Nino y Sigal (2005) consideran que, los derechos de incidencia colectiva comprenden dos categorías: aquellos que tutelan bienes colectivos y los que sin recaer sobre bienes colectivos, tienen condiciones de ejercicio homogéneas en relación a una pluralidad de titulares, cuyas posibilidades para acceder a la justicia –consideradas estructuralmente– resultan obstaculizadas por las circunstancias del caso.

Cabe advertir, que la interpretación de aquéllos derechos que caerán bajo la tutela de esta órbita no resultan claros. A nuestro entender, su protección se extiende a esos derechos que se encuentran constitucionalmente protegidos, y que pueden generar un perjuicio para la comunidad. Pero lo cierto es que como el tema no encuentra consenso entre los distintos sectores, no cabe duda que va a ser objeto de diversas interpretaciones, respecto a si corresponde o no su aplicabilidad.

Una vez determinada esa cuestión, resulta de gran relevancia el hecho de que el destino del monto que se establezca sea decisión del Juez.

En primer lugar, resulta netamente contradictoria con el bien que aquí se aspira proteger. Si lo que se pretende es la tutela de un derecho que es público, claramente el destino de la sanción tendría que tener ese propósito.

En segundo lugar, la cuestión trae como consecuencia grandes dilemas procesales. La norma requiere que la parte sea quien le pida al juez que aplique una sanción cuyo destino es desconocida por ésta; qué sucedería si de toda la sentencia el

demandado lo único que apela es el monto de esa multa, en definitiva se estaría postergando la protección del interés difuso para el momento en que la sentencia quede firme. Por ende, consideramos que la norma debería haber especificado el destino al cual se debe orientar el Juez, tales como salud o educación.

En definitiva, el legislador argentino actualmente solo prevé la figura de los daños punitivos en el artículo 52 bis de la Ley 24.240 reformada por la Ley 26.361, solo aplicable al ámbito de las relaciones de consumo.

#### **4.9.1.4 Algunas reflexiones**

La temática aquí abordada sin lugar a dudas, genera polémica. Cada vez son más los ordenamientos jurídicos, que tienden a la idea de un sistema preventivo de ciertas conductas. Lo cierto es que cuando se introducen nuevas oportunidades de protección que resultan poco claras, por no contar con pautas precisas, la confianza en las leyes y en el poder judicial se diluye más y más.

Para que la inclusión del daño punitivo sea operativa, tanto en el plano del consumidor como del Código, se necesitan normas complementarias que interpreten con mayor precisión su alcance.

La apreciación en cuanto a la prevención del daño nos parece correcta, sin embargo, nunca ha sido un fin de nuestro sistema de responsabilidad civil.

De todas formas advertimos que si el sistema de responsabilidad argentino necesita de sanciones ejemplificadoras para que no se incurra en un determinado tipo de conductas, entonces claramente eso se traduce, en que el sistema presenta serias deficiencias.

Si bien, existe el temor que se pueda llegar a condenar el pago de sumas exageradas que desequilibren el sistema, entendemos que para despejar esas dudas, podemos acudir al análisis económico del derecho, dado que creemos que los daños punitivos, tendrían que estar íntimamente relacionados con la “tasa de beneficio” que obtiene el demandado en su empresa y en relación con el ahorro de costos por el daño ocasionado; es decir, meritarse la conducta del victimario. Tiene que tenerse a la vista la cantidad de damnificados; deben ponderarse las consecuencias dañosas para la sociedad -en general -, y los consumidores en particular.

Como corolario de este tema cabe señalar que Chamatropulos (2013) nos explica que el daño punitivo desde su incorporación a la LDC fue solicitado en 58 casos y aplicado en 22 de ellos hasta el mes de abril de 2013. Asimismo, recalca que el monto global de las condenas por daño punitivo en nuestro país a la misma fecha

ascendía a \$ 339.320.

#### **4.9.2 El expuesto a la relación de consumo**

Otro cambio significativo que ha introducido la Ley n° 26.361 a la LDC ha sido la figura del tercero expuesto a la relación de consumo, o conforme la doctrina lo ha querido denominar: *bystander*. Se trata de una visión ampliada de este tipo de relaciones, yendo más allá de la existencia de un mero vínculo contractual, para ampliar el espectro de protección.

De esta manera, en principio, la ley no ampara únicamente al consumidor contratante, sino también a quien “de cualquier manera se encuentre expuesto a una relación de consumo”.

Pero ello pareciera haber dejado de ser así, en la medida que la Ley n° 26.994, a la par que, como Anexo I, aprueba el CCCN, en su Anexo II, establece disposiciones que afectan directamente a la LDC. En este aspecto del art. 1º de la LDC: se elimina de su texto la categoría de consumidor "expuesto", permaneciendo vigentes, en el concepto legal, el "consumidor" propiamente dicho y el consumidor "equiparado". La ausencia de la figura del consumidor meramente expuesto y, con ello, su desprotección, implica un retroceso en el régimen consumerista.

Sin embargo, nos parece oportuno –a pesar de la reforma introducida por el CCCN- cuestionarnos respecto de si el que sufre eventualmente un daño puede dirigir su accionar directamente contra el seguro de responsabilidad civil, en virtud de encontrarse expuesto a la relación de consumo que existe entre el contratante del seguro y la empresa aseguradora.

##### **4.9.2.1 Legislación comparada y jurisprudencia**

Dada la nueva tendencia legislativa y jurisprudencial cada vez más acentuada en considerar la existencia de la figura del “tercero expuesto”, nos resulta interesante mencionar algunos ejemplos de otros países.

En el marco del MERCOSUR, dicho instituto ha sido incorporado por Brasil, que lo previó en su *Código de Defensa do Consumidor*. En referencia a ello, un sector amplio de la doctrina local sostiene que la figura del “consumidor expuesto”, ha sido una adaptación inadecuada de lo establecido en dicho cuerpo normativo (art. 29), en donde se recepta esta noción en relación a las prácticas comerciales. Pero, se aplica

solamente para el caso del expuesto a prácticas abusivas, a diferencia de nuestra legislación, que lo considera propiamente en tal carácter, sin distinción alguna.

También lo ha previsto la legislación Comunitaria, en la Res. 123/96 del Grupo Mercado Común, de esta manera dice: "...equipárense a consumidores a las personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo...". Cabe destacar que en las legislaciones mencionadas, las normas realizan una equiparación, pero no incluyen a este tercero en el concepto de consumidor; simplemente le hacen extensiva la protección.

A su vez, el derecho español del seguro de responsabilidad civil reconoció en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, la acción directa del perjudicado contra la compañía aseguradora. En Francia, la Ley de Tránsito 85-677 (modificada por decreto 88-260) prevé la acción directa en los casos de accidentes de circulación. Ambas legislaciones, prevén penalidades para incentivar el pago por parte de las compañías, incorporando un régimen especial de intereses de demora, cuando el retraso en el pago se realiza en forma injustificada.

En relación a la figura del "tercero expuesto", objeto de nuestro análisis, la misma ha sido contemplada por nuestra jurisprudencia en algunas ocasiones.

Un ejemplo de ello es el fallo "Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros" por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con anterioridad a su incorporación por la Ley 26.361, cuando en su oportunidad señaló:

El derecho a la seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional, referido a la relación de consumo, abarca no sólo a los contratos, sino a los actos unilaterales como la oferta a sujetos indeterminados —en el caso, formulada por los organizadores de un partido de fútbol—, por lo que 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.

Por su parte, la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el caso "M. J. J. c/ Catedral Alta Patagonia S.A. s/ daños y perjuicios" la actora, en representación de su hija menor de edad, inició un reclamo de indemnización por daños y perjuicios contra Catedral Alta Patagonia S.A. por el accidente que sufriera la menor en el año 2005 en el Cerro Catedral, ubicado en la localidad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, cuando una tabla de snowboard que se encontraba depositada cerca de un parador, se deslizó y salió volando mientras la dueña descansaba, y fue a dar contra el brazo de la niña, lesionándola.

Entre los fundamentos del deber de responder, el tribunal mencionó que:

A los efectos de la ley 24.240, no es consumidor sólo quien paga por un servicio o producto o quien lo usa —caso de la actora—, sino que también lo es el dañado indirecto, colateral, bystander, meramente expuesto a una relación de consumo.

Nos interesa también resaltar, otro decisorio de la Sala J de la Cámara

Nacional de Apelaciones en lo Civil, en el caso “Seisdedos Rodrigo Enrique c/ Asociación del Fútbol Argentino y otros s/ daños y perjuicios”, motivado en la lesión sufrida por el actor ante el impacto de una bala de goma que recibió en las inmediaciones de un estadio deportivo, en el marco de un enfrentamiento entre hinchadas, en dicha oportunidad sostuvo:

Conforme a precedentes de nuestra Corte Suprema, se entiende que en una relación de consumo como la que origina esta litis –consecuencia de los daños sufridos por el actor al asistir a un partido de fútbol-, la seguridad debe ser garantizada incluso en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales respecto de sujetos no contratantes. Amparado por diferentes disposiciones de normas de defensa del consumidor, el espectador, al adquirir su entrada, no solo pretende como contraprestación el hecho de asistir al evento deportivo, sino que además pretende no sufrir eventuales daños, es decir, que este sistema de protección alcanza incluso aquél que todavía no llegó a ser consumidor – conocido como *bystander*-, que está próximo al producto o servicio, por ello, aún cuando en autos no hubiera ingresado todavía al estadio, el actor se encuentra amparado por la obligación de seguridad que pesaba sobre las demandadas en las inmediaciones del estadio deportivo para que el acceso se hubiera efectuado sin complicaciones ni lesiones.

Como puede advertirse, en la actualidad varias relaciones jurídicas caen bajo la órbita de este estatuto protectorio. La reforma de la Ley, la evolución de la jurisprudencia y las interpretaciones propiciadas por la doctrina han ampliado considerablemente su campo de aplicación.

#### **4.9.2.2 El tercero expuesto**

El polémico *bystander* nace cuando un acto de consumo se produce entre un proveedor y un consumidor, y por alguna circunstancia, el acto a su vez genera un vínculo con otro sujeto al cual se denomina “tercero expuesto” (consumidor de segunda generación). La ley habilita a éste último, a reclamar contra el proveedor “legal”, cuando en realidad, el adquirente “material” ha sido el primer consumidor.

La idea allí plasmada extiende la protección a todos los sujetos que sin ser parte de una relación de consumo, pueden estar expuestos a la misma; no puede existir objeción al respecto.

Rusconi (2008) dice que se trataría de una especie de “subrogación legal”. Puede traducirse como “el que está al lado de, espectador o tercero próximo”. Nosotros entendemos, conforme la categoría que hemos reseñado anteriormente que es un consumidor de segunda generación, o un “consumidor impropio”. Ello, en virtud de que no existe voluntad de aquél en contratar, sino que se encuentra a la deriva de los avatares, que sucedan con la relación contractual que otros sí han concretado.

Lo que se pretende es proteger a quien no es parte del acto de consumo, ni siquiera adquiere o utiliza el bien como destinatario final –o si-, sino que está expuesto a las consecuencias de las operaciones de consumo que otro individuo realiza. Lo que importa no es el tipo de vinculación entre consumidor y proveedor, sino que interesa el consumo mismo.

Es decir, protege a quien tampoco es parte del acto de consumo, pero además ni siquiera adquiere o utiliza el bien como destinatario final, sino que está expuesto a las consecuencias de las operaciones de consumo que realiza otro individuo.

En este contexto, la visión del contrato se transforma, produciéndose una modificación entre las partes, tornándose como un instrumento sujeto al análisis económico y jurídico. La fuente de las obligaciones, se reparte entre la ley y la voluntad de las partes.

Sin perjuicio de la eventual eliminación del *bystander* formulada por el art. 1092 del CCCN, que significó la modificación del art. 1 de la LDC; debemos advertir que aquél se encuentra contemplado en el art. 1096 del mismo cuerpo normativo cuando establece:

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.

Conforme ello, debemos señalar que la sección 1ª y 2ª, corresponden a los títulos: prácticas abusivas e información y publicidad a los consumidores, respectivamente; del capítulo 2 del título III.

Ahora bien, aún más confuso resulta leer los fundamentos que justificaron esta supresión. Ello, en la medida que allí se establece que el régimen tuitivo no se encuentra limitado únicamente a quien adquirió o utilizó el bien o servicio como destinatario final, sino que extiende su ámbito de aplicación a los daños que pueda sufrir el tercero ajeno al vínculo de consumo, cuando el perjuicio sea consecuencia del riesgo generado por la relación de consumo. Y para justificar esta postura se ejemplifica con los daños sufridos por un transeúnte debido al desarrollo de un espectáculo público (Fallo Mosca).

Es decir, que los argumentos que sustentan la modificación de la LDC, son claramente arbitrarios. Dado que allí, se advierte –en la misma línea que proponemos– que el vínculo de consumo, también puede impactar en terceros. Y que ello tiene recepción legal en el art. 42 de la C.N.

En lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, nada se ha modificado en la medida que el expuesto a una relación de consumo, sigue siendo protegido ante la falta de información (art. 1096 del CCCN).

Consecuentemente, la modificación del art. 1 de la LDC, dará lugar al debate que a continuación desarrollaremos.

#### **4.9.2.3 El principio de progresividad como eje**

Largas discusiones se han suscitado en torno a las reformas introducidas con la sanción del CCCN. En materia de consumidor, conforme venimos haciendo referencia, entendemos que la rectificación en torno al sujeto protegido, y otras cuestiones, han significado un gran retroceso.

Tal es así que, distintos autores vienen postulando la inconstitucionalidad de la reforma; en particular lo dispuesto por el art. 1092 dado que reflexionan que la supresión del expuesto a la relación de consumo, significó un avasallamiento al principio constitucional de progresividad.

Huelga recordar, que dicho principio se encuentra contemplado en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

De las normas precedentemente citadas se puede colegir que en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos.

Ergo, constituiría afectación a este principio la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido, o desmejorar una situación jurídica favorable para la comunidad, pues se estaría afectando derechos fundamentales.

Como resultado, reflexiona Alvarez Larrondo (2015) que la abrogación del sujeto expuesto resulta inconveniente y, por ende, inconstitucional, razón por la cual la derogación del art. 1° de la Ley 24.240, y, por consiguiente, la omisión del art. 1092, resultan inválidas por violentar el principio de no regresividad.

Reflexionamos junto con el autor precedentemente citado, que conforme lo prescripto por los artículos 2° y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos el mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido

puramente teórico ni es una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas destinadas a lograr una sociedad más justa. Con motivo de ello, el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos.

Lo anterior implica por un lado, el reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales y, por otro lado, el deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos.

Con fundamento en el principio de progresividad, podemos afirmar que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, el legislador está restringido a establecer retrocesos frente al nivel de protección alcanzado en materia de derechos sociales.

Esto se sigue con la idea de derecho social, que ya sostuvimos en relación al derecho del consumidor (3.9). Lo que significa que, este principio, sin lugar a dudas abarca a los consumidores.

La potestad de configuración normativa del legislador no debe entenderse como una atribución absoluta carente de límites o restricciones. El ejercicio de dicha potestad se subordina a la obligación constitucional de propender por la imposición de medidas que se sujeten al principio de progresividad, conforme al cual una vez alcanzado un determinado nivel mínimo de protección en el perfeccionamiento de los derechos, el legislador está en la imposibilidad de establecer medidas que impliquen un retroceso en dicho nivel jurídico de protección.

El reconocimiento del principio de progresividad de los derechos humanos es una de las conquistas del ciudadano frente al Estado, pues este principio limita el eventual desconocimiento por parte de aquél del contenido de los derechos humanos y de los avances que en esta materia se hayan conseguido, además de conllevar una obligación de mejorar la protección y contenido de esos derechos.

Es una garantía no solo para evitar que el Estado, a través de cualquier de sus órganos disminuya derechos humanos, sino que además es una garantía a fin de que adopte las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de esos derechos, a través de acciones concretas.

De manera que las modificaciones a la legislación, no pueden, en virtud del principio de progresividad, disminuir y empeorar el contenido de los derechos humanos y las garantías para su efectivo goce y ejercicio.

Por estas razones, entendemos que si bien en los fundamentos del CCCN, hay una marcada intención de respetar los tratados de derechos humanos, en materia de consumidor ello no se ha cumplimentado. Pese a que el CCCN no excluye del todo al

consumidor expuesto, no cabe duda que su contemplación abrirá -nuevamente-camino a largas discusiones.

#### **4.9.2.4 El debate en materia de seguros**

La víctima tiene derecho a una indemnización, de aquél que produjo el daño. Lo cierto es que generalmente, el que ocasionó el daño, no será quien pague la indemnización. Ello en virtud de que si el que ocasionó el daño tiene cobertura, será la aseguradora la encargada de cubrir la indemnización que corresponda. Sin perjuicio de que el pago puede ser total o parcial, conforme lo estipulado en el contrato.

En el Derecho Argentino, no hay recepción normativa que permita al damnificado ejercer una acción que permita demandar directamente a la aseguradora de aquél que ocasionó el evento dañoso, motivo del reclamo. Lo más parecido a dicha figura se encuentra receptado por la normativa consumerista, conforme hemos establecido anteriormente.

Recordamos en este sentido que el art. 118 del la LS establece

...El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba. En tal caso debe interponer la demanda ante el juez del lugar del hecho o del domicilio del asegurador. La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro.

Por el contrario, el instituto que estudiamos permite sostener que la víctima tiene acción directa y autónoma contra la compañía de seguros y no citándola en garantía o bien, que el damnificado podrá plantear la inoponibilidad de la franquicia o de la cláusula limitativa de responsabilidad por culpa grave del asegurado, con fundamento en el art. 37 de la LDC, dado que allí se prescribe no tener por escritas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños.

A su vez, también existe la posibilidad de que la víctima plantee cuestiones que encuentran resguardo en la LDC, como puede ser, la aplicación de daños punitivos.

En definitiva el seguro de responsabilidad civil cubre el riesgo de ser condenado al pago de una indemnización por daños, aunque en estos casos el daño no es sufrido por el contratante, sino por un tercero, conforme lo considera el art. 109 de la Ley de Seguros.

#### **4.9.2.5 El damnificado: un consumidor expuesto**

El derecho del consumidor ha probado ser una parte experimental del derecho, introduciendo nuevas ideas en el ámbito del derecho privado.

Pero lo cierto es que existe la necesidad de desarrollar el derecho del consumidor, sin que ello implique obstaculizar principios sacramentales del derecho contractual.

El riesgo existe; pero ello no puede neutralizar el avance de nuestra doctrina en esta materia. Por lo pronto, ello no ha ocurrido en otras legislaciones. Resulta imprescindible determinar algunos preceptos, a los fines de garantizar la seguridad jurídica en nuestro sistema. La delimitación clara de determinados conceptos, necesariamente abren camino a una posible solución.

Con lo visto entonces podemos afirmar que el asegurado es un consumidor de un servicio, el seguro. Por ende, dicho contrato se encuentra regulado por la LDC. En caso de duda se aplica la ley más favorable al consumidor (art. 1094 CCCN).

Aquél individuo que sin querer forma parte, es decir involuntariamente, se somete a una relación jurídica de consumo efectuada por otros es un “expuesto a la relación de consumo”, tiene protección del estatuto consumerista y recepción en el CCCN.

Entendemos que a pesar de la entrada en vigencia del CCCN, la noción del consumidor expuesto encuentra su fundamento, en lo dispuesto por el art. 1096 de dicho cuerpo normativo, y art. 1092 en cuanto “...sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia...utiliza...servicios...como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar...”.

Siguiendo nuestros argumentos cabe resaltar que el art. 68 de la Ley 24.449, que establece el Seguro “Obligatorio” de Responsabilidad Civil de Automotores, dice que aquél es para: proteger a la víctima de un accidente de tránsito. A partir de allí se genera una doble intención del seguro de transporte público: pretende mantener indemne al contratante, y proteger a la víctima.

#### **4.9.3 La acción directa**

En ocasiones sucede que el límite del seguro es inferior al daño causado, y la víctima encuentra un impedimento en sus expectativas de cobro.

En primer lugar, porque la aseguradora que ha satisfecho el pago de la

indemnización no tiene, salvo en los casos de dolo, una acción de regreso contra el asegurado. Ello, en virtud de que la aseguradora cumple con una obligación propia, en ningún caso compartida con el titular de la póliza.

En segundo lugar, la acción directa que el perjudicado puede dirigir contra el asegurador no extingue la que pueda dirigir contra el autor material del perjuicio. El sistema le permite dirigir la acción simultánea o sucesivamente contra aquél.

En definitiva, lo que se pretende asegurar con este argumento es evitar la equiparación del contrato de seguro a un contrato de fianza, en el que la aseguradora sea quien garantice el cobro por parte del damnificado, si el responsable no cumple.

#### **4.9.3.1 Implicancias de su admisión**

La acción directa en reemplazo de la citación en garantía que proyecta el art. 118 de la LS para un sector de la doctrina implica modificar la naturaleza jurídica del seguro de responsabilidad civil que se convertirá en una “estipulación en beneficio de terceros”, en los términos del art. 504 del Cód. Civ.

Al respecto ha sostenido Steinfeld (2003) “el seguro de responsabilidad civil no constituye una estipulación a favor del tercero (art. 504 Cód. Civ.) pues es celebrado en interés del asegurado ...traducido en el mantenimiento de su integridad patrimonial” (p. 139).

En sentido contrario a esta posición y previo a la sanción de la LS, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires establecía: “El seguro de responsabilidad civil comporta un caso de estipulación en favor de tercero regido por el art. 504 del Cód. Civil” (Ac. y Sent. SCBA 1957-VI-440).

Sin perjuicio de la introducción de la LS del instituto de la citación en garantía (extraído de la legislación italiana) como figura del derecho procesal y no del derecho de fondo, la doctrina siguió discutiendo su caracterización jurídica y sus consecuencias.

A pesar de ello, la realidad no hace más que afirmar la postura de Roitman (1973) quien sostiene

el problema de las víctimas de accidentes de tránsito es un problema social. Los poderes públicos no pueden permanecer indiferentes. Es necesario que el Estado garantice que a las víctimas le sean reparados sus daños. He aquí el fundamento del seguro obligatorio (p. 48).

Estimamos prudente, en un futuro reevaluar la posibilidad de agilizar la judicialización de este tipo de procesos, fomentando la posibilidad de la acción directa en aquéllos casos en los que la franquicia entre el asegurado y la compañía sea

ampliamente superior al monto reclamado en la demanda.

#### **4.9.3.2 El fin de la solidaridad impropia entre la compañía aseguradora y su asegurado como remedio ineludible**

El art. 49 de la LS, conjuntamente con los artículos 46 y 56 regulan la sustanciación de los reclamos de los asegurados tendientes al pago de la prestación comprometida por la aseguradora en caso de ocurrencia del siniestro. Allí se describe un procedimiento que nada tiene que ver con la realidad. A decir verdad, dista mucho de ella.

El sistema impuesto por la normativa de seguros a la fecha no ha sabido dar respuestas a las necesidades que hoy se requieren, por lo que se debe buscar una alternativa. No sólo por esa razón sino porque el sujeto de derechos ha sufrido modificaciones.

La acción directa se caracteriza por permitir a determinados acreedores la posibilidad de reclamar -en nombre propio- al deudor de su deudor el monto del crédito debido. En el CCCN la acción directa se encuentra regulada en el art. 736 y dice:

Acción directa es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio. Tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva, y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley.

Como podemos comprender de la redacción precedentemente reseñada el ordenamiento no prevé la acción directa con carácter general. El beneficio se encuentra previsto, para los acreedores de determinadas prestaciones. Por lo que hemos visto hasta ahora el legislador dejó pasar -nuevamente-, la posibilidad de readecuar el sistema de responsabilidad civil.

La idea que aquí pretendemos exponer, supone la posibilidad de brindar al damnificado la posibilidad de reclamar directamente a la aseguradora la indemnización correspondiente. De esta forma se evitaría demandar al causante del daño y así los plazos serían más cortos, al igual que los procesos judiciales; en donde gran parte del tiempo se insume en ubicar al responsable del daño y su posterior notificación.

#### **4.9.3.3 Fuerza expansiva del consumidor**

Conforme venimos haciendo referencia, no cabe duda que el impacto de catalogar al negocio que vincula al usuario y a la empresa de transporte, dentro de la

órbita del consumidor trae aparejado reflexionar sobre algunas cuestiones.

En primer lugar cabe aclarar que el CCCN ha establecido tres tipos de contratos: el contrato discrecional o paritario, el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas o condiciones generales. Ello, en virtud de que cada uno de estos contratos tiene regulaciones particulares, pero además hay microsistemas legislativos específicos.

De forma tal que, resta determinar cuándo un contrato de seguro es de consumo y cuándo no. Sobre todo, teniendo en cuenta cómo la relación de consumo que existe entre el pasajero-consumidor y la empresa de transporte, ineludiblemente impacta en el vínculo que une a la empresa de transporte y la compañía de seguros.

Y ello es así, dado que conforme venimos argumentando la existencia de un consumidor, puede derivar en cambios estructurales en otras relaciones. Conforme ocurre con el contrato de transporte, en el cual un proveedor contrata a otro para que le brinde una garantía de seguridad patrimonial, ello no implica que el consumidor, no pueda irrumpir en este círculo.

Es decir, la relación entre la empresa y la aseguradora, en principio, es paritaria. Decimos así, porque la prestataria del servicio de transporte no puede funcionar sin la existencia del seguro. Hay una obligación de contratar, sin perjuicio de que la relación se efectúa entre iguales (profesionales). Conforme ya hemos sostenido, se trata de un consumo de tercera generación (3.4.1), que puede recibir el amparo de lo establecido por el art. 42 de la C.N.

Esta situación jurídica no modifica en nada la postura del pasajero-consumidor, que sigue bajo la órbita protectoria de la LDC. Esta relación se enmarca bajo la figura de un contrato de adhesión, con una clara información incompleta.

Pero las naturalezas jurídicas de ambas relaciones, que se confluyen en una sola, tienen la misma intención. El pasajero, pretende llegar al destino propuesto en un horario determinado, sano y salvo; tanto la empresa de transporte como la aseguradora, quieren que así lo haga.

#### **4.9.4 La prescripción de la acción**

La importancia que tiene la prescripción radica en que es una figura jurídica que contribuye a la seguridad y firmeza de la vida económica, satisfaciendo un fundamental interés de los negocios, que exigen que toda relación obligatoria tenga un término, lo cual presupone la existencia de dos requisitos: en primer lugar, la expiración del plazo legalmente establecido y en segundo término, la inacción, la

inercia, la negligencia o el abandono.

La dimensión que ha adquirido el especial tratamiento que se le quiere asignar al consumidor, como hemos podido ver ha impactado en gran parte de nuestro mundo jurídico. De esta manera, y a nuestro entender de manera llamativa, en su oportunidad, el legislador ha optado por asignarle un régimen de prescripción especial, que hoy –a pesar de la modificación introducida- genera más controversia, que certeza.

En términos generales, antes de la sanción del CCCN, la LDC en el art. 50 decía:

Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de TRES (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales.

Esto quiere decir que las acciones judiciales emergentes de la ley se prescribirán en el término de tres años. Dicho articulado, se encuentra metodológicamente ubicado dentro del cap. XII referente a "Procedimiento y sanciones", con lo cual el citado art. no se refiere a las infracciones, sino a todas las prescripciones que puedan surgir de leyes generales y especiales, que se ampliarán a tres años si fueran menores, conforme el principio que establece la aplicación de la norma más favorable para el consumidor (3.5.2), lo cual en consonancia con la norma citada viene a significar que se debe aplicar el plazo instituido por la LDC cuando se esté en presencia de un acto de consumo.

A nuestro entender, la recepción de este plazo no parece adecuada. En definitiva, si lo que se busca es lograr una rapidez en la reparación, claramente el margen de tres años atenta contra ello. Además, para otorgar tal extensión, se ha perdido de vista las grandes dificultades por las que atraviesa en forma cíclica, nuestro sistema económico.

A los fines de constreñir al consumidor para que accione y se comprometa con esta protección, no consideramos que darle esta posibilidad sea productivo para la concientización de este derecho.

La discrepancia que se genera en razón de las diferencias de plazos establecidas para el consumidor y la que fija el derecho civil y comercial ha generado grandes tensiones en el ambiente doctrinario e impactaron en la jurisprudencia. Vale recordar que en otro sentido el Cód. Com. en el art. 855 establecía:

Las acciones que derivan del contrato de transporte de personas o cosas y que no tengan fijado en este Código un plazo menor de prescripción, se prescriben: 1° Por 1 año, en los transportes realizados en el interior de la República; 2° Por 2 (dos) años, en los transportes dirigidos a cualquier otro

lugar.

Al mismo tiempo, el art. 58 de la LS precisa "Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible".

Por su parte, el CCCN ha dispuesto en el 2º párr. del art. 2561 que "El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los TRES (3) años".

Sin embargo, lo dispuesto por el art. 50 de la LDC ha sido suprimido a través del CCCN (Ley 26.994 Anexo II art. 3.4), limitando dicho plazo exclusivamente respecto de las "sanciones" previstas en la LDC, pero no así en cuanto a las "acciones judiciales...(y)...las administrativas". Un sector de la doctrina infiere que, la norma se debe entender en el sentido de que ese plazo de tres años es para formular la denuncia que abre el procedimiento administrativo del art. 45 de la ley, o bien, para que la propia autoridad de aplicación inicie de oficio las actuaciones.

Pensemos que si la doctrina y la jurisprudencia no logran ponerse de acuerdo en el concepto de consumidor, menos lo es el plazo de prescripción que debe aplicarse en dichas cuestiones. La tan anhelada seguridad jurídica continúa diluyéndose, a la par de las discusiones.

Reflejo claro de esta cuestión, se ha presentado en el ambiente de los tribunales.

Por un lado, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil ha sostenido la primacía del cómputo establecido por la LDC en el plenario "Sáez González, Julia del Carmen c/ Astrada, Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o Muerte)" (12/3/2012). En dicha oportunidad se sostuvo:

Es aplicable a las acciones de daños y perjuicios originadas en un contrato de transporte terrestre de pasajeros el plazo de prescripción establecido por el artículo 50 de la ley de Defensa del Consumidor -ley 24.240 modificada por la ley 26.361

En un sentido contrario, la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Espinosa Marta Roxana c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario" (18/10/2013) decidió:

Se ha dicho que el plazo de prescripción de un (1) año establecido en el art. 58 de la Ley 17.418 (LS) no puede considerarse ampliado a tres (3) años por disposición del art. 50 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC), puesto que la primera es una norma específica que debe prevalecer sobre la general (...). En suma, se reitera, siendo la Ley 17.418 (LS) una ley especial que regula de modo especial y exclusivo al contrato de seguro, el plazo de prescripción anual previsto por dicha norma prevalece sobre el plazo de prescripción trienal que establece el art. 50 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) -ley general-.

Al mismo tiempo debemos señalar que el art. 2560 del CCCN determina que "el plazo de prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la

legislación local". Se trata de un plazo genérico de prescripción aplicable a las acciones judiciales que promuevan los consumidores y los usuarios. En el mismo cuerpo normativo, hay distintos plazos de prescripción para las acciones por cumplimiento de contrato —art. 2560— y las acciones articuladas para reclamar la indemnización de daños derivados del incumplimiento contractual —art. 2561—.

En el caso del pasajero de transporte el inc. d) del art. 2562 del CCCN establece para el reclamo de los daños derivados del contrato de personas o de cosas (art. 1280), el inc. d) amplía el plazo de un año que preveía el art. 855 Cód. Com. para transportes realizados dentro de la República.

Conforme las citas efectuadas precedentemente, un posible criterio a adoptarse, claramente tuitivo y más favorable para el consumidor y el usuario, es aquel que determina que el plazo genérico de cinco años es el que debería aplicarse en el supuesto indicado en el párrafo anterior. Criterio que encuentra sustento en la letra del artículo 1094 del CCCN por cuanto dispone que:

las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la mas favorable al consumidor.

Además el art. 2671 establece: "La prescripción se rige por la ley que se aplica al fondo del litigio". En este sentido en los fundamentos que sirvieron para introducir la modificación del art. 50 de la LDC, establece que dicho plazo se regirá por las disposiciones del derecho común, que rige en cada caso.

También, en el texto del art. 1095 se interpreta que "el contrato de consumo se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor...". Es decir a la luz del principio protectorio y la interpretación más favorable para éstos; debe desembocar en la extensión del plazo de prescripción.

Paradójicamente de los propios Fundamentos del Anteproyecto del CCCN a través del diálogo de fuentes surge que, el interprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor.

A modo de resumen, y teniendo en cuenta que las modificaciones introducidas por el CCCN trajeron más dudas que certezas estimamos prudente hacer uso de la regla más beneficiosa para el consumidor. Ello significa que en última *ratio*, y a fin de prevenir situaciones injustas, se debe hacer uso del plazo genérico de cinco años, establecido por el art. 2560 del CCCN. Y sino, tomando en cuenta la regla instaurada en el art. 2671, que hace alusión al fondo del litigio.

Sin perjuicio de las distintas citas efectuadas, reiteramos nuestra postura en

cuanto a que el consumidor debe ser educado para que los reclamos que pretenda realizar, sean en el menor plazo posible.

Cabe entonces cuestionarnos ¿qué sucede en materia de prescripción y nuestro objeto de estudio? Reflexionando en este sentido, advertimos que el pasajero-consumidor tiene un plazo de prescripción bienal (art. 2652 inc. d). El que no puede ser opuesto como defensa por la aseguradora en razón del plazo de un año establecido en el art. 58 de la LS. Ello, en razón de que el plazo más favorable y que resuelve el fondo del litigio es el regulado en el art. 2652 inc. d.

No cabe interpretación contraria posible, en la medida que si el seguro funciona como un contrato obligatorio para el ejercicio de la actividad de transporte, no puede aquél gozar de un plazo inferior al que regula la actividad propiamente dicha. Deberá entonces realizarse la modificación pertinente en la LS. Más allá de que algunos autores intenten justificar su postura a través de lo dicho en los fundamentos, en cuanto a estimar prudente no realizar modificaciones en el régimen de seguros. La Ley es la Ley. Los pensamientos interpretativos no pueden servir como válvula de escape, para seguir justificando posturas que no se encuentran contempladas en el ordenamiento jurídico, propiamente dicho.

En este sentido, no cabe duda que el argumento que pretende jugar con la planificación económica de la aseguradora, a los fines de poder cumplir con los siniestros, es inaceptable. En la medida que el daño, debió haber estado previsto. En modo alguno, la prescripción puede ser favorable para la aseguradora, y no para el damnificado.

#### **4.10 Conclusiones**

La protección del consumidor es de orden público. Es por tal causa, que el derecho debe profundizar los ámbitos de injerencia de este sujeto.

A pesar de ello, el derecho concursal, junto con las otras ramas del derecho que hemos analizado, no cuenta hasta el momento con normas específicas. Tal es así, que –conforme pudimos verificar- la tratativa que recibe en estos procesos es la misma que la de un comerciante.

En virtud de la situación descrita, consideramos necesario e imprescindible otorgarle una tratativa especial al consumidor, en el marco de la normativa concursal. Por ello, resulta improcedente seguir rechazando su importancia dada su destacada situación de vulnerabilidad y, en definitiva, a los fines de dar cumplimiento con la

protección brindada por la manda constitucional a los consumidores.

El tratamiento diferencial requerido, no altera a la idea de la *par conditio* ya que como hemos reseñado, este principio no es absoluto.

A pesar de que el acreedor involuntario no goza de una normativa específica en la legislación concursal, no por ello resulta menos cierto que su contemplación pueda serlo a la luz de los derechos que sí tienen raigambre constitucional; conforme lo ha receptado un sector de la jurisprudencia.

Si bien los juicios civiles han formado parte del pasivo concursal hace tiempo, ello ya no puede verse visto como una situación aislada, cuando nos encontramos frente a un individuo que adquiere la calidad de consumidor, dado que su categoría ha sido modificada, y por ende, su protección debe ser más tuitiva.

En definitiva, no resulta justo que el consumidor, lo que incluye al pasajero de transporte público, sea sometido a la expectativa de un proceso concursal. Caso contrario, se estaría convalidando la prestación de un servicio que es considerado de interés social, sin responder por el riesgo empresarial.

La seguridad y la información son objetivos primordiales de la LDC y el CCCN, que impregna el universo de las relaciones jurídicas donde existan relaciones de consumo. Ello, debe ser entendido por todas las ramas del derecho, entre las cuales se incluye al sistema concursal.

Recibimos con total conformidad las propuestas legislativas recientemente aprobadas, y manifestamos que resulta imperiosa la creación del fuero especial en materia de consumo, con la creación de un nuevo reglamento procesal.

## **Capítulo 7**

### **Hipótesis**

Para validar la efectividad de la metodología de diseño señalada y conforme lo esbozado previamente, se ha planteado la siguiente hipótesis de causalidad: Procede la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor por encima de lo establecido por la Ley de Seguros.

## Capítulo 8

### Aplicación

#### 8.1 El accionar del consumidor: el fortalecimiento del derecho

Las relaciones jurídicas suscitadas en el ámbito del derecho privado, son puestas a prueba con el ingreso a este universo, del individuo-consumidor.

En primer orden porque la igualdad ante la ley, es un derecho que se presenta modificado por un conjunto de principios, que vienen a transformar y plantear un nuevo escenario, sin que ello signifique una vulneración a la C.N. En segundo orden, porque el rol del Estado no es el de un mero espectador. Sino que es el encargado de garantizar, que dicha igualdad cumpla los efectos esperados, en la cotidianeidad de los ciudadanos.

El origen de los contratos de consumo, sin lugar a dudas, se suscita en el ámbito privado porque son relaciones que se generan entre particulares. Pero lo llamativo de la cuestión, radica en que el Estado no acciona solamente a través del Poder Judicial, sino que todos sus poderes y organismos tienen la misión de garantizar los derechos y deberes que otorga al ciudadano la LDC, el CCCN y la C.N.

Esta carga pública existe desde que se oferta en el mercado de bienes y servicios, hasta la utilización o consumo de aquéllos.

Aunque si bien, su rol es secundario, por ello, no deja de ser activo –o eso es lo que se pretende-, e inescindible.

Entonces, la intervención del Estado no le quita el carácter de privado, a las relaciones de consumo –entre particulares-. La cuestión que introdujo la LDC fue que antes no había un débil, cuando se analizaban estos contratos. Y ese a nuestro parecer, es un desafío para la rama privatista. Sobre todo, porque es difícil entender que hay un débil, donde siempre hubo iguales.

Pero cuando empezamos a estudiar, había una pregunta que seguía sin ser respondida ¿Por qué existiendo una Ley, el consumidor no recibe la protección que se le debe?

Generalmente la falta de garantías, frente a una situación que la sociedad percibe como injusta, viene acompañada de un vacío legislativo. Pero aquí la problemática es otra. Tenemos una Ley, de raigambre constitucional, que pese a sus

más de veinte años de vigencia, no se aplica.

Sintetizadamente, y a modo de adelanto diremos que los grandes retos que se presentan en torno a esta cuestión se deben, a la falta de especialistas en esta disciplina y el temor al colapso del sistema económico. Estos, a nuestro entender son los factores que más contribuyen, a la falta de aplicabilidad de la normativa consumerista.

Pero si entendemos que los derechos humanos consisten en "condiciones instrumentales que le permiten a la persona su realización" (Hernández Gomez, 2010), no cabe duda que la defensa de los consumidores integra esta categoría.

Sobre la base de esta pauta la Corte Interamericana de derechos humanos en el caso "Ximenes Lopes vs. Brasil" del 4/7/2006 remarcó:

Las obligaciones *erga omnes* que tienen los Estados de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.

A pesar de ello, el marco normativo actual en esta materia no cuenta con el respaldo institucional adecuado. Por ende, consideramos que ningún esfuerzo debe escatimarse para protegerlo, en razón de que conforme hemos insistido a lo largo de nuestro estudio, su protección comprende a toda la ciudadanía, e implica la recepción de los principios garantizados en la C.N., y diversos tratados internacionales.

Resulta evidente que gran parte del discurso generado en torno a este tema, no puede perder de vista que el mandato constitucional impone como principio rector un resultado social: que los ciudadanos que consumen en el libre mercado de bienes y servicios, tengan garantizados su seguridad, su salud y sus legítimos intereses económicos (art. 42 C. N.).

En consonancia con esta afirmación, el Estado de Derecho debe comprometerse con la asignación de un marco adecuado, para que a través de la legislación, se produzcan las condiciones legítimas donde el empresario pueda operar, y a la vez los consumidores puedan ejercer sus derechos, y reciban la protección debida.

Como habitualmente se sostiene, en derecho "lo peor de la ignorancia..es que.. a medida que se prolonga, adquiere confianza". Sin dudarlo, esto sucede en materia de consumo. Entonces, el desafío actual no transcurre por la vía de su reconocimiento, sino por el de su concreta aplicabilidad.

Creemos que es posible que la normativa conviva con la función tradicional, sin perder de vista que se presenta como imprescindible, flexibilizar algunos institutos.

Esto necesariamente se traduce en una representación de todos los intereses, en forma equilibrada, que conduzcan a la elaboración de herramientas jurídicas que puedan aprovechar, todos los sectores involucrados.

Nuestra legislación regula la figura del consumidor, evaluando el acto que realiza en consonancia con la finalidad, lo que a pesar de las deficiencias de orden técnico que contiene en la redacción, ha permitido comenzar a exigir a los proveedores, un acatamiento parcial a la legislación.

Fundamentalmente, hay que tener en cuenta que los conceptos evolucionan y que el significado de las palabras viene determinado por los usos habituales y comunes.

Para finalizar la discusión que esta cuestión representa consideramos prudente determinar, conforme hemos propuesto en la segunda parte, que existen consumidores de primera, segunda y tercera generación. Los primeros son aquéllos que tienen una relación contractual e inmediata con el bien o servicio del que se trate.

Por su parte, los de segunda generación, son los que sin ser parte del vínculo contractual se encuentran expuestos a ella, es decir, a la relación de consumo efectuada por un tercero (consumidor de primera generación). En cambio, los de tercera generación, resultan ser los que adquieren un bien o servicio para luego a través de un proceso de producción reinsertarlo en el mercado. Si bien los últimos no encuentran tutela directa en la legislación consumerista, nada obsta a que soliciten el amparo de la Constitución Nacional (art. 42).

En definitiva los que decidimos denominar como de primera y segunda generación, sin lugar a dudas, deben recibir las garantías adoptadas por la LDC y receptadas por el CCCN.

El abordaje de esta cuestión permite establecer un balance de los desafíos a los cuales se enfrenta el consumidor, sin olvidar que dada la constante evolución que presenta el mercado, el derecho se debe ajustar a aquél.

Así, entendemos que el margen protectorio debe buscarse a través del diálogo ineludible, entre la finalidad de la tutela protectoria y el propósito de la justicia.

La instauración de una política de protección al consumidor no implica -en absoluto- dejar de lado el desarrollo económico. Por el contrario, significa una interacción de los dos ámbitos.

Por sobre todo, queremos resaltar que una adecuada protección del consumidor, provocará una mejora en la oferta del mercado de bienes y servicios – calidad y seguridad- lo que trae aparejado el desarrollo de una Nación.

Claramente este propósito debe ir acompañado de una adecuada educación, por ello consideramos imprescindible la adecuación de los programas de enseñanza

primaria, secundaria y universitaria.

Hay que seguir insistiendo, pues, conforme señala Hanna Arendt (1996) "El derecho a tener derechos o el derecho de cada individuo a pertenecer a la humanidad debería ser garantizado por la misma humanidad."

## **8.2 El flagelo del servicio público**

A la par de las circunstancias descritas, el transporte público presenta grandes deficiencias, que se complejizan con la creciente participación del Estado en cuestión de subvenciones, el concurso de estas empresas, la imposición de la franquicia en el régimen de seguros, y el manejo de los recursos a través de la implementación del SUBE.

Con el necesario propósito y la inevitable intención, de atender a los requerimientos y necesidades propias del interés público, en los términos y condiciones establecidos por la administración, con sujeción a su control y vigilancia, todo de conformidad con las previsiones y exigencias del legislador, surge la concesión.

La decisión de concesionar está sujeta a consideraciones materiales, sustentadas en los principios de transparencia, planeación, participación, previsibilidad, no discriminación, igualdad de trato, protección a los derechos de particulares y usuarios. Sobre todo, el del respeto profundo al interés público o general, que para estos efectos se configura, como determinante del rumbo adecuado para la administración.

En este sentido, y conforme hemos expuesto en la segunda parte de nuestro trabajo, se debe destacar que toda concesión implica la interacción de intereses, sean estos los de la administración concedente, mediante acto unilateral o simplemente contratante, los de los beneficiarios o titulares de ella, sean contratistas o concesionarios, o los de la comunidad en general.

Es decir, que en principio los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, forman parte de la legalidad del contrato.

Este aspecto sustancial no puede ser desconocido en la estructuración de cualquier modalidad de concesión, en aras de un equilibrio razonable no solo en cuanto se relaciona con la regulación misma del servicio concesionado, en donde la ley y las decisiones generales de la administración al igual que los antecedentes,

motivaciones y justificaciones previas del acto unilateral o del negocio propiamente dicho, juegan un papel trascendente y vinculante, sino también frente a los intereses que el acto unilateral o el negocio puedan involucrar.

En esta misma dirección, los criterios metodológicos de la ponderación, proporcionalidad y razonabilidad propuestos, deberán en todo momento conformar un sólido marco sustentador de la concesión administrativa, bajo la concepción del sistema democrático.

El propósito indiscutible del modelo que entendemos eficaz, en relación con la concesión administrativa, no es otro que el que busca mantener, a partir de una sana y técnica estructuración de los proyectos concesionales, la estabilidad entre los ámbitos propios de lo público, con los intereses del particular.

Sosteniendo el necesario equilibrio entre democracia y necesidades apremiantes de explotación de bienes, prestación de servicios o ejecución de obras de titularidad pública, al igual que entre los propósitos y finalidades constitucionales del modelo de Estado social de derecho y los valores propios de la libertad de empresa e iniciativa privada. Todo esto, en la búsqueda incansable de una figura concesional adecuada con nuestro modelo constitucional.

Ahora bien, lo descripto se presenta meramente teórico, cuando advertimos que en materia de transporte según datos obtenidos por el Ministerio del Interior y Transporte, en el año 2014 los colectivos urbanos sólo recaudaron aproximadamente el 35% de lo que necesitan para mantener el servicio. Es decir, el restante 65% se cubre con subsidios. Tal es así que, los colectivos que circulan por el Área Metropolitana deberían tener una tarifa de \$ 9 por boleto para no depender del subsidio.

Pese a esta situación, paradójicamente el servicio presenta serias deficiencias. Las unidades de traslado en circulación tienen fallas técnicas, en su mayoría motivadas por el transcurso del tiempo, y la falta de mantenimiento. Asimismo, no existen esquemas de horario que puedan permitir al usuario planear tiempo de salida y llegada. En definitiva, la imprevisibilidad e inseguridad es la regla.

Parecería ser entonces, que las subvenciones resultan ser un elemento que bien utilizado, se convierte en una herramienta básica para todo mecanismo de inclusión social, que se piense.

En lo que atañe al servicio de transporte público, no parece estar dando los resultados esperados. Toda vez que pese a la cantidad de dinero que se invierte en su funcionamiento, los resultados son ampliamente defectuosos. Hasta aquí, entendemos que lo que falla es el control estatal.

La finalidad social que presenta el transporte, ha ido cediendo terreno a un

sistema que parece no tener en miras dicho interés. Pero ello tiene una solución, la que entendemos, implica una vuelta a los principios que el servicio público enseña (2.2).

### **8.3 Seguridad jurídica e inseguridad resolutoria**

Desde la LDC y su réplica en el CCCN se prevé tanto el resguardo de normas imperativas o de aplicación inmediata, como la posibilidad de tomar en consideración disposiciones imperativas, a los fines de generar un equilibrio en los contratos que se celebran en ocasión de consumo.

El camino a seguir para forjar un sistema jurídico, no implica descartar la legislación vigente en relación a otras materias. En todo caso, se debe efectuar un *aggiornamento* entre las distintas ramas, teniendo en cuenta los principios rectores instituidos en la LDC. Pero la necesidad de operar teniendo presentes los principios generales (3.5), es insoslayable.

Como hemos podido ver a lo largo de nuestra exposición, la seguridad jurídica no parece ser el epicentro del sistema. La injusticia se abre camino en forma pacífica, dado que el consumidor se presenta como un adolescente para el universo jurídico, por ende, no hay verdades absolutas. Todo es nuevo y lo que es peor, vino para quedarse, y crear y modificar reglas de derecho.

En nuestra reseña, hemos identificado que necesariamente toda estructuración de mercado, implícitamente está sujeta a los imperativos materiales derivados de los principios del Estado social y democrático de derecho, en su articulación con la libertad de empresa e iniciativa individual, en la dirección de incidir positivamente en los intereses de la comunidad.

La información y los análisis jurídicos efectuados a lo largo de la investigación confirman que la sustentación y motivación de la defensa del consumidor tan solo puede provenir, de bases objetivas conectadas de alguna manera con los intereses de la colectividad.

En virtud de esta realidad inobjetable, a la luz de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho, es evidente, bajo el modelo constitucional en cuestión, que el consumo no es un fenómeno ligado de manera plena al individualismo jurídico, simple fuente de obligaciones, sino que por el contrario, incorpora en su estructuración la esencia misma de los intereses colectivos.

Esto se explica sólo a través del reclamo que el consumidor le pueda llegar a

hacer al proveedor. Porque si aquél, percibe una gran cantidad de reclamos por una misma cuestión –lo que lo perjudica económicamente-, imprescindiblemente deberá modificar su postura, y ello beneficiará universalmente al consumidor.

Llamativamente, y lamentablemente, conforme hemos podido verificar en la cantidad de casos que se reciben en el ámbito judicial se introducen diversas soluciones, a pesar de su similitud.

En definitiva pudimos ver, que sólo existen dos casos en los cuales se ha atendido (4.4.1) la situación de la persona en particular, a los fines de hacer frente a las implicancias que el concursamiento del responsable, le genera en su patrimonio.

Ahora bien, pareciera que sólo casos de extrema necesidad, han sabido ser tomados en cuenta para que el derecho comercial flexibilice su posición. Es decir, en la inmensidad de situaciones que surgen, sólo dos han sabido conmover a los estrados en su decisión. Ni mencionar que sólo uno de los casos que tomamos como referencia, se encuentra estrechamente ligado a la situación que aquí nos propusimos trabajar –el usuario de transporte público, ante la falencia de la empresa-.

Pero además de que el acreedor involuntario pareciera no encontrar lugar, cuando nos referimos a inseguridad, también debemos resaltar la inmensidad de posibilidades a las que se encuentra expuesto el que debe ser indemnizado, ante un reclamo en el cual hay una aseguradora, que en principio, pareciera que debería ser la que debe abonar el monto de la indemnización. Y decimos pareciera, porque dependerá del juez que decisión adopte: oponibilidad o inoponibilidad del seguro para el transportado (2.9.1).

Este relato pone en evidencia, las diversas cuestiones aquí citadas, y a las que hemos hecho referencia a lo largo de nuestro trabajo, es que en un litigio tan común como lo es el que se inicia con motivo del daño al transportado, se encuentra sujeto a una serie de asuntos que son impensados, para el ciudadano común. Es decir, que no se ha podido brindar certeza a una situación tan cotidiana.

Pero además, no se ha reflexionado con seriedad, y lo que es peor no se han dado las garantías para que esta situación encuentre certidumbre en el debate jurisprudencial.

A nuestro parecer, e independientemente de las distintas teorías y doctrina legal en la que se pretenda fundar el pensamiento, lo cierto es que no se puede negar que el pasajero de transporte es un usuario, por ende, todo su sistema debe girar en torno a su protección.

La seguridad jurídica debe ser un objetivo primordial del derecho.

Toda vez que las relaciones de consumo alcanzan a la mayoría de los contratos que se celebran en la vida diaria de los individuos, los derechos del

consumidor forman parte del esquema protectorio al que todo el sistema se debe orientar.

#### **8.4 Balance y evaluación del Mercosur**

Todo proceso de fusión se encuentra formado por distintos Estados, que son diferentes entre sí. Dependiendo del marco que se pretenda acordar, esas diferencias pueden cobrar mayor, o menor importancia.

Si se piensa en términos de unificación jurídica, no cabe duda que en algunos casos los obstáculos, se presentan como insuperables para acordar una reglamentación adecuada. La falta de seguridad jurídica que afecta a los estados miembro de manera individual, repercute necesariamente en este aspecto, por lo que las resoluciones legislativas difieren considerablemente. Hoy, se presenta imprescindible la unificación y armonización legislativa, al mismo tiempo que la creación de instrumentos que brinden cohesión interna, y a la vez, permitan un posicionamiento como bloque.

Dentro de la región del MERCOSUR, la armonización legislativa representa un gran desafío que resulta necesario, si el objetivo es afianzar una integración que permita competir a nivel internacional.

La elaboración de normas jurídicas que organicen y garanticen la protección del consumidor, ocupa un lugar importante. Desde luego no es el único, y muy probablemente, no el principal.

Siendo que en todos los países se constata la relación desfavorable que padece el consumidor, no cabe duda que todos los Estados estiman necesario establecer mecanismos destinados a su protección. Claro que, frente a esta situación, resulta esperable que las empresas que operan en un marco regional tengan un interés en que la legislación presente ciertos estándares que le permitan operar en distintos países, al mismo tiempo, para que dicha situación no se presente anti-económica.

El contexto conduce a la idea de que todavía existen grandes diferencias en distintas áreas, lo que impide la tan anhelada armonización.

Lo más grave es que la consolidación del bloque, se encuentra cada vez más amenazada, por el imparable proceso de globalización. Sobre todo si se tiene en cuenta que en el mundo de hoy, el consumo se internacionaliza.

Uno de los tópicos que entendemos resulta de prioritaria resolución es que

muchos de los derechos consagrados por las distintas constituciones de los países miembro, continúan desprovistos de aplicación efectiva. Como consecuencia, el camino a seguir debe apuntar a reforzar el constitucionalismo y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales en el derecho interno de cada país miembro.

En definitiva el MERCOSUR presenta una gran asimetría en relación al ambicioso objetivo propuesto, y la debilidad de los medios puesto a disposición por parte de los Estados miembro. Por ende, resulta esperable que como consecuencia el consumidor, y el seguro en materia de transporte, no encuentre una recepción armónica.

La prolongación de la actitud asumida, como consecuencia de la falta de interés por parte de los países integrantes del bloque, trae aparejado el fracaso de esta integración, que se diluye ante la falta de medidas concretas. Por lo que el derecho del consumidor, es una víctima más de los tantos frustrados proyectos.

## **8.5 Aplicación**

Nuestro ámbito de análisis se desarrolla, primordialmente, a través de la normativa de protección al consumidor.

De allí que la definición de consumidor y su relación con el bien o servicio que se contrata, a pesar de ser cuestiones sobre las que no hay consenso doctrinal, imponen a nuestro criterio zanjar dicha controversia para no complicar el ámbito jurídico de su estudio y, su consecuente aplicación.

Al mismo tiempo, por ser objetos inmediatos de nuestro trabajo, también consideramos prudente señalar que tanto el seguro como el transporte público tienen una característica singular: son servicios que revisten una función social.

La conclusión a la que arribamos, es que la mejor manera de preservar los derechos de los usuarios es respetando la categoría jurídica implementada por la LDC, en todo ámbito de derecho en el que el consumidor forma parte de una relación jurídica. Con preeminencia, a toda relación entre profesionales que se pretenda oponer.

El estudio de la cuestión permitió analizar en profundidad los argumentos de quienes sostienen la posición contraria y señalar sus inconsistencias e inconveniencias, llegando a la conclusión de que el régimen protectorio instaurado por la LDC y receptado por el CCCN, debe ser aplicado a las disposiciones que regulan el procedimiento concursal.

Entendimos que la información al consumidor debe ser clara, precisa, adecuada y de acuerdo al nivel cultural de aquél. Porque sólo con esas herramientas podrá comprender los alcances, riesgos y alternativas que implica la suscripción del contrato. Sobre todo, en lo referente al contrato de transporte.

Encrucijado es el camino para el ejercicio efectivo de los derechos, pero no imposible. Siempre y cuando cada consumidor pueda conocer sus derechos, podrá ejercitarlos en debida forma.

Los derechos son tales, si son operativos, si se pueden ejercer. Caso contrario, se transforman en un conjunto de principios sin razón, que a medida que se tornan inaplicables, se diluyen en el tiempo.

## Capítulo 9

### Discusión

#### 9.1 Discusión

A través de la presente tesis, se ha efectuado una descripción del régimen jurídico aplicable para el caso en que una empresa dedicada al transporte público, deba responder civilmente por el reclamo de un pasajero.

En primer lugar, descubrimos que la injusticia, que aquí nos propusimos cuestionar presenta dos aliados indiscutibles. Por un lado, no podemos justificar la continuidad de un resultado, por entender que aquél se deduce de un sistema que se presume legal. Por el otro, la circunstancia de la inconstitucionalidad que trae aparejada mantener el *status quo* de este tipo de soluciones en el ámbito judicial encierra una gravedad institucional, de la que el sistema no debería jactarse.

Necesariamente, se deben adoptar posturas que conlleven a resultados positivos. La clave se encuentra en fijar parámetros, que tengan en miras la intención de arribar a soluciones justas.

Tanto jueces como doctrinarios deberían encontrarse preocupados, por la situación legal en que se concreta la transacción del transporte. Y no nos referimos únicamente a nuestro eje de análisis, dado que para el caso en que cualquier empresa se encuentre en estado falencial, el consumidor no recibe tratamiento especial alguno en el marco de dicho proceso. Por el contrario, recibe el mismo tratamiento que cualquier comerciante.

La situación descrita significa que no se contempla la intención, si quiera la previsión por parte del contratante para ser acreedor de un crédito. El proceso concursal y sus gravosas consecuencias se aplican al consumidor, sin vacilar.

Como punto negativo, advertimos que en el ámbito jurídico, la mención de nuestro objeto de análisis parece no generar mayor interés. Tal vez, en la inteligencia de que ese espacio de la responsabilidad se encontraría resuelto con la norma vigente, o por tratarse de cuestiones que no resultan mayormente judicializadas.

Adentrados en la situación actual, hemos comprobado que la franquicia adoptada por la SSN aplicada al transporte público de pasajeros, ha sido ratificada a través de las decisiones judiciales. Pero ello no implica, que debamos tolerar un

razonamiento contrario a lo prescripto por la C.N.

Es que prescindiendo de su ilegalidad –la que ya hemos advertido- el resultado que provoca refrendar dicho régimen, trae aparejado un resultado injusto para el usuario. Todo sistema que se presuma legal, no puede avalar resultados, como los que se obtienen con la imposición de la franquicia, en el estado actual de situación.

Por sobre todo, hemos podido determinar también, que el sistema vigente, no satisface las necesidades y expectativas de las partes involucradas en los conflictos derivados de los hechos dañosos ocurridos en ocasión del transporte de pasajeros.

Finalmente, descubrimos que existen sistemas alternativos en funcionamiento que, aunque mejorables, presentan alternativas netamente superiores para resolver situaciones como las que fueron materia de nuestro estudio. Ejemplo de ello, es el fondo de libre circulación ciudadana estudiado en el la segunda parte (2.10.4).

## **9.2 Hacia una nueva oportunidad**

Desde que nos planteamos el inicio de este estudio, un desafío constante fue la tan anhelada sanción del CCCN. Sobre todo, porque desde sus inicios no había certeza en relación a su implementación.

A pesar de ciertas resistencias y numerosas oposiciones, el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia.

Si bien los grandes cambios se suscitaron, en su mayoría, en el ámbito familiar, el panorama jurídico general, ha sido modificado.

En lo que atañe a la responsabilidad civil y al transporte, se receptaron criterios que ya la jurisprudencia venía introduciendo. Esto significa que la legislación vigente, hasta entonces servía de base, pero había que recurrir en gran medida a herramientas de interpretación, para poder brindar una solución al caso en concreto.

Problemas varios se suscitaron en torno a la aplicabilidad inmediata de la legislación. Al respecto el art. 7 del CCCN establece:

Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

De esta manera, el entramado que significó la interpretación de este artículo derivó en diversas posturas. Sobre todo, porque en cuestiones en que las

modificaciones efectuadas implican un cambio sustancial en la vida de las personas, resulta necesario establecer si la normativa resulta aplicable o no, para una acontecimiento ocurrido con anterioridad a la vigencia del CCCN.

Para ello, en primer lugar, consideramos prudente distinguir entre una situación jurídica y un hecho. La primera es la posición que ocupa cada uno de los sujetos que intervienen en las diversas relaciones jurídicas. Para el jurista italiano, Emilio Berti, son: “todas aquellas situaciones que se producen al realizarse plenamente la hipótesis normativa” (Hernandez, L., 2012).

En cambio, el hecho jurídico se refiere a un acontecimiento de trascendencia para el derecho, pues modifica cierto estado jurídico inicial desde el punto de vista legal. El presupuesto de hecho del que parte una norma, es un hecho jurídico.

Siguiendo estos dos conceptos, y teniendo como referencia lo dispuesto por el art. 7 del CCCN, el hecho jurídico debe ser evaluado acorde a la legislación vigente en ese momento, pero las consecuencias que de aquél se deriven, deben meritarse de acuerdo a lo prescripto por el CCCN. Entendemos que esta interpretación es la correcta.

Comprendemos que en todos aquéllos casos en los que la legislación recepta los criterios jurisprudenciales, no resulta necesario indagar sobre la aplicabilidad, toda vez que de una u otra manera la solución al caso, iba a generar el mismo resultado. Lo que implica una simplificación en las resoluciones, en la medida que no resulta necesario citar doctrina y jurisprudencia, sino que el propio artículo brinda la solución al caso.

Esto significa que la legislación vigente, pretende dar más agilidad y seguridad a los distintos problemas que se puedan llegar a generar en el universo jurídico. Atender con la mayor eficiencia y rapidez las distintas situaciones, es en definitiva lo que hace que la sociedad perciba como justo al sistema.

Pese a ello, existe esta idea de que la justicia cuando es lenta, no es justicia. Este pensamiento debe ser erradicado, y para alcanzar tal fin se debe hacer mérito, poniendo a disposición todas las herramientas que se consideren eficaces a los fines de concretar dicho anhelo.

En lo que atañe a las temáticas que aquí nos propusimos estudiar, debemos destacar que no hubo modificaciones radicales, en la medida que se receptaron posturas que ya se venían imponiendo jurisprudencialmente. Salvo, algunas cuestiones modificadas en materia de consumo.

Consideramos acertada la incorporación del consumidor, como una nueva categoría que se desenvuelve en el ámbito civil y comercial. Esta apreciación no resulta menor, dado que significa que el legislador claramente identificó la órbita en la

que se debe desempeñar, que en definitiva es el ámbito protectorio que la Ley le pretendió asignar, en un primer momento.

Celebramos en gran medida que se adoptó una legislación que propone mirar hacia adelante.

El CCCN ha tomado como directriz todos los derechos involucrados en la C.N. En este aspecto, se ha acudido a un importante proceso de constitucionalización del derecho privado. Esto necesariamente implicó, acordar principios entre el derecho privado, el derecho público y la C.N. En tal idea, advierte Elena I. Highton (2015) “Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado” (p. 5).

Por sobre todo acentuamos la idea de unir a las distintas ramas del derecho, permitiendo el diálogo entre las diferentes legislaciones, pero siempre acentuando el eje en la necesidad de resolver con justicia, los diversos litigios que se someten a decisión.

### **9.3 La información como paradigma de la nueva era**

A lo largo de nuestra exposición, pudimos determinar que la información se vislumbra como un elemento esencial para el ejercicio de los derechos. A la vez, no puede perderse de vista que este fenómeno ha ido creciendo al hilo de la globalización. Este proceso, en un comienzo se vió intensificado por una creciente internacionalización del capital financiero, industrial y comercial, nuevas relaciones políticas internacionales y el surgimiento de nuevos procesos productivos, distributivos y de consumo, deslocalizados geográficamente.

En la actualidad tiene un aliado incomparable, la información. Pero no por sí sola, sino que la velocidad con la que se transmiten los datos es lo que hace tan relevante su existencia. La comunicación, gracias a internet, ha servido de herramienta central para el desarrollo y para el fortalecimiento de este nuevo paradigma.

Teniendo en cuenta esta configuración socio-cultural, no cabe duda que el derecho debe orientarse también, en este sentido. Si bien, en la facultad se enseña como regla que “nadie puede alegar su propia torpeza” ya que “el derecho se presume conocido por todos”, no se puede negar que la realidad, a pesar de la cantidad de información que se transmite con gran velocidad, presenta un escenario completamente diferente.

Entendemos que el problema consiste en que la economía legislativa, no ha

sido la regla. A cada ley nueva, le sigue una reglamentación, que muchas veces puede significar interpretaciones diversas, a causa de la imprecisión con la que se trabaja. Por lo que si al jurista en ocasiones, le resulta de imposible cumplimiento el conocimiento total respecto de un tema, menos podemos pretender ello de la ciudadanía.

Como resultado, la dinámica en la creación continua de leyes e instituciones genera un deslizamiento jerárquico (Irti, 1992).

Entonces el individuo, en virtud de la numerosa legislación vigente, no alcanza a abastecerse en forma particular, sino que debe acudir a medios que le ayuden a mantenerse actualizado. De esta forma, algunos pensadores de esta era han llegado a interpretar que el razonamiento se reduce a la búsqueda rápida y selecta de información, mientras que el análisis y la interpretación es dejada a un lado.

Como consecuencia, el exceso de información, en ocasiones puede derivar en la desinformación.

Esta cuestión, no es menor sobre todo si tenemos en cuenta que uno de los ejes de nuestro trabajo ha sido la LDC, en donde la información es el punto central para el ejercicio de los derechos allí contemplados.

Por estas razones entendemos conveniente la materialización del derecho a la información, a través de todos los medios que el Estado tenga a su alcance, pero discriminando aquéllas que resulten excesivas.

#### **9.4 Nuestra tesis**

La presente tesis tuvo como objetivo poner en evidencia la importancia que reviste la LDC para el Derecho Privado. El ingreso de esta normativa, significó que al ciudadano común se le otorgó una calidad especial, y para ello se crearon los instrumentos legales correspondientes, a los fines de mejorar las relaciones comerciales.

En particular hicimos hincapié en su impacto en la LS y la LCQ, frente al contrato de transporte público terrestre.

Para demostrar la hipótesis planteada, se realizó un análisis del sistema de seguros actual en materia de responsabilidad civil, por hechos ocurridos en la vía pública. Conforme el cual, lamentablemente, pudimos observar que pese a que en nuestro país existe una obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil, para

todo aquél que conduzca un vehículo automotor, distintas circunstancias generan su incumplimiento. La situación descrita significa que gran cantidad de los siniestros ocurridos en nuestro país, no son indemnizados, a causa de que el originante no puede responder económicamente; ya sea porque no tiene contrato de seguro o a razón de que no cuenta con el respaldo económico para ello.

Con este resultado remarcamos la importancia que significa que todo aquél que realice una actividad que pueda llegar a generar consecuencias dañosas para terceros, cuente con un seguro de responsabilidad civil.

Ante este escenario, concluimos que el seguro es un elemento esencial, de carácter social, cuyo acatamiento resulta fundamental para el progreso de una Nación. Ahora bien, la temática adquiere especial relevancia cuando nos referimos al transporte público. Ello, en virtud de la contemplación legislativa del instituto para este medio de transporte, y a causa de, la facilidad con la que estas empresas se declaran en estado falencial, frente a los distintos avatares económicos, que genera que este seguro funcione como un “no seguro”.

La importancia social y económica que significa que un servicio público, como lo es el colectivo, funcione sin responder por el riesgo que puede llegar a generar dicha actividad, es inaceptable.

Al estudiar el impacto de los distintos acontecimientos económicos que ha padecido nuestro país, pudimos entender que las medidas adoptadas han tenido en miras presentar una solución momentánea a cuestiones que requerían soluciones inmediatas y a largo plazo.

El problema ha sido el mantenimiento de dichas circunstancias en el tiempo, pese a que, el panorama financiero ha mejorado. Por sobre todo, comprendemos que el entendimiento de las causales que sirvieron de argumento para la toma de medidas drásticas, plantea la oportunidad de generar nuevas soluciones.

El inconveniente que presentan las medidas generadas a causa de las crisis económicas, es que en la mayoría de los casos son ilegales, lo que no puede ser soslayado, a los fines de justificar la continuidad del sistema. En este aspecto sostiene Herbet L. A. Hart (1963):

Decir que una determinada regla es válida es -reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema. Podemos en verdad decir simplemente que el enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento (p. 129).

Es decir que independientemente de la aparente “legalidad”, ninguna norma puede justificar una consecuencia inmoral. En este caso, que el damnificado no reciba indemnización por el daño causado. En definitiva, que la empresa y la aseguradora no

respondan. Esta situación, genera un sinnúmero de violaciones a los derechos humanos más básicos, condiciones de vida nefasta, hasta incluso la muerte.

Todas estas circunstancias provocan, a nuestro criterio, que el tema deba representar un especial interés para nuestro país. Pese a los resultados, entendemos que las incorporaciones legislativas que se han adoptado a través del tiempo, han tenido en cuenta este compromiso.

En nuestra opinión, estas iniciativas dan cuenta del interés, pero la falta de concreción indican su fracaso, ya que en la realidad no constituyen un método de prevención, simplemente se convierten en beneficios para todo aquél que desee aventurarse en el inicio de un litigio judicial, con un panorama incierto.

El entendimiento sobre las causas que generan el resultado que hemos trabajado a lo largo de nuestra exposición, plantea la oportunidad de buscar una solución conjunta con la interacción de las tres leyes que nos propusimos abarcar: LS, LDC y LCQ, incorporando el principio máximo establecido en la C.N.: la legalidad.

Para el sistema de transporte argentino las subvenciones estatales, representan un gran esfuerzo económico por parte de toda la comunidad. Pero la circunstancia de pretender mantener un costo bajo para el usuario de colectivo, no puede justificar que en caso de accidente aquél no reciba la indemnización correspondiente.

Consecuentemente, los bajos costos mal planificados, producen un efecto negativo en la prestación del servicio, aunque se pretenda no visibilizarlos. El esfuerzo por mantener la estructura de transporte a cualquier costo, ha impedido conseguir resultados sustanciales en la materia.

La problemática que se genera en torno a la responsabilidad civil de estas empresas, no ocupa un lugar prioritario en la agenda política y legislativa. Porque lo cierto, es que funciona –mal claramente-, pero en la generalidad de los casos, así es.

Lo llamativo es que pese a la cantidad de dinero que el Estado invierte, a través de subsidios, el servicio es ineficiente. La propuesta valorativa del usuario de transporte público, se justifica en la realidad, que hace que nadie puede negar su situación actual de vulnerabilidad absoluta frente a un sistema que se presume legal, pero conforme hemos podido analizar presenta claras inconstitucionalidades.

La directriz en esta materia debe marcar un rumbo que permita un diseño normativo adecuado, con la configuración de figuras legales que propicien una solución efectiva al fenómeno de las víctimas; sólo así se ofrecerá una respuesta coherente, y como consecuencia necesaria, el sistema será justo.

Por lo que, tanto la mecánica como el problema planteado, constituyen un ambicioso propósito que consiste en reformular y adaptar los intereses del usuario de

transporte público a nivel jurídico. El estudio confirma lo dicho y para efectos de su consolidación se propone la reformulación integral del concepto de consumidor, incursionando por los senderos de un concepto comprometido con las pautas del interés general, fuente también de derechos colectivos, consolidado a través de procesos de planeación sólidos que permitan razonar, explicar, y fundamentar el consumo en todos sus aspectos.

En cuanto acción concreta el ejemplo más reciente es: la creación del fuero especial en los Tribunales. Independientemente de su resultado, cristaliza la intención de conceder mayores y mejores beneficios a los consumidores. Sin perjuicio de ello, entendemos que resulta aconsejable asignarle en los códigos procesales un proceso especial, más ágil que el sumarísimo generalmente receptado, y otorgarle un límite económico.

Asimismo resulta necesario delimitar su actuar, dado que sino las controversias que se puedan llegar a generar en cuanto a la intervención de este fuero, atentarán contra el sistema, en vez de lograr el beneficio esperado. Principalmente, consideramos que la oralidad sería lo ideal.

A pesar de ello, este sistema se encuentra urgido de modificaciones en su diseño y contenido, sobre todo, que permitan ofrecer un tratamiento más ágil. Si bien, recibimos con expectativas el régimen establecido por la Ley n° 26.993 que instaura el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones del Consumo (Coprec), dado que no parece adecuado recurrir a los tradicionales mecanismos judiciales para resolver estos reclamos, en virtud de que en su mayoría, los montos económicos en juego no lo justifican.

Al mismo tiempo, mantenemos nuestra crítica en virtud de que consideramos que dicho organismo debería funcionar en el ámbito del Poder Judicial. La vivencia de los pasajeros de transporte público, con los que nos identificamos por utilizar dicho medio de locomoción, nos permite aseverar que la forma en la que se ha autorizado contratar el seguro, requiere en forma urgente asumir que el usuario desconoce, la imposición de la franquicia, y el estado de cesación de pagos en el que se encuentra la empresa transportista.

La recepción del seguro en el contrato de transporte tiene una gran influencia en nuestro régimen legal, dado que trae aparejado graves inconvenientes.

Nuestra conclusión final es, que el derecho del consumidor es un tema de gran importancia para el desarrollo de nuestro país.

Definitivamente el flujo de usuarios de transporte público no va a variar, por lo que la legislación y la jurisprudencia deben orientarse hacia el respecto de los derechos más elementales y fundamentales de todo ser humano. Por lo que

entendemos que dicho objetivo será alcanzado cuando se recepte al usuario como consumidor en los términos de la LDC, conforme lo dispuesto por el CCCN.

Asimismo se deben llevar a cabo medidas que desalienten y castiguen el concursamiento de las empresas de transporte público. Esto se hace efectivo sólo a través de políticas de control eficaz.

Sin embargo, al tratarse de un problema que atañe a diversos sectores, todas las partes deben cooperar para alcanzar un resultado efectivo. El esfuerzo debe ser conjunto.

Si bien la carga de estas decisiones depende de los poderes del Estado, no podemos dejar de prescindir de la importancia que reviste el usuario aquí, en la medida que sólo a través de su insistencia la protección podrá ejercer los beneficios para los cuales la Ley fue creada.

Así, el reconocimiento del usuario de transporte público requiere la radical aplicación de la dignidad humana, lo que supondrá un escenario más beneficioso, ya que se defienden espacios en los que cabe la participación de todos, mediante la real y efectiva justicia. Esto necesariamente implica, contemplar al usuario en los términos trabajados a lo largo de nuestro estudio. Sólo de esta forma el impacto de la interpretación actual, podrá verse modificado.

## **9.5 El contrato de seguro frente a nuestra propuesta**

Enmarcados en el ámbito precedentemente señalado, cabe cuestionarnos qué sucede con el contrato de seguros suscripto por la empresa de transporte. Es que, si bien los objetivos de dichos servicios son diferentes, cuando se analizan las disposiciones vigentes en relación a la regulación de ambas actividades ello parece no ser tan así. En principio, la relación que une a la transportadora y a la aseguradora es entre proveedores de un servicio, pero ello no obsta a que por la metodología contractual implementada y como legislación complementaria pueda recibir el amparo de la LDC con sustento jurídico en lo dispuesto por el art. 42 de la C.N., toda vez que conforme ya hemos visto estamos frente a un consumidor de tercera generación.

La naturaleza jurídica propia de la empresa de transporte radica en la ejecución de dicha actividad, la que se puede desarrollar, siempre y cuando se encuentre al amparo de una aseguradora que le garantice el pago de los siniestros que puedan llegar a ocurrir.

De lo postulado en nuestro trabajo se sigue que si estimamos prudente continuar con la figura de la franquicia, y mantener los objetivos de ambas actividades (seguros-transporte) como hasta ahora, la LCQ debe establecer un privilegio al pasajero-usuario. Ello, con fundamento en la falta de información de aquél respecto a la existencia de la franquicia y al estado falencial de la empresa.

Por otra parte, si entendemos que el régimen de la franquicia para el transporte público de pasajeros es inconstitucional, al este haber sido dejado sin efecto, debe responder la aseguradora, sin perjuicio de la repetición que podrá instar respecto de la empresa. Es que si analizamos la figura del seguro en sí, cabe remarcar que en un primer momento su función primordial que es la de mantener indemne al asegurado, no se esta cumpliendo; en la medida que la franquicia impone parte de la responsabilidad en cabeza de la empresa. Pero además ella no es su única funcionalidad, dado que el art. 68 de la Ley 24.449 (conf. art. 29), que establece el Seguro "Obligatorio" de Responsabilidad Civil de Automotores, dice que aquél es para: proteger a la víctima de un accidente de tránsito.

Inmersos en este sistema, no podemos dejar de advertir que el usuario de transporte público, abonó un servicio. Que en forma indirecta implica, la contratación del seguro, ya que de lo pagado por aquél, se realizan las deducciones pertinentes.

## Capítulo 10

### Conclusiones

#### 10.1 Conclusiones

Como resultado de nuestra investigación, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. La defensa del consumidor es un derecho fundamental, proclamado no sólo en el derecho constitucional interno, sino también en distintos textos de carácter supranacional. Contiene normas de orden público, que deben ser aplicadas en forma prioritaria.

2. Para poder gozar de la tutela garantizada en la Ley de Defensa del Consumidor se debe ser consumidor final, o encontrarse expuesto a una relación de consumo. Estimamos que el esclarecimiento de esta prescripción por intermedio de una reglamentación más clara que la vigente y recientemente sancionada, acabará con la toma de decisiones abiertamente injustas, que se suscitan en el ámbito jurisprudencial.

3. La delimitación de la tutela se circunscribe a lo establecido en la C.N., la LDC y el CCCN. Incluye así en su régimen de protección a los usuarios del transporte público y seguros; máxime cuando el art. 63 excluye expresamente al contrato de transporte aéreo, al que se aplicarán las disposiciones del Código Aeronáutico y los tratados internacionales y, recién en subsidio, las previsiones de la Ley aludida. Ellos son consumidores en sentido material, del servicio de cobertura de riesgos.

4. El asegurado es un consumidor, en razón de que el contrato de seguro implica el consumo de un servicio.

La Ley 24.240 y lo dispuesto por el CCCN es aplicable al contrato de transporte de pasajeros, pues esa misma norma, cuando no desea ser aplicada, así lo indica

expresamente. Ejemplo de ello, es el contrato de transporte aéreo, al que se aplican primero las disposiciones del Código Aeronáutico, luego los tratados internacionales y recién en subsidio, la Ley 24.240.

La protección de la seguridad del pasajero de transporte deriva directamente del art. 42, CN, y tiende a proteger lo más valioso que tiene un consumidor, que es su vida y salud.

5. El contrato de seguro aprobado por la SSN para las empresas de transporte público es ilegal (con franquicia). De esta manera, las cláusulas que así lo contemplen, son nulas. Con este criterio debe habilitarse el pago total de la condena por parte de la empresa aseguradora.

6. El contrato de seguro utilizado para el transporte público de pasajeros, es inoponible al usuario. Esta solución se adecua correctamente al marco jurídico vigente, en la medida que la información adecuada es una regla básica sobre la que deben conformarse los contratos de consumo, y la imposición de la franquicia no es informada al usuario. Menos aún conoce la situación financiera de la empresa, y por ende, el impedimento de pago que tiene ante la ocurrencia de un siniestro.

7. Además, la falta de información respecto al concursamiento de la empresa de transporte, por parte del usuario, produce que los efectos del concurso le sean inoponibles al consumidor. Por ende, su crédito debe ser satisfecho con preferencia; si se opta por la vigencia del actual sistema.

8. El régimen avalado por la jurisprudencia, no satisface las necesidades y expectativas de las partes involucradas en los conflictos derivados de los hechos dañosos objeto de análisis. Entendemos, conforme hemos razonado en los puntos anteriores, que independientemente de la postura que se adopte (oponibilidad o inoponibilidad), la solución al caso debe ser resuelta a través de lo dispuesto por la LDC.

9. Como conclusión final, diremos que basándonos en todos estos datos se confirma la hipótesis planteada en las primeras páginas de esta obra. Con este estudio hemos querido ofrecer una escogida y amplia muestra de lo que fue ese momento histórico, tecnológico que demuestra que el acceso y la necesidad del usuario al transporte público condicionó su incipiente desarrollo. Es claro, por tanto, que el devenir del consumidor en los siguientes años continúa una progresión que en todo caso siempre ha estado basada en aquéllos comienzos.

10. En arreglo a lo dispuesto por el art. 1092 del CCCN y la LDC los transportados ya que son los beneficiarios (directos y específicos) de los seguros de responsabilidad civil obligatorios, dado que “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”, son consumidores de seguros. Ello también, desde el análisis económico encuentra sustento en la medida que con el pago del pasaje, la empresa puede abonar el pago de la prima. Indirectamente, sustenta dos servicios: el transporte y el seguro de aquél.

## **10.2 Recomendaciones**

Sobre la base del análisis realizado en nuestra investigación, ofrecemos las siguientes recomendaciones:

1. Al Ministerio de Educación de la Nación, atendiendo a la necesidad de ofrecer una correcta educación al consumidor es necesario:

-La inclusión de una materia curricular que se refiera a los derechos del consumidor en las escuelas primarias y secundarias, con la finalidad de afianzar y consolidar acciones, que permitan elevar los conocimientos en relación a esta legislación por parte de los ciudadanos.

2. A la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU)

-La obligatoriedad de la materia correspondiente a derecho del consumidor en

los planes de estudio de la carrera de abogacía. Siendo un derecho transversal que como tal, influye en otras especialidades que deben ser conocidas por todos los profesionales que detenten dicho título.

### 3. A la Subsecretaría de Defensa del Consumidor dependiente del Ministerio de Economía de la Nación

-Se debe entender que el derecho a la educación del consumidor, significa en primer orden el conocimiento de la Ley. Por ende, la legislación debe encontrarse, para su consulta, al alcance de cualquier ciudadano en todos los locales comerciales del país. Ello debe ser de cumplimiento obligatorio y bajo apercibimiento de sanción, por aquéllos locales cuyos productos tienen un valor mayor al de un salario mínimo, conforme la Ley vigente.

### 4. Al Congreso de la Nación

-Para que incluya en la Ley de Concursos y Quiebras al consumidor involuntario como una categoría especial dentro de los acreedores; y que dicha diferencia le brinde la posibilidad de acceder a un pronto pago, similar al del trabajador.

Para que se modifique el art. 41 de la LCQ y se le brinde al consumidor una categoría especial.

Para el caso de la quiebra, creemos conveniente la creación de un privilegio para este tipo de acreedores equivalente al que le corresponde a los acreedores laborales por el inc. 1º del art. 246 LCQ.

-La modificación del art. 53 de la LDC en cuanto donde dice “beneficio de justicia gratuita” debe decir “beneficio de litigar sin gastos”, y que este será operativo en la medida en que la resolución de la controversia lo haya sido a la luz del mandato impuesto en dicha legislación.

Asimismo donde se establece el régimen procesal más acotado, entendemos que a la fecha ningún código procesal ha establecido un régimen especial para resolver este tipo de cuestiones, donde entendemos que debe primar la oralidad. Por ello se debe instaurar en la Ley, un régimen procesal particular a nivel nacional que cumpla dicha característica.

-Se recomienda la formación del “Fondo de libre circulación ciudadana”,

conformado con fondos del Estado Nacional, para cubrir aquéllas indemnizaciones generadas por accidentes viales en los que el responsable no haya podido ser identificado o para el caso en que habiendo sido identificado, no cuente con el seguro correspondiente. Todo ello, sin perjuicio de hacerse el Estado acreedor del responsable.

## 5. AL MERCOSUR:

-Convocar un intercambio académico a nivel regional el que este precedido de investigaciones sobre el fenómeno del consumidor, que permita no solo un debate desde una perspectiva holística, sino ofrecer una panorámica real del fenómeno en la región, con el objetivo de ofrecer a las instancias correspondientes un diagnóstico y presupuesto que sirvan de bases para un tratamiento efectivo.

-Fijar los presupuestos mínimos que debe contener la legislación interna de cada país miembro a los fines de sentar principios que de a poco comiencen a generar conciencia en relación a la necesidad de uniformidad legal que este fenómeno requiere.

-Establecer un concepto único de consumidor que tenga en miras la protección del destinatario final del servicio o producto, como punto de partida. Sin que ello signifique un límite para que aquéllos que se encuentren expuestos a la relación de consumo puedan reclamar su protección, en un futuro, cuando esta materia se encuentre más asentada e integre una real categoría jurídica en el ámbito regional.

Ante el temor de algunos, debemos acentuar que la figura del consumidor expuesto encuentra los límites en la propia especificidad de la norma que lo contiene. No se extiende a los contratos que no sean de consumo, ni a ningún otro instituto, puesto que se limita al derecho del consumidor, claramente establecido en la actual legislación y receptado en el CCCN, recientemente sancionado.

Promover el ejercicio de la acción directa por parte del damnificado a la aseguradora es un remedio infranqueable, a la vez y conforme lo hemos visto encuentra su fundamento nada más y nada menos que en la ley.

-Un abordaje sistematizado de los conflictos que se presentan ante el reclamo hacia las aseguradoras, para la construcción de nuevos escenarios de resolución. Generando así una vía alternativa a la judicial, recuperando el lugar del diálogo y la comunicación entre los participantes del contrato.

6. Al Ministerio de Seguridad de la Nación:

-La creación de una policía que garantice y fiscalice el cumplimiento de la LDC, en todo ámbito donde se ofrezcan bienes y servicios –internet y locales a la calle-, dotada de la información y especialización necesaria, que su funcionamiento requiere. Cualquier denuncia que su accionar genere deberá ser tramitada por ante los Juzgados con competencia en la LDC.

-Disponer de mayores esfuerzos a fin de que los automotores en circulación, se encuentren en condiciones. Es decir, encontrarse apto y tener vigente el seguro de responsabilidad civil obligatorio.

7. Al Ministerio de Justicia de la Nación:

-La creación de Tribunales con competencia exclusiva en todos aquellos litigios en que se encuentren en juego cuestiones suscitadas en torno al cumplimiento de la LDC. Entendemos que a fin de que cumplan su cometido –con el objetivo de no colapsar al sistema- se deberán poner ciertos parámetros tales como, aquél que se presenta a accionar aduciendo la protección de la LDC deberá palmariamente revestir el carácter de usuario o consumidor.

Asimismo se debe limitar el fuero económicamente. Es decir, el tope del reclamo no puede ser mayor a 5 sueldos mínimos establecidos por Ley al momento de la presentación. Ello, claramente sin perjuicio de la multa civil o daño punitivo que el juez al momento de resolver considere imponer.

-La contemplación de un proceso especial en los códigos procesales, para aquéllos procesos en que se encuentre en juego una decisión que deba resolverse a la luz de lo dispuesto por la LDC.

8. A la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (CNRT):

-Para que fortalezca los regímenes de control respecto al gasto público que insume el funcionamiento del transporte, a través de las subvenciones.

-Para que adopte medidas tendientes a comunicar a los usuarios el estado falencial de las empresas prestatarias del servicio. Para ello consideramos

conveniente que cada unidad debe contener un cartel comunicando dicha circunstancia, y las consecuencias que de ello se derivan para el pasajero.

9. Al Poder Judicial:

-Para que disponga de todos sus esfuerzos a los fines de alentar la creación del fuero especial en materia de aplicabilidad de la LDC.

10. A la Superintendencia de Seguros de la Nación:

-Para que fiscalice el cumplimiento de la LDC en los modelos de contrato de seguro que aprueba.

-Para que elabore y trabaje la posibilidad de establecer la acción directa en lugar de la citación en garantía prevista por el art. 118 de la LS.

Sin duda alguna para plasmar estas ideas en la práctica, se requerirá de un gran trabajo y compromiso por parte de todas las partes involucradas. Sobre todo por aquéllos individuos que asuman la responsabilidad de trabajar en los distintos poderes del Estado.

Esperemos que las ideas plasmadas en esta exposición, sean el puntapié inicial que permitan debatir sobre la temática aquí planteada, que a nuestro entender se percibe claramente injusta, para aquéllos que la padecen.

Comprendemos que modificar esta situación, significa la conquista de la legalidad.

## Capítulo 11

### Bibliografía

#### 11. Referencias

##### 11.1 Autores citados

Alauzet, I. (1944). *Traité général des assurances* (Vol. 1). Paris: Cosse et Marchal.

Alonso Ledesma, C. (2003). Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación. En R. García Villaverde, A. Alonso Ureba, J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Derecho concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la Reforma Concursal* (pp. 389-ss.). Madrid: Diles.

Alterini, A. A. (1998). *Contratos civiles - comerciales - de consumo. Teoría General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Alvarez Larrondo, F. M. (2015). La relación, el contrato de consumo y el concepto de consumidor a partir del Código Civil y Comercial. *Derecho del consumo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Arendt, H. (1996). *Le origini del totalitarismo*. Trad. de A. Guadagnin. Milan: Comunita.

Arrighi, J. M. (1994). Comercio Internacional y protección del consumidor (pp. 369-371). En G. Stiglitz (director). *Defensa de los consumidores de productos y servicios*. Buenos Aires: La Rocca.

Averitt, N. W. y Lande, R. H. (2001). La soberanía del consumidor: una teoría unificada de la Ley Antimonopólica y de Protección al Consumidor. *Ius et veritas*. 12(23), 181-210.

Balbín, C. (2011). *Tratado de derecho administrativo*. (Vol. II). Buenos Aires: La Ley.

- Barreiro, M. G. y Truffat, E. D. (2008). Los acreedores involuntarios: Una cuestión que ronda las puertas del debate concursal. *La Ley*, p. 714.
- Basedow, J. (2003). *Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration-General Report*. Unif. L. Rev., 2003, p. 31-ss. Recuperado de <http://ulr.oxfordjournals.org/content/8/1-2/31.full.pdf+html>
- Basedow, J. (2007). Términos contractuales estándares en el derecho contractual alemán y europeo. En *Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*. In D. F. F. Arroyo, & J. A. M. Rodríguez (Eds.). *Protección de los consumidores en América* (pp. 57-66). Asunción: CEDEP [u.a.].
- Bercovitz, A. (1992). *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid: Civitas.
- Bidart Campos, G. J. (1997). *Los decretos de Necesidad y Urgencia*. JA, 1997(II), 967-971.
- Borda, G. (1965). *Tratado de Derecho Civil Argentino -Obligaciones-*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bourgoignie, T. (1993). El derecho comunitario del consumo: experiencias y perspectivas de la Europa de 1993. En *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, 1993(II), 925.
- Broseta Pont, M. (1971). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- Bueres, A. J. (1989). *El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta en Derecho de Daños*. Buenos Aires: La Rocca.
- Bueres, A. J. (2009). Comentario al art. 40 bis. En S. Picasso y R. A. Vázquez Ferreyra (dirs.). *Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada* (t. I, p. 538).
- Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría General de la responsabilidad civil* (8a edición). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Calais Auloy J. (1996). *Le droit de la consommation* (3a edición). París: Dalloz-Sirey.
- Carbonnier, J. (1971). *Derecho Civil*. (t. II, vol. II). Barcelona: Bosch.
- Castán Tobeñas J. (1992). *Los derechos del hombre* (4a edición actualizada por Martín Castán). Madrid: Reus.
- Chamatropulos, P. (2008). *Defensa del consumidor en Argentina: contextualización histórica, legislación e instituciones públicas y sociales*. Recuperado de <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/chile/05455.pdf>
- Chamatropulos, D. A. (2013). XII Congreso Argentino de Defensa del Consumidor, Rosario, mayo de 2013.
- Cohen Orantes, I. (diciembre, 1981). El concepto de integración. *Revista de la CEPAL*, 15, 149-160.
- Colesanti (1984). *Mito e realtà della "par condicio"*. Italia: Fallimento.
- Cracogna, D. (2013). Las cooperativas y su dimensión social. *Revista Pensar en derecho*, 3. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/las-cooperativas-y-su-dimension-social.pdf>
- Dasso, A. (2009). *El acreedor involuntario: el último desafío al derecho concursal*. Conferencia presentada al VII Congreso Argentino de Derecho Concursal y al V Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Mendoza.
- De Cupis, A. (1966). *Il danno (Teoría generale della responsabilità civile)* (vol. I). Italia: A. Giuffrè.
- De Juan Bellver, A. (1947). *El seguro y su historia*. Madrid: Imprenta progreso.
- De Mercado, T. (1977). *Suma de Tratos y contratos*. Madrid: Nicolás Sánchez de Albornoz.
- Deutsch, K. W. (1970). *El análisis de las relaciones internacionales*. Buenos Aires:

Paidós.

Díez Picazo, L. (1974). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos S.A.

Díez Picazo, L. (1979). *Derecho y Masificación social. Tecnología y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.

Díez Picaso, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas

Díez Picazo L. y Ponce de León L. (1963). *La doctrina de los actos propios*. Barcelona: Bosch.

Dirié, C. (1981). *El Estado intervencionista en la Argentina*. Recuperado de [www.amersur.org.ar/SocEdyTrab/EstadoIntervencionista.htm](http://www.amersur.org.ar/SocEdyTrab/EstadoIntervencionista.htm)

Dromi, R. (2006). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

Endemann, W. (1866). *Das Wesen des Versicherungsgeschäftes*. Recuperado de <https://books.google.de/books?id=xfsoAAAAYAAJ&pg=PA292&dq=Endemann%2BDas+Wesen+des+Versicherungsgesch%C3%A4ftes&hl=es&sa=X&ei=PW-IVMe7Jo7bPd7WgdAL&ved=0CCkQ6AEwAQ#v=onepage&q=Endemann%2BDas%20Wesen%20des%20Versicherungsgesch%C3%A4ftes&f=false>

Etcheverry, R. A. (1989). *Formas jurídicas de la organización de la empresa*. Buenos Aires: Astrea.

Etcheverry, R. A. y Junyent Bas, F. (2012). *Summa Concursal. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones* (Tomo I). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Farina, J. (1997). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea.

Farina, J. (2004). *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea.

Feldstein de Cárdenas, S. L. y Klein Vieira, L. (2011). *La noción de consumidor en el MERCOSUR. El Derecho Aplicable en Materia de Contratación Electrónica con Consumidores: bases para la armonización legislativa en el Mercosur (2010-2012)*. Recuperado de

<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/feldstein-de-cardenas-la-nocion-de-consumidor-en-el-mercosur.pdf>

Fernández Arroyo, D. P. (2004). *Conceptos y problemas básicos del derecho internacional privado. Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavallía.

Fernández Arroyo, D. P. (2006). *Apreciación general acerca de la elaboración de una reglamentación interamericana en materia de protección de los consumidores*. Ponencia presentada al Foro de Expertos en materia de protección de consumidores para la preparación de la CIDIP VII (OEA) en fecha 4/05/2006.

Fernandez Dirube, A. F. (2011). *El Reaseguro en la Argentina: Ayer, Hoy y Mañana*. Recuperado de <http://www.mercadoasegurador.com.ar/adetail.asp?id=544>.

Fernández, R. (1998). Análisis del Problema del Transporte Urbano. *Ciencia al Día Internacional. Tecnología y Ciencias de la Ingeniería*, vol. II, núm. 1.

Fernandez, R. L. (1997). *Fundamentos de la Quiebra*. Buenos Aires: Compañía Impresora Argentina.

Fernandez Gregorazi, B. (2008). Recargo de las prestaciones de la Seguridad Social: un supuesto específico de *punitive damages*. *Anuario de derecho civil. Dialnet*, 61(1), 113-146.

Ferrer Vicente, J. M. (2006). *El nuevo derecho concursal. Un progreso y avance en el derecho español*. Barcelona: Grupo difusión.

Freeman P. y Kunreuther, H. (1997). *Managing Environmental Risk through Insurance*. Massachusetts: Kluwer Academic Publishers

Gamarra, J. (2003). *Tratado de Derecho Civil Uruguayo (2a ed.)*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2003). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.

- Garre Lacalle, I. (2010). *El seguro de transportes: origen y actualidad*. Recuperado de <https://www.interempresas.net/MetalMecanica/Articulos/42326-El-seguro-de-transportes-origen-y-actualidad.html>
- Garrido Cordobera, L. (2004). *Casos de Responsabilidad Civi I – Colección académica*. Buenos Aires: La Ley.
- Garrido Cordobera, L. (2011). Presentación de las 1ª Jornadas Internacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, 18, 19 y 20 de mayo 2011.
- Garrido Falla, F. (2006). *Tratado de derecho administrativo* (vol. II). Madrid: Tecnos.
- Garrigues, J. (1983). *Contrato de seguros terrestre*. Madrid: Aguirre.
- Garrigues, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil* (vol. II). México: Porrúa.
- Gärtner, R. (1997). *Das Bereicherungsverbot. Eine Grundfrage des Versicherungsrechts*. Berlin: Verlag Versicherungswirtschaft.
- Gherzi, C. A. (2005). *Cuantificación Económica. Contratos de Consumo*. Buenos Aires: Astrea.
- Gherzi, C. A. (2008). El seguro y la aplicación de la Ley del Consumidor. *Revista Jurídica de UCES*, 12, 7-19.
- Gherzi, C. A. (2012). El consumidor "financista". *Revista Jurídica de UCES*, 16, 171-178.
- Gherzi, C. A. (2014). *Contratos civiles y comerciales*. Recuperado de <http://contratosghersi.blogspot.com.ar/2014/04/trabajo-practico-n-1.html>
- Ghestin, J. (1993). *Traité de Droit civil, Les obligations. Le contrat*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Girgado Perandones, P. (2005). *El principio indemnizatorio en los seguros de daños. Una aproximación a su significado*. Granada: Comares.

- Goldberg; J. C. P. y Zipursky, B. C. (2010). *Torts*. New York: Oxford University Press Inc.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de derecho Administrativo.
- Graziabile, D. J. (2009). Acreedores involuntarios en el concurso. En busca de una necesaria protección legal frente a la insolvencia del civilmente responsable. En *V Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia y VII Congreso Argentino de Derecho Concursal*. Mendoza, 2009.
- Gregorini Clusellas, E. L. (2004). *Proyección del contrato en el siglo XXI*. Buenos Aires: La Ley.
- Gregorini Clusellas, E. L. (2012). *Seguros y Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Grisham, J. (1997). *Legítima Defensa* (trad. Enric Tremps, 5a ed.). Buenos Aires: Editorial Planeta.
- Gonzalez Varas, S. (1996). *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid: Montecorvo.
- Halperin, I. (1966). *Contrato de Seguro* (2a ed.). Buenos Aires: Depalma
- Halperin, I. (1993). *Lecciones de Seguros*. Buenos Aires: Depalma.
- Halperin, I. (2003). *Seguros. Exposición crítica de las Leyes nº 17.418, 20.091 y 22.400* (edición actualizada por Nicolás H. Barbato). Buenos Aires: Depalma.
- Hart, D. (1988). Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato. En *Barcelona, Hart, Muckenberger: la formación del jurista* (3a ed.). Madrid: Cuadernos Civitas.
- Hart, H. L. A. (1963). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hattenhauer, H. (1987). *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Barcelona: Ariel.

- Hernández Gomez, J. R. (2010). *Tratado de derecho Constitucional*. Colombia: Editorial Ariadna.
- Hernandez, L. (4 de abril de 2012). La situación jurídica [Artículo de blog]. Recuperado de <https://temasdederecho.wordpress.com/tag/emilio-berti/>
- Highton, E. I. (2015). Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *La Ley*, 79(143), 6-10.
- Irti, N. (1992). *La società civile-elementi per un analisi di diritto privato*. Italia: Giuffrè.
- Huber, C. A. (2011). Informe del grupo internacional de trabajo de seguro automotor. *La Ley*, 12(7), 279-312.
- Illescas, R. (2014). Principios fundamentales del contrato de seguro. *Revista española de seguros: publicación doctrinal de derecho y economía de los seguros privados*, 157, 7-20.
- Irrera, F. G. (1996). *La protección del consumidor en el sistema del MERCOSUR*. Buenos Aires: Universidad de Belgrano.
- Itzigsohn de Fischuan, M. E. (1969). Seguros. En *Enciclopedia Jurídica Omeba* (tomo 25). Buenos Aires: Bibliográfica Argentina.
- Japaze, B. (2009). El deber de información. En Dante D. Rusconi (coord.). *Manual de Derecho del Consumidor* (pp. 187-224). Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Lambert-Faivre, Y. (2011). *Droit des assurances* (13a ed.). París: Dalloz.
- Lambert-Faivre, Y. (2000). *Droit du dommage corporel- Systèmes d'indemnisation*. París: Dalloz.
- León, L. (1993). *Debate de la Ley de Defensa del consumidor*. Recuperado de <http://historiaydoctrinadelaucr.blogspot.de/2014/06/luis-leon-debate-de-la-ley-de-defensa.html>
- Liedtke, P. M. (mayo, 2007). *Desafíos de la actividad aseguradora internacional*.

*En presentación 3er Seminario Latinoamericano de Seguros y Reaseguros.*  
Buenos Aires, Argentina.

Lima Marques, C. (2002). A protecao do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral. En *Cursos de derecho internacional*, Serie temática (vol. I (Parte 2)): *el Derecho Internacional privado en las Américas (1974-2000)*. Washington, Comité Jurídico Interamericano-Secretaría General, OEA 2002.

Linde Paniagua, E. (1977). *Derecho público de seguros*. Madrid: Montecorvo S.A.

Lisoprawski, S. (2007). Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica. *La Ley*, 2007(C), 1092.

Lopez Herrera, E. (2005). *Manual de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

López, M. J. y Waddell, J. E. (2007). *Nueva historia del ferrocarril en la Argentina: 150 años de política ferroviaria*. Universidad de Michigan: Lumiere.

López Saavedra, D. M. (2010). El plazo de prescripción en el contrato de seguro y la preeminencia de la Ley de Seguros sobre la Ley de Defensa del Consumidor. *RCyS*, nº 4, 95.

Lopez Saavedra, D. M. (septiembre, 2011). El contrato de seguros frente a la legislación de Defensa del Consumidor. En *ponencia presentada en La protección jurídica del asegurado: nuevas perspectivas de la problemática*, Buenos Aires.

Lopez Zavalía, F. (1971). *Teoría General de los Contratos. Parte General*. Buenos Aires: Zavalía.

Lorenzetti, R. L. (1996). Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de Defensa del Consumidor. *Revista de Derecho Privado y Comunitario* (tomo 5, p. 171). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Lorenzetti, R. L. (2006). *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

- Lorenzetti, R. L. (2008). *Teoría del derecho ambiental*. Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzetti, R. L. (2012). *Fundamentos. Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzetti, R. L. (2015). *Entra en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación*. *La Ley*, 79(143), 1-5.
- Lowenrosen, I. (2011). *Acciones del consumidor. Nociones Generales*. Recuperado de [http://revista.cpacf.org.ar/Revista001/index.php?option=com\\_content&view=article&id=56:instituto-derecho-del-usuario-y-del-consumidor&catid=38:revista1](http://revista.cpacf.org.ar/Revista001/index.php?option=com_content&view=article&id=56:instituto-derecho-del-usuario-y-del-consumidor&catid=38:revista1)
- Maurino, G., Nino, E. y Sigal, M. (2005). *Acciones Colectivas*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Marías, J. (1991). La visión de la historia. *Revista ABC*. Recuperado de <http://hemeroteca.sevilla.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/sevilla/abc.sevilla/1991/03/08/003.html>
- Margadant, G. F. (1970). *El Derecho Privado Romano*. México: Esfinge.
- Marienhoff, M. S. (1998). *Tratado de derecho administrativo* (4a ed., tomo III). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Mazeaud, H. L. y Tunc, A. (1962). *Tratado de responsabilidad civil*. (trad. Alcalá Zamora y Castillo, tomo I). Buenos Aires: Ejea.
- Mendieta y Nuñez, L. (1967). *Derecho Social*. México: Porrúa.
- Menéndez, A. (1983). *Comentarios de la ley de contratos de seguros (preliminar artículos 1 al 4)*. Madrid: Cunef.
- Moderne, F. y Marcod, G. (2001). *L' idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*. Paris: L'Harmattan.
- Morandi, J. C. (1971). *Estudios de Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Ediciones Pannedille.

- Morello, A. C. (1987). El conocimiento de los derechos como presupuesto de la participación (El derecho a la información y la realidad social). Buenos Aires: El Derecho.
- Moreno Rodriguez, J. A. (1999). *Cláusulas abusivas en los contratos*. Asunción: Editorial Intercontinental.
- Mosset Iturraspe, J. (1994). Consumidores. *Revista de derecho privado y comunitario*, 5. Dirección Alegría y Mosset. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. y Piedecabras, M. J. (2009). *Accidentes de tránsito*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J y Rosatti H. (1995). *Derecho de tránsito*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Nunzio Santi Di Paola (2011). *Il contratto di assicurazione*. Italia: Giuffrè Editore.
- Operti Badán Didier (1995). *Solución de controversias en el MERCOSUR. Aspectos de Derecho Internacional Privado*, en El MERCOSUR después de Ouro Preto. Aspectos Jurídicos, Serie Congresos y Conferencias nº 11, UCUDAL.
- Orozco Pardo, G. y Pérez Serrabona González (2005). *Sobre la unificación del derecho privado en materia de obligaciones y contratos; a propósito de la ley concursal. Estudio sobre la Ley Concursal*. Madrid: Marcial Pons.
- Ovalle Favela, J. (2001). *Derechos del consumidor* (1a ed.). México: UNAM.
- Padilla, R. (1996). *Responsabilidad civil por mora*. Buenos Aires: Astrea.
- Pardo Gato, J. R. (2004). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (análisis legislativo y jurisprudencial)*. Madrid: Difusa.
- Partesotti, G. (1967). *La polizza stimata*. Padova: Società tipografica editrice modenese Mucchi.

- Pedemonte, G. C. (1930). *Ensayo Histórico acerca del Seguro en la Argentina hasta 1898*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Cochabamba.
- Pedemonte, G. C. (1968). *Elementos de la Cultura Aseguradora*. Buenos Aires: INDEX.
- Pedemonte, G. C. (1973). *Belgrano y los Orígenes del Seguro en Argentina*. Buenos Aires: Cuadernos del Inder.
- Peña, J. (1998). *Legislación sobre transporte terrestre*. Asunción: Intercontinental.
- Perez Bustamante, L. (2004). *Derecho Social de consumo*. Buenos Aires: La Ley.
- Perriau, E. J. (2007). Límites a la aplicación de oficio de la Ley de Defensa del Consumidor. *La Ley*, 2007-F, 48.
- Piechocki, J. (2007). *Nueve de cada diez pasajeros de transporte público no está cubierto por las empresas aseguradoras*. Recuperado de <http://periodismodeinvestigacion.wordpress.com/2007/07/19/nueve-de-cada-diez-pasajeros-de-transporte-publico-no-esta-cubierto-por-las-empresas-aseguradoras/>
- Pisani, O. (2007). El acreedor concursal involuntario. En *ponencia presentada al XLVI Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires*. Bahía Blanca, 6 y 7 de diciembre de 2007.
- Pizarro, D. (1996). *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Rocca.
- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado-Obligaciones* (tomo II). Buenos Aires: Hammurabi.
- Polinsky, M. (2003). *An introduction to Law and Economics* (3a ed.). New York: Aspen.
- Popper, K. (1971). *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos.
- Prosser, W y Keeton P. W. (1984). *The Law of Torts*. Minnesota: West Publishing Co.
- Ragazzini, G. y Ragazzini M. (1995). *Breve Storia dell'usura*. Bologna: CLUEB

- Ritto, G. (2014). Reflexiones relativas a la responsabilidad del Estado en la reforma del Código Civil con las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional. La remisión a los principios del derecho administrativo nacional o local. *Revista Urbe et ius*, 1(12).
- Rives Seva, J. M. (2009). *Responsabilidad civil derivada del hecho de la circulación automotor*. Madrid: La Ley.
- Roitman, H. (1973). *El seguro de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lerner.
- Rojo, A. (2006). Los acreedores involuntarios. *Conferencia ante el VI Congreso Argentino de Derecho Concursal*. Rosario, Septiembre 2006.
- Rothbard, M. N. (1962). *Man, Economy and State*. New Jersey: D. Van Nostrand Co.
- Rouillon, A. A. N. (octubre, 2000). Introducción al sistema concursal de la República Argentina. *Ponencia en Latin American and Caribbean Insolvency Workshop*. México D. F. Recuperado de <http://siteresources.worldbank.org/GILD/ConferenceMaterial/20153810/Argentina%20-%20Rouillon.pdf>
- Roujou de Boubée, M. E. (1974). *Essaisur la notion de réparation*. París: Editorial Librairie Générale de Droit et de jurisprudence.
- Ruiz Rueda, L. (1978). *El contrato de seguro*. México: Porrúa.
- Rusconi, D. (2008). La noción de “consumidor” en la nueva Ley de Defensa del Consumidor. *Número Especial Régimen de Defensa del Consumidor-Análisis de su reforma*, J.A. 2008-II, p.15.
- Rusconi D. (Coor.) (2009). *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Rousseau, J. J. (2014). *El contrato social*. Madrid: Losada
- Sagarna, F. A: (1997). *Responsabilidad civil por el transporte terrestre de personas*.

Buenos Aires: Depalma.

Sandoval Shaik, D. A. (2013). *Las condiciones generales del contrato de seguros y su control interno e internacional* (Tesis de doctorado). Recuperado de <http://eprints.ucm.es/23731/1/T34977.pdf>

Sánchez Calero, F. (1999). Ley de contrato de seguro. En *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*. Madrid: Editorial Aranzadi.

Sánchez Flores, O. G. (2000). *La institución del seguro en México*. México: Porrúa.

Santarelli, F. G. (2009). *Artículo 4°- Información*. En S. Picasso y R. Vazquez Ferreyra (Dirs.). *Ley de Defensa del Consumidor* (pp. 63-73). Buenos Aires: La Ley.

Schvartz, L. (2003). *Haciendo balance. Algunos fallos trascendentes en materia de consumidor*. Recuperado de <http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina-detalle-tc.asp?archivo=nt031222.asp&pie=DC351%3Cbr%3E&direc=2>

Serrano Ferrer, E. (2007). *Motivación de Conceptos Jurídicos Indeterminados: o es Interés Público o es Autonomía Local*. Recuperado de: <http://administracionpublica.com/motivacion-de-conceptos-juridicos-indeterminados-o-es-interes-publico-o-es-autonomia-local/>

Sequeira, M. (1984). Defensa del consumidor y derecho constitucional económico. *Revista española de derecho constitucional*, 4(10), 91-121.

Shahak, I. (1994). *Historia Judía, Religión Judía: El Peso de Tres Mil Años*. Boulder: Pluto Press.

Soto, H. (2012). *Seguros y defensa del consumidor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Starck, B., Roland, H. y Boyer, L. (1986). *Droit civil. Obligations* (tomo 2) Paris: Litec.

Steinfeld, E. R. (2003). *Estudios de Derecho de Seguros*. Buenos Aires: Ábaco.

Stiglitz, J. E. (2012). *The price of Inequality: How Today's Divided Society Endangers Our Future*. EEUU: W.W. Norton & Company Editorial.

- Stiglitz, G. (2015). *Derecho del consumidor en el nuevo Código Civil*. Recuperado de <http://www.eldia.com/opinion/derecho-del-consumidor-en-el-nuevo-codigo-civil-71661>
- Stiglitz, R. y Stiglitz, G. (1992). *Responsabilidad Precontractual incumplimiento del deber de información*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Stiglitz, R. S. y Compiani, M. F. (2004). *La prescripción del contrato de seguro y la Ley de Defensa del Consumidor*, LL, 2004-B-1231.
- Stiglitz, R. S. (2004). Inconstitucionalidad del régimen normativo que regula el seguro obligatorio automotor. En *La Ley. Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* (tomo III, 1649).
- Stiglitz, R. S. (2010). *Temas de Derecho de Seguros*. Bogotá: Editorial Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Stiglitz, R. (2012). Sobre las observaciones del Poder Ejecutivo Nacional al Anteproyecto. *Ponencia presentada en la Audiencia Pública del 13/09/2012, en el Rectorado de la Universidad Nacional de la Plata, ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación*.
- Szafir, D. (1998). *El consumidor en el derecho comunitario*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Traverso, A. E. (2012). La maldita franquicia del contrato de seguro en el transporte público de pasajeros. En *El Derecho*, 50(248), 1-16.
- Trigo Represas, F. A. y Lopez Mesa, M. J. (2004). *Tratado de responsabilidad civil. El Derecho de Daños en la actualidad: teoría y práctica*. Buenos Aires: La Ley.
- Urbina, P. A. (2009). El acceso a la medicina prepaga en Argentina y el MERCOSUR, perspectivas del derecho privado ante las exigencias sociales y económicas del nuevo milenio (Tesis de Doctorado). Recuperada de <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/handle/123456789/61>

- Vacas Medina, L. (1984). *Crítica a los procesos concursales vigentes*. BIMJ n° 1344. Recuperado de [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344060401?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachmen%3B+filename%3D1984\\_1345.pdf&blobheadervalue2=1288776696124](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344060401?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachmen%3B+filename%3D1984_1345.pdf&blobheadervalue2=1288776696124)
- Valmaña Ochaíta, M. (2006). *La Responsabilidad civil derivada del folleto informativo en las ofertas públicas de suscripción y venta de acciones*. Madrid: La Ley.
- Van Olst, R. (1962). Apéndice en *Shaping the World Economy: Suggestions for an International Economic Policy*. By J. Tinbergen. New York: Twentieth Century Fund.
- Varangot, C. J. (1952). *Tratado del transporte*. Buenos Aires: Emilio Perrot.
- Vázquez del Mercado, O. (1989). *Contratos Mercantiles*. México: Porrúa.
- Vázquez Ferreyra, R. A. (1988). *La Obligación de Seguridad en la Responsabilidad Civil y Ley de Contrato de Trabajo*. Rosario: Vélez Sarsfield.
- Vázquez Ferreira, R. y Romera, O. (1994). *Protección y Defensa del Consumidor. Ley 24.240*. Buenos Aires: Depalma.
- Veiga Copo, A. B. (2009). *Tratado del Contrato de Seguro*. Madrid: Thomson Reuter.
- Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Ventura, D. (2005). *Las asimetrías entre el Mercosur y la Unión Europea*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V.
- Vicent Chuliá, F. (1979). El contenido de nuestras instituciones concursales y las actuales perspectivas de reforma. *RJC*, 3, 171.
- Vigo, R. (1999). *Orden público y orden público jurídico*. Interpretación Jurídica. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Vilá, N. A. (2012). *Algunas breves referencias históricas al negocio del reaseguro en la*

Argentina. Recuperado de <http://www.elseguroenaccion.com.ar/wp/?p=1748>

Villar Palasí, J. L. (1981). Concesiones administrativas. En *Nueva Enciclopedia Jurídica* (tomo 4). Barcelona: Seix.

Wajntraub, J. (2004). *Protección jurídica del consumidor. Ley 24.240 y su reglamentación*. Buenos Aires: LexisNexis-Depalma.

Wajntraub, J. (2008). La Noción de Consumidor tras la Reforma de la Ley 24.240. En R. Vázquez Ferreyra (Coord.). *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.

Warin, P. (1997). "*Usagers et réformes des service public*" en *Quelle modernisation des services publics*. Paris: La découverte.

Weingarten, C. (2007). *Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Universidad.

Yagüez, R. (1994). *Estudios sobre el derecho del consumo*. Bilbao: Iberdrola.

Young, W. F. (1967). *Insurance. Cases and Materials*. EEUU: Foundation Press.

Zannoni, E. (1994). Responsabilidad por daños y protección del consumidor. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5. Alegria H., Mosset Iturraspe (dir.). Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni.

Zavala de González, M. (1999). Comentario al art. 1067. En *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Buenos Aires: Hammurabi.

Zentner, D. H. (2010). *Contrato de consumo*. Buenos Aires: La Ley.

## 11.2 Fuentes de información

Augusto Cançado Trindade, Voto razonado frente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa *Blanco Romero y otros v.*

*Venezuela.*

Cámara Argentina de Comercio (2014). Proyectos de ley sobre la regulación de las relaciones de producción y consumo, la creación del observatorio de precios y disponibilidad de insumos, bienes y servicios y el establecimiento de la justicia federal y nacional en las relaciones del consumo. Recuperado de [http://www.cac.com.ar/documentos/58\\_CAC\\_LeyAb.pdf](http://www.cac.com.ar/documentos/58_CAC_LeyAb.pdf)

Carta de la OEA. Recuperado de [www.oas.org/dil/esp/](http://www.oas.org/dil/esp/)

Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas (2001). INDEC. Recuperado de [http://www.indec.gov.ar/micro\\_sitios/webcenso/censo2001s2/ampliadaindex.Aspx?mode=01](http://www.indec.gov.ar/micro_sitios/webcenso/censo2001s2/ampliadaindex.Aspx?mode=01)

CACiv. y Com. de Lomas de Zamora. Sala I. "Barrios, Miguel Ángel y otro c/ Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otros. s/ Daños y Perjuicios". Recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/barrios-metropolitanos-roca-perjuicios-244088426>

CACiv. y Com. de Mar del Plata. Sala II. "Machinandiarena, Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares". Recuperado de <http://www.iprofesional.com/notas/82987-Fallo-Machinandiarena-Hernandez-Nicols-c-Telefnica-de-Argentina-s-reclamo-contra-actos-de-particulares>

CApel Concepción del Uruguay, Civil y Com., 4/6/2010, "De la Cruz, Mariano Ramón c./ Renault Argentina S.A. y otra". Recuperado de <http://diariojudicial.com/documentos/adjuntos/DJArchadjunto18146.pdf>

CNCiv. Sa. E., 26/5/2008, "Del Águila c/ Expreso General Sarmiento". Recuperado de <http://cporesolucionesjudiciales.blogspot.de/2012/08/fallos-plenarios-y-doctrina-de-la-corte.html>

CNCiv. Sa. F, 25/4/79, "Varela c/Veron", LL, XL 2329. Recuperado de <http://aldiaargentina.microjuris.com/>

CNCiv. Sa. H, 9/5/2011, "G., D. E. F. vs. Velázquez Sosa, José Osmar y otros s./

Daños y perjuicios". Recuperado de <http://valeriabartfai.fullblog.com.ar/danos-y-perjuicios-transporte-publico-de-pasajeros-lesionesrubros-i.html>

CNCiv. Sa. M, 4/2/2011, "De Marco, Nicolás c/ Línea 71 S. A. y otro s/ daños y perjuicios". Recuperado de <http://drdiasdesa.blogspot.com.ar/2011/05/422011-cnciv-sala-m-de-marco-nicolas-c.html>

CNCiv. Plenario, 12/3/2012, "Saez González, Julia del Carmen c/ Astrada, Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o Muerte)". Recuperado de <http://www.diariojudicial.com/documentos/2012-Marzo/documento.pdf>

CN Com. Sa. A, 21/11/2010, "Artemis Construcciones S.A. C/ Diyón S.A. Y ot.". Recuperado de <http://ar.vlex.com/tags/artemis-construcciones-con-diyon-155958>

CN Com. Sa. A, 18/10/2013, "Espinosa Marta Roxana c/ HSBC La Buenos Aires Seguros S.A. s/ ordinario". Recuperado de <http://aldiaargentina.microjuris.com/2014/03/20/plazo-de-prescripcion-prevalece-lo-establecido-por-la-ley-de-seguros-ante-la-ley-de-defensa-del-consumidor-por-ser-la-norma-especifica/>

CN Com. Sa. C, 7/3/2008, "T. R. A. c/Compañía Royal & Sun Alliance Seguros s/ ordinario". Recuperado de [http://newsmaker4.com.ar/clientes/tiemposdeseguros/tiempodese seguros/web/ver\\_nota.php?id\\_noticia=63046&e=4386&id\\_edicion=4386&news=134&cli=110&accion=ampliar](http://newsmaker4.com.ar/clientes/tiemposdeseguros/tiempodese seguros/web/ver_nota.php?id_noticia=63046&e=4386&id_edicion=4386&news=134&cli=110&accion=ampliar)

CN en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV, 9/8/2001, "Paredes Andrés S. c/ Ferrocarriles Metropolitanos SA s/ contrato administrativo". Recuperado de [http://noticias.elderecho.com.ar/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=102](http://noticias.elderecho.com.ar/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=102)

Código Aeronáutico. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/200024999/24963/texact.htm>

Código Civil Argentino. Recuperado de  
<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109481/texact.htm>

Código Civil de Paraguay. Recuperado de  
[http://www.portalguarani.com/detalles\\_museos\\_otras\\_obras.php?id=27&id\\_obras=1559&id\\_otras=242](http://www.portalguarani.com/detalles_museos_otras_obras.php?id=27&id_obras=1559&id_otras=242)

Código de Comercio Argentino. Recuperado de  
<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000109999/109500/texact.htm>

Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.infojus.gob.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>

Código de Defensa do Consumidor. Brasil. Lei Nº 8.078. Recuperado de  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de  
<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/1500019999/16547/texact.htm#5>

Convención sobre los derechos del niño. Recuperado de  
[http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNcdn.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNcdn.pdf)

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperado de  
[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

Convenio 173 sobre Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo (LXXIX Reunión, 1992). Ratificado por Ley n°. 24.285. Recuperado de  
<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/691/norma.htm>

CIDH “Ximenes Lopes vs. Brasil” (4/7/2006). Recuperado de

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_149\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)

CSJN “Complejo Textil Bernalesa S.R.L. s/ quiebra” (2/4/85). Recuperado de [http://www.infojus.gob.ar/jurisprudencia/FA85000045-SUA0000225-complejo\\_quiebra-federal-1985.htm](http://www.infojus.gob.ar/jurisprudencia/FA85000045-SUA0000225-complejo_quiebra-federal-1985.htm)

“Empresa Bartolomé Mitre s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito (González Nélica C. y otro)” (04/06/2013). Recuperado de <http://www.adelaprat.com/2014/02/la-corte-suprema-reitera-la-doctrina-de-la-ponibilidad-de-la-franquicia-del-contrato-de-seguro-de-responsabilidad-civil-al-tercero-damnificado-en-un-accidente-de-transito-de-transporte-publico-de-pas/>

“Ferreyra, Víctor D. y otro c/ VICOV. S.A. S/ daños y perjuicios” (21/3/2006). Recuperado de <http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-f/caso-Ferrero%20Cesar-Ferreyra,%20Victor%20D.%20y%20otro%20v.%20VICOV.%20S.htm>

“Gauna, Agustín y su acumulado c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro” (04/03/2008). Recuperado de <http://www.adelaprat.com/2014/02/la-corte-suprema-reitera-la-doctrina-de-la-ponibilidad-de-la-franquicia-del-contrato-de-seguro-de-responsabilidad-civil-al-tercero-damnificado-en-un-accidente-de-transito-de-transporte-publico-de-pas/>

“Mosca Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (6/3/2007). Recuperado de <http://www.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.domethod=verDocumentos&id=615849>

“Nieto Nicolasa Del Valle c/ La Cabaña S.A. y Otros s/ daños y perjuicios (Acc. trá. c/ les. o muerte)” (06/09/2011). Recuperado de [http://www.infojus.gob.ar/jurisprudencia/FA11000112-SUA0072131-nieto\\_la\\_danos-federal-2011.htm;jsessionid=1qoat30li3l2drgca4lm40n06?0-1.IBehaviorListener.0-sugerencias~panel](http://www.infojus.gob.ar/jurisprudencia/FA11000112-SUA0072131-nieto_la_danos-federal-2011.htm;jsessionid=1qoat30li3l2drgca4lm40n06?0-1.IBehaviorListener.0-sugerencias~panel)

“Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. y Otros” (04/03/2008). Recuperado de <http://www.iprofesional.com/notas/63815-Fallo->

Obarrio-Mara-Pa-c-Micromnibus-Norte-SA-y-otros

“Villarreal, Daniel Alberto c/ Fernández, Andrés Alejandro” (04/03/2008).  
Recuperado de <http://www.iprofesional.com/notas/62964-Fallo-Villarreal-Daniel-Alberto-c-Fernandez-Andrs-Alejandro>

Constitución Nacional Argentina. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Consulta de cuantificación del daño. Poder Judicial de la Nación. Recuperado de <http://consultas.pjn.gov.ar/cuantificacion/civil/>

Cumbre Anual del International Transport Forum. 2/6/2015. Recuperado de <http://www.internationaltransportforum.org/>

Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Decreto 108295. Recuperado de <http://www.boletinoficial.gov.ar/DisplayPdf.aspx?s=01&f=19710726>

Decreto 692/92. Reglamento Nacional de tránsito y transporte. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/8720/norma.htm>

Decreto 2089/93. Promulgación de la Ley de Defensa del Consumidor. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=ABA1ABDF87846E76A35B1F7ADC467C5F?id=17723>

Decreto 24.203/93. Día del Seguro. Recuperado de <http://www.me.gov.ar/efeme/?dia=21&mes=10>

Decreto 656/94. Autotransporte público de pasajeros. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16109/norma.htm>

Decreto reglamentario n°. 1798/94. Reglamentación de la Ley N° 24.240. Recuperado

de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/13734/texact>.

Decreto 808/95. Transporte Automotor de Pasajeros. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30233/norma.htm>

Decreto 260/97. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42335/texact.htm>

Decreto reglamentario 1558/01. Protección de datos personales. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/7000074999/70368/norma.htm>

Decreto 565/2008 vetando el artículo 32 de la Ley Nº 26.361 . Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139253/norma.htm>

Decreto con rango, valor y fuerza de Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios n° 6.092/2008. Venezuela. Recuperado de <http://images.eluniversal.com//2008/08/04/leyh16.pdf>

Decreto 84/2009. Implementación del SUBE. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000154999/150105/texact.htm>

Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de <http://www.rae.es/>

Diccionario MAPFRE de Seguros. Recuperado de <http://www.mapfre.es/wdiccionario/>

Dirección general de seguros de España. Recuperaod de <http://www.dgsfp.mineco.es/>

Directiva 93/13/CEE. Recuperado de [http://europa.eu/legislation\\_summaries/consumers/protection\\_of\\_consumers](http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers)

Directivas del Mercosur 1/95, 17/96 y 18/96. Recuperado de <http://www.mercosur.int/show?contentid=528>

Documentos del Archivo de Belgrano, Volumen 2, Buenos Aires. Museo Mitre. Coni

hermanos, 1913.

Documentos referentes a la Guerra de la Independencia y emancipación política de la República Argentina y de otras Secciones de América a que cooperó desde 1810 a 1828, t. 1, Buenos Aires: AGN.

Estadística Anual de Inscripciones Iniciales Nacionales e Importadas por Provincia. Recuperado de [www.dnrpa.gov.ar/portal\\_dnrpa/estadisticas/rrss\\_tramites/tram\\_pr](http://www.dnrpa.gov.ar/portal_dnrpa/estadisticas/rrss_tramites/tram_pr)

Estadísticas de la Dirección Nacional del Observatorio Vial. Recupero de <http://observatoriovial.seguridadvial.gov.ar/informes-estadisticos.php?sel=1>

Eurobarometer. Consumer Protection in the Internal Market (2006). Recuperado de [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs252\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs252_en.pdf)

Fundación MAPFRE. Recuperado de <http://www.mapfre.com/museoseg/es/estaticos/contenido.cmdpagina=estaticos/presentacion>

Historia del colectivo argentino. Recuperado de <http://www.cienaniosdeturismo.gov.ar/uploads/203%20boletines%20Historia%20del%20Colectivo.pdf>

Informe Jackpot Justice: The True Cost of America's Tort System (2007). Recuperado de <http://heartland.org/policy-documents/jackpot-justice-true-cost-americas-tort-system>

Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial de la Organización Mundial de la Salud (2009). Recuperado de: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2009/es/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2009/es/)

Instituto Geográfico Argentino. Recuperado de <http://www.ign.gob.ar/>

JNCom., nº 20, "Instituto Médico Antártida quiebra s/ incidente de verificación (Ricardo Abel Fava y de Liliana Rosa Harreguy de Fava)", 24/05/2007. *La Ley*, 2007(E), 552.

Las siete partidas del Sabio Rey Alfonso X (1893). Catalunya: León Amarita.

Ley de Defensa del consumidor y del usuario de Paraguay n° 1.334. Recuperado de <http://www.bacn.gov.py/ODk3&ley-n-1334>

Ley n°. 12.346. Creando la Comisión Nacional de Coordinación de Transportes. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37014/norma.htm>

Ley Creando el Instituto Mixto de Reaseguros n° 12.998. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/3000034999/32014/norma.ht>

Ley n° 14.152. Creación del Instituto Nacional de Reaseguros. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/76063/norma.htm>

Ley Nacional de Abastecimiento n° 16.454. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=C83926C24987EB0B6A117F8DD6F934F8?id=196324>

Ley de Defensa del Consumidor de Uruguay n° 17.250. Recuperado de <http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=>

Ley de Seguros n° 17.418. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/39520/norma.htm>

Ley de entidades de seguro y su control n° 20.091, modificada por decreto 558/2002. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/20965/norma.htm>

Ley de Contrato de Trabajo n°. 20.774. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm>

Ley de Productores Asesores n° 22.400. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/2000024999/20968/norma.ht>

Ley de Lealtad Comercial n° 22.802. Recuperado de

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19946/texact.htm>

Ley n° 23.184. Régimen penal y contravencional para la violencia en espectáculos deportivos. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26207/norma.htm>

Ley n° 24.240. Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/norma.htm>

Ley n° 24.449 de Tránsito. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/818/texact.htm>

Ley n° 24.522 de Concursos y Quiebras. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>

Ley de Defensa de la competencia n° 25.156. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/6000064999/60016/texact.htm>

Ley de Protección de Datos Personales n° 25.326. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm>

Ley n° 26.122. Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/115000119999/118261/norma.ht>

Ley n° 26.361. Modificación de la Ley N° 24.240. Disposiciones complementarias. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139252/norma.htm>

Ley n° 26.363 creación de la Agencia Nacional de Seguridad Vial. Recuperada de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000144999/140098/norma.ht>

Ley n° 26.991 nueva regulación de las relaciones de producción y consumo. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=23>

Ley n° 26.993. Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235275/norma.htm>

Ley n° 26.994. Aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000239999/235975/norma.htm>

Ley n° 27.077. Vigencia Ley 26.994. Modificación. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=239773>

Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (2014). Nueva ley de defensa del consumidor. Recuperado de <http://www.mecon.gov.ar/nueva-ley-de-defensa-del-consumidor/>

Pacto actio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Recuperado de <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>

Proyecto de ley S.-2.089/08. Recuperado de [http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om\\_isapi.dll?clientID=3364290&advquery=2089S08&infobase=dae.nfo&record=%7B8534%7D&recordswithhits=on&softpage=Document42](http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=3364290&advquery=2089S08&infobase=dae.nfo&record=%7B8534%7D&recordswithhits=on&softpage=Document42)

Recomendación 180 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 180). Recuperado de [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/fp=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312518](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/fp=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312518)

Resolución n° 21.523/92 de la SSN. Reglamento Gral. de la actividad aseguradora (reglamenta a la Ley 20.091). Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/24924/texact.htm>

Resoluciones 124/96, 125/96, 126/96 y 127/96 del MERCOSUR. Recuperado de [http://www.mercosur.int/t\\_generic.jspcontentid=527&site=1&channel=secretaria](http://www.mercosur.int/t_generic.jspcontentid=527&site=1&channel=secretaria)

Resolución n° 25.429/97 de la SSN. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/4500049999/47217/norma.htm>

Resolución Conjunta 18/2002 y 84/2002. Sistema Integrado de Transporte Automotor. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/75102/norma.htm>

Resolución n° 26/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/85000-89999/87667/norma.htm>

Resolución n°. 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/84410/norma.htm>

Resolución 09/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/9000094999/92000/norma.htm>

Resolución n° 33.463/2008 de la SSN. Modificación del Reglamento de la Actividad Aseguradora, en lo pertinente al "Contenido de Pólizas". Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=145133>

Resolucion n° 35.614/11 de la SSN. Reglamento general de la actividad aseguradora. Reglamentacion de los articulos 23 y 24 de la ley n° 20.091. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=179422>

Resolución n° 36.100/11 de la SSN. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/185000189999/187298/norma.htm>

Resolución 1535/2014 del Ministerio del Interior y Transporte de la Nación. Implementación de la SUBE a nivel nacional. Recuperado de <http://eco->

nomicas.com.ar/5519-resolucion-15352014-ministerio-del-interior-acta-acuerdo-para-la-implementacion-del-sistema-unico-de-boleto-electronico-aprobacion

Secretaría de Transporte de la Nación. Recuperado de <http://www.transporte.gov.ar/content/servicios-colectivos/>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Ac. y Sent. SCBA 1957-VI-440. Recuperado de <http://www.elseguroenaccion.com.ar/wp/?p=7590>

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

"Barrios, Miguel Ángel y otro contra Transportes Metropolitanos Gral. Roca S.A. y otros. Daños y Perjuicios", 3/11/2010, causa C. 104.106. Recuperado de <http://ar.vlex.com/vid/barrios-metropolitanos-roca-perjuicios-244088426>

"González, Feliciano c/ Microómnibus General San Martín s/incidente verificación tardía". Recuperado de <http://todoelderecho.com/newsearch2/search.pl?Realm=include-by-name&Match=1&Terms=jurisprudencia&Realm:pba=1&maxhits=10&Rank=1511>

"López, Elizabeth contra Aletto, Cecilia y otro. Daños y perjuicios", 18/5/2011, Ac. 2078 causa C. 92.790. Recuperado de [www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2011/05-18/c92790.doc](http://www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2011/05-18/c92790.doc)

Tratado de Westfalia (1684). Recuperado de <http://unilibreinternacional.blogspot.es/1332204124/capitulo-2-la-paz-de-westfalia/>

Tratados, Protocolos y acuerdos del MERCOSUR. Recuperado de <http://www.mercosur.int/>

Tratado de Roma (1957). Recuperado de [www.historiasiglo20.org/europa/traroma.htm](http://www.historiasiglo20.org/europa/traroma.htm)