

Análisis del Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor a la luz del derecho europeo: conceptos, principios y régimen de responsabilidad por daños

JORGE MORAIS CARVALHO (*) Y ARAYA ALICIA ESTANCONA PÉREZ (**)

I. Introducción

Desde el punto de vista del derecho europeo, la *Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos* —en adelante, *Directiva 85/374/CEE*—, será la que determine las bases sobre las que pivotaran las normas nacionales de cada Estado miembro en relación a la protección del consumidor en esta materia.

Por lo que respecta al régimen de responsabilidad civil, se presenta necesario destacar que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 20 noviembre de 2014, interpretó el art. 13 de la citada *Directiva 85/374/CEE* como la disposición normativa que otorga libertad a los Estados miembro para reglamentar su propio régimen de responsabilidad civil, dotando de una falta de armonización europea del régimen de responsabilidad por productos

defectuosos (1), a pesar de los esfuerzos realizados en otros ámbitos de protección del consumidor europeo (2).

Los fundamentos del Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor de 2018 nos recuerdan que la evolución del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos en el ordenamiento jurídico argentino trae causa del criterio de responsabilidad objetiva sustentado en el art. 1113 del Código Civil, introducido a través de la ley 17.711, de 22 de abril de 1968. Asimismo, la Ley de Defensa del Consumidor de 1993 introdujo expresamente la función preventiva de la responsabilidad civil y, a través de diversas reformas, fue perfilándose la responsabilidad solidaria por riesgo o vicio (ley 24.999), la indemnización por *daño directo* (ley 26.361) y la función punitiva del régimen de responsabilidad.

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nova de Lisboa. Investigador del CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Director del NOVA Consumer Lab.

(**) Profesora Dra. Derecho Civil, Universidad de Cantabria. Investigadora del CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade. Miembro fundador Sección Jóvenes Civilistas de la Asociación Ivs Civile Salmanticense.

(1) La Directiva no ha querido imponer un único régimen de responsabilidad, dejando que ello sea determinado a través de las normas nacionales. PARRA LUCÁN, M. A., “La compatibilidad de la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos y los regímenes de responsabilidad especiales ‘existentes’ en el momento de su notificación”, en *Centro de Estudios de Consumo*, nro. 13, 2015, p. 140.

(2) VÁZQUEZ DE CASTRO, E., “El consumidor ante el predisponente en la contratación seriada. Aproximación desde el Derecho europeo y español”, en *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Jorge Tomillo Urbina (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, ps. 649-650.

No queremos pasar por alto que el Anteproyecto argentino reserva la reglamentación sobre “Daños al consumidor” para aquellos daños producidos por productos y servicios defectuosos, eliminándose un tratamiento específico para los servicios de transporte (3). Esta exclusión, por estimar *que no se justifica en el marco de las relaciones de consumo*, resulta cuestionable desde el prisma europeo.

La reglamentación europea reserva específicamente el Reglamento (UE) nro. 181/2011, de 16 de febrero, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar para establecer las bases sobre las que pivotarán las legislaciones nacionales sobre responsabilidad civil en materia de transporte de pasajeros. No obstante, esto no se traduce en un desarrollo normativo específico en todas las legislaciones nacionales. Tenemos como ejemplo lo ocurrido en el ordenamiento jurídico español en el que, ante la carencia de una regulación específica, es de aplicación la regla general de responsabilidad civil contenida en el art. 1902 del Cód. Civil y su desarrollo jurisprudencial, que ha abogado por el desarrollo de un régimen de responsabilidad objetivada, no siempre homogéneo. Como ya se observó anteriormente (4), la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva contenida en el Texto Refundido Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante TRLGDCU) podría ser una solución a los inconvenientes derivados de dejar en manos de los tribunales la consideración de un régimen de responsabilidad u otro. Por ello, creemos que el legislador argentino ha podido desaprovechar la oportunidad de dotar de una reglamentación homogénea a la protección del pasajero de servicios de transporte como consumidor-usuario.

Sobre la base de esta aproximación al derecho europeo del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, desarrollaremos el aná-

lisis del articulado del reciente Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentina.

II. Conceptos de consumidor y de proveedor

La función principal de los conceptos de consumidor y proveedor es delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de los diversos sistemas jurídicos (5), cuestión que tiene un carácter mucho más político que técnico (6).

Dado que no existe un concepto único, ni a nivel nacional ni internacional, es necesario comprender en cada caso el ámbito subjetivo de aplicación de la ley en cuestión.

El Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor argentina define consumidor como “la persona humana o jurídica que adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” y proveedor como “la persona humana o jurídica, de naturaleza pública o privada, que actúa de modo profesional, aun ocasionalmente, desarrollando actividades de producción, prestación de servicios, montaje, creación material o intelectual, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, comercialización o transporte, destinadas a consumidores o usuarios”.

En el derecho europeo podemos encontrar diferentes definiciones de consumidor, pero las diferencias entre ellas no son muy significativas. Siguiendo la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, consumidor es “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” y comerciante “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus ins-

(3) La mención particular del transportista, se reconoce en los arts. 40 y 63 —para el transporte aéreo— de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor de 13 de octubre de 1993.

(4) ESTANCONA PÉREZ, A. A., *El transporte terrestre de pasajeros: contratación, responsabilidad y seguro*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, ps. 99 y ss.

(5) TENREIRO, Mário, “Un Code de la Consommation ou un Code Autour du Consommateur?”, in *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order - Recht und Diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung - Liber Amicorum Norbert Reich*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997, ps. 339-356.

(6) MORAIS CARVALHO, J., *Manual de Direito do Consumo*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 25.

trucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva”.

Agrupando los dos conceptos, la definición de consumidor puede ser analizada con referencia a cuatro elementos: elemento subjetivo, elemento objetivo, elemento teleológico y elemento relacional (7).

En cuanto al elemento subjetivo, se puede concluir que hay una diferencia significativa entre el Anteproyecto y el derecho europeo. Mientras que en el derecho europeo solo la persona humana puede ser calificada de consumidor, en el Anteproyecto se prevé que también las personas jurídicas pueden ser consumidoras. La cuestión es muy debatida en algunos países europeos (8), pero no hay duda de que las directivas europeas consideran al consumidor como una persona física.

El elemento objetivo tiene un alcance significativo en el Anteproyecto (“adquiere, de modo gratuito u oneroso, bienes o servicios”), que parece abarcar cualquier relación contractual establecida entre las partes. En el derecho europeo, la fragmentación legislativa tiene como consecuencia que en cada norma el elemento objetivo sea diverso. En normas más generales, como la citada Directiva 2011/83/UE, el ámbito de aplicación parece restringirse a contratos de venta y de prestación de servicios, pero se impone una interpretación extensiva, cubriendo otros contratos.

Sin embargo, hay una diferencia significativa. La legislación europea en materia de consumo solo se aplica a contratos onerosos, mientras que el Anteproyecto apunta a una aplicación a los contratos gratuitos.

(7) FERREIRA DE ALMEIDA, C., *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 29.

(8) *Vid.* ley española 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que introduce la siguiente definición complementaria de consumidor como *las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

A este respecto, conviene hacer referencia a la cuestión del suministro de datos personales como contrapartida en los contratos celebrados con consumidores. Para responder a esta pregunta, el considerando 18 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, presentada en octubre de 2011, ya indicaba que “a menudo, los contenidos digitales no se suministran a cambio de un precio sino en combinación con bienes o servicios pagados por separado, lo que implica consideraciones no pecuniarias como, por ejemplo, el acceso a datos personales o el acceso gratuito en el contexto de una estrategia de marketing basada en la expectativa de que el consumidor adquirirá posteriormente contenidos digitales adicionales o más sofisticados. Habida cuenta de esta estructura de mercado específica y del hecho de que los defectos de los contenidos digitales suministrados pueden ir en contra de los intereses económicos de los consumidores, independientemente de las condiciones en las que se suministraron, la aplicabilidad de la normativa común de compraventa europea no debe depender de si se paga un precio o no por el contenido digital en cuestión”. En la misma línea, el art. 3-1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, de 9 de diciembre de 2015, estipula que “la presente Directiva se aplicará a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio *o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos*” (itálico nuestro). La calificación de los datos como contrapartida en la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales ha suscitado un gran debate y se pueden identificar tres críticas principales: (i) la compatibilidad de este régimen con el Reglamento General de Protección de Datos; (ii) la circunstancia de que puede verse afectada la naturaleza de derecho fundamental de la protección de datos; (iii) la legitimidad de un modelo de negocio (un mercado de datos personales) hostil a los principios de protección

de datos (9). Aunque entendamos estas críticas, creemos que el objetivo de lograr un mejor equilibrio en las relaciones con los consumidores requiere la aplicación de normas de protección del consumidor independientemente de que se pague o no un precio (10).

En cuanto al elemento teleológico, existe una diferencia muy significativa entre los dos objetos de comparación. Mientras que la legislación europea establece el criterio de finalidad no profesional (“actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión” – Directiva 2011/83/UE), el Anteproyecto utiliza el concepto más amplio de “destinatario final” (11), siguiendo la tradición del derecho del consumo en Argentina (12). Este concepto es utilizado en algunos otros derechos, como el angolano (13) o brasileño (14). En su interpretación, podemos encontrar dos corrientes principales en la doctrina y en la jurisprudencia (15): la doctrina finalista (interpretación

restringida del concepto, no pudiendo el objeto tener un uso profesional) (16), más próxima del derecho europeo (17), y la doctrina maximalista (interpretación amplia del concepto, pudiendo causar la retirada del bien del circuito de producción) (18).

(9) Para un análisis (crítico) de estos tres problemas y del debate suscitado en el proceso legislativo europeo, véase DRECHSLER, L., “Data as Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection? - A Data Protection Analysis of the Proposed Directive on Certain Aspects for the Supply of Digital Content”, 2018 - https://cris.vub.be/files/36462976/IRIS2017_DRAFT_Drechler_V3.pdf. En general, sobre la relación entre el derecho contractual y el derecho de protección de datos, v. DE FRANCESCHI, A., *La Circolazione dei Dati Personali tra Privacy e Contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.

(10) NARCISO, M., “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, nro. 5, 2017, ps. 198-206.

(11) DE ALMEIDA SOUZA, M., *A Política Legislativa do Consumidor no Direito Comparado*, 2ª edición, Nova Alvorada Edições, Belo Horizonte, 1996, p. 49.

(12) Art. 1º de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor.

(13) Art. 3º-1 de la Lei 15/03, de 22 de julho.

(14) Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.

(15) LIMA MARQUES, C., *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª edición, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, ps. 302 a 393; CAVALIERI FILHO, S., *Programa de Direito do Consumidor*, 4ª edición, Atlas, São Paulo, 2014, ps. 66 a 73; MORAES OLIVEIRA, J., *Curso: Direito do Consumidor Completo*, D’Plácido Editora, Belo Horizonte, 2014, ps. 95 a 106; HEINECK SCHMITT, C., *Consumidores Hipervulneráveis - A Proteção do Idoso no Mercado de Consumo*, Atlas, São Paulo, 2014, ps. 166 a 202.

(16) Derecho angolano: DE FREITAS RODRIGUES, R.C., *O Consumidor no Direito Angolano*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 62. Derecho argentino: RINESSI, A. J., *Relación de Consumo y Derechos del Consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 50; D. RUSCONI, D., “Nociones Fundamentales”, en *Manual de Derecho del Consumidor*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 115-186, p. 156; ARIZA, A., “Contratación Inmobiliaria y Defensa del Consumidor”, en *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 39-55, p. 43, n. 6; GHERSI, C. A. - WEINGARTEN, C., *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores*, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 52; BAROCELLI, Sebastián - VLADIMIR PACEVICIUS, I., “El Ámbito de Aplicación del Derecho del Consumidor ante el Nuevo Código Civil y Comercial”, en *Impactos del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y Perspectivas a la Luz de sus Principios*, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2016, ps. 60-89, p. 69. Derecho brasileño: LIMA MARQUES, C., HERMAN BENJAMIN, A., y MIRAGEM, B., *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 74; EDSON FACHIN, L., “Novo Código Civil Brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor: Um Approach de Suas Relações Jurídicas”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nro. 7, 2005, ps. 111-135, p. 118; PETRINI BELMONTE, C., *A Redução do Negócio Jurídico e a Proteção dos Consumidores - Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 104; PINHEIRO MARÇAL, S., “Definição Jurídica de Consumidor”, en *Revista do Advogado*, año XXVI, nro. 89 - 15 Anos de Vigência do Código de Defesa do Consumidor, 2006, ps. 107-113, p. 111; BRITO FILOMENO, J. G., *Manual de Direitos do Consumidor*, 14ª edición, Atlas, São Paulo, 2016, p. 25. MIRAGEM, B., *Curso de Direito do Consumidor*, 5ª edición, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 59, se refiere a una evolución de la doctrina finalista —el finalismo profundizado— teniendo en cuenta el concepto de consumidor por asimilación, en casos de vulnerabilidad reconocida.

(17) ROQUE A. KHOURI, P. R., *Direito do Consumidor - Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo*, 6ª edición, Atlas, São Paulo, 2013, p. 38.

(18) OSCAR ROSSI, J., “Derecho del Consumidor: Ámbito de Aplicación, Documento de Venta y Garantía Legal, a la Luz de la Reforma de la Ley 26.361”, en *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009, ps. 19-37, p. 23; MACHADO DE FREITAS, T., “A Extensão do Conceito de Consumidor em Face dos Diferentes Sistemas de Proteção Adotados por Brasil e Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, nro. 5, 2003, ps. 391-421, p. 405;

En Europa, el elemento teleológico excluye del concepto a toda persona física o jurídica que actúe en el ejercicio de una actividad profesional, independientemente de que tenga o no conocimientos específicos en relación con la empresa de que se trate.

Se incluyen también las personas físicas que, aunque tengan un conocimiento específico, actúen fuera del ámbito de una actividad profesional. Por ejemplo, un zapatero que va a una zapatería a comprar zapatos para uso diario es un consumidor en esa relación con la zapatería. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) apunta claramente en esta dirección (19).

Los conocimientos jurídicos derivados, en particular, del ejercicio de las profesiones de abogado tampoco impiden la cualificación como consumidor (20).

En algunos ámbitos, las empresas, y en particular las microempresas (21), han recibido el mismo trato que los consumidores a efectos de protección. Sin embargo, estas personas no están calificadas como consumidores por el derecho europeo.

El elemento relacional puede ser encontrado en el concepto de proveedor.

Contrariamente a lo que prevé el Anteproyecto, el hecho de que la actividad consista en el ejercicio de una profesión liberal es irrelevante para la aplicación del derecho del consumo europeo (22).

La identificación de la contraparte puede no ser siempre fácil, especialmente en los acuer-

dos de compra colectiva o en la llamada economía colaborativa (o de plataformas), que se extiende a sectores de actividad muy diversos, en los que el contrato se celebra en una aplicación y a menudo no está claro con quién se contrata. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, llamado a pronunciarse sobre esta cuestión, ha definido una serie de criterios que pueden utilizarse para decidir sobre un caso concreto, si bien ha observado que estos criterios no son exhaustivos ni exclusivos: i) si la venta en la plataforma en línea se llevó a cabo de forma organizada; ii) si la venta fue con ánimo de lucro; iii) si el vendedor dispone de información y conocimientos técnicos sobre los productos que se propone vender y que el consumidor no tiene necesariamente, de modo que se sitúe en una posición más ventajosa frente a él; iv) si el vendedor tiene un estatuto jurídico que le permita realizar actos comerciales y en qué medida la venta en línea está vinculada a la actividad comercial o profesional del vendedor; v) si el vendedor está sujeto al IVA; vi) si el vendedor, actuando en nombre o por cuenta de un determinado comerciante o a través de otra persona que actúe en su nombre o por cuenta de éste, ha recibido una remuneración o una participación en los beneficios; vii) si el vendedor compra bienes nuevos o usados para su reventa, con lo que la actividad es regular, frecuente o simultánea en relación con su actividad empresarial o profesional; viii) si todos los bienes en venta son del mismo tipo o valor, incluido el hecho de que la oferta se concentre en un número limitado de bienes (23). El cumplimiento de uno o más de los criterios puede bastar para concluir que estamos ante una relación de consumo, pero el cumplimiento de uno o más criterios no conduce necesariamente a tal conclusión. No obstante, debe concluirse que algunos criterios, como la compra para la reventa, apuntan más claramente hacia el ejercicio de una actividad profesional con este fin. Este problema se tiene en cuenta en las propuestas contenidas en el *New Deal para los consumidores*, pero es claramente insuficiente. En primer lugar, no existen criterios para determinar en qué casos una per-

TENREIRO, M., "Un Code de la Consommation ou un Code Autour du Consommateur?", cit., p. 346.

(19) Sentencias del TJUE, de 3/9/2015 (C-110/14, *Costea*), y de 25/1/2018 (C-498/16, *Schrems*).

(20) Sentencia del TJUE, de 3/9/2015 (C-110/14, *Costea*).

(21) DE CRISTOFARO, G., "Unfair Business-to-Microenterprise Commercial Practices: The Italian Solution in the European Context - The Extended Scope of Application of UCP Directive's Implementing Provisions", in *EuCML - Journal of European Consumer and Market Law*, nros. 1-2, 2015, ps. 20-29, p. 23.

(22) Sentencia del TJUE, de 15/1/2015 (C-537/13, *Šiba*).

(23) Sentencia del TJUE, de 4/10/2018 (C-107/17, *Kamenova*).

sona debe ser calificada como profesional (24). Por otra parte, se propone que la propia parte contratante indique a la plataforma si se trata o no de un profesional, lo cual es problemático, y que la plataforma esté casi totalmente libre de responsabilidad por la veracidad de la información proporcionada.

El concepto más amplio de proveedor previsto en el Anteproyecto puede solucionar este problema, considerándose la plataforma como proveedor incluso en el contrato celebrado entre las otras dos partes del triángulo.

Otra diferencia relevante en los conceptos de consumidor en el Anteproyecto y en el derecho europeo es la equiparación hecha en aquel de “quien, sin ser parte de una relación de consumo originaria, como consecuencia o en ocasión de ella utiliza bienes o servicios, de manera gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”. El derecho europeo no protege, en general, la persona que no es parte de la relación de consumo originaria. Sin embargo, hay algunas excepciones. Por ejemplo, la Directiva 85/374/CEE protege a cualquier perjudicado por daños causados por los defectos de los productos, sea o no un consumidor o el propietario del producto defectuoso.

III. Principios

El art. 5 del Anteproyecto enumera los principios fundamentales del sistema argentino de protección del consumidor. En esta sección se analizan brevemente tres de estos principios: vulnerabilidad estructural e hipervulnerabilidad; no regresión; orden público de protección.

III.1. Vulnerabilidad estructural e hipervulnerabilidad

Varios autores defienden la autonomía del derecho de los consumidores, justificándola sobre la base de que sus normas tienen por objeto proteger a la parte más débil (el consumidor), en paralelo con otras ramas del derecho, como el derecho laboral.

(24) TWIGG-FLESNER, C., “Bad Hand? The ‘New Deal’ for EU Consumers”, in *GPR - Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, vol. 15, nro. 4, 2018, ps. 166-175, p. 172.

Contrariamente a lo que ocurre en el derecho europeo, el derecho argentino, en línea con sus homólogos latinoamericanos, reconoce expresamente en la ley la vulnerabilidad del consumidor y ese es el punto de partida para la regulación de la materia.

El art. 5 del Anteproyecto empieza precisamente estableciendo que “se reconoce la vulnerabilidad estructural del consumidor”.

Además de Argentina, este aspecto es especialmente visible en Brasil, con referencia a un principio de vulnerabilidad, expresamente consagrado en el art. 4 del Código de Protección al Consumidor, que rige toda la legislación sobre consumo (25).

En la Unión Europea, si bien se garantiza un alto nivel de protección de los consumidores (art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), este objetivo va siempre acompañado de la protección del mercado. En el considerando (4) de la Directiva 2011/83/UE, como en muchas otras directivas, se prevé que la armonización del derecho europeo “es necesaria para promover un auténtico mercado interior para los consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de estos y la competitividad de las empresas”.

No obstante, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales, establece que deben ser especialmente protegidos los consumidores “especialmente vulnerables”, lo que parece remitir aunque indirectamente para que los demás consumidores sean vulnerables. Sin embargo, no puede decirse que corresponda a la orientación de la legislación europea. Precisamente, la Directiva 2005/29/CE es una de las más problemáticas en materia de protección de los consumidores, dada su vulnerabilidad. Se trata de una directiva de máxima armonización, que ha condu-

(25) MORAES OLIVEIRA, J., *Curso: Direito do Consumidor Completo*, cit., p. 58; DE MEDEIROS GARCIA, L., *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 13ª edição, Juspodivm, Salvador, 2017, p. 57. CATALAN, M., *O Direito do Consumidor em Movimento*, UnilaSalle Editora, Canoas, 2017, p. 98, destaca su fuerza normativa.

cido a una reducción del nivel de protección de los consumidores en algunos países europeos.

En el Anteproyecto se hace entonces una distinción entre consumidores, recurriendo al concepto de hipervulnerabilidad: “el sistema de protección del consumidor protege especialmente a colectivos sociales afectados por una vulnerabilidad agravada, derivada de circunstancias especiales, en particular, niñas, niños y adolescentes, personas mayores, enfermas o con discapacidad, entre otras”.

Como ya dijimos, también en el derecho europeo se prevé una protección especial para determinado colectivo más vulnerable. El art. 5-3 de la Directiva 2005/29/CE establece que “las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”.

En términos generales, una práctica comercial se considera desleal si se cumplen los cuatro requisitos siguientes: práctica comercial que no se ajusta a la diligencia profesional; práctica comercial que distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor. Por lo que respecta a este último requisito, es necesario definir el público destinatario del mensaje midiendo el carácter desleal de la práctica frente al miembro medio de ese grupo, a menos que dicho grupo esté compuesto en su totalidad por consumidores especialmente vulnerables, en cuyo caso se refuerza la protección y siempre se considera que la práctica es desleal.

Sin embargo, a diferencia de la legislación argentina, no existe un principio general de protección de los consumidores hipervulnerables en la legislación europea.

III.2. No regresión

En el art. 5-1 se establece que el Estado debe adoptar medidas relativas a los derechos de los consumidores “sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados”. O sea, el nivel de protección del consumidor no puede disminuir.

Este principio no está previsto en el derecho de la Unión Europea. Además de una clara “falta de aplicación práctica” (26) de las normas de derecho de los consumidores, el nivel de protección de los consumidores se ha estancado o incluso ha disminuido en los últimos años (27).

A nivel europeo, la tendencia hacia directivas de armonización máxima es un buen ejemplo de que la protección del mercado prevalece actualmente sobre la protección de los consumidores (28). Por ejemplo, al transponer la Directiva 2011/83/UE, Austria tuvo que derogar una norma que establecía que el plazo para ejercer el derecho de arrepentimiento sólo se contaba a partir del momento en que el consumidor recibía la primera factura (29).

Esto no impide que se apunte hacia un alto nivel de protección de los consumidores. En efecto, el art. 169 dispone que “para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguar-

(26) PAISANT, G., *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 257.

(27) MORAIS CARVALHO, J., *Manual de Direito do Consumo*, cit., p. 47.

(28) V. MORAIS CARVALHO, J., “La Protección de los Consumidores en la Unión Europea: ¿Mito o Realidad?”, in *Criterio Jurídico - Revista de la Pontificia Universidad Javeriana Cali*, vol. 6, 2006, ps. 243-266.

(29) LOOS, M., “Implementation of CRD (Almost) Completed, Harmonisation Achieved?”, in *euwr - Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht - Journal of European Consumer and Market Law*, Vol. 3, nro. 4, 2014, ps. 213-214, p. 214. PAISANT, G., *Défense et Illustration du Droit de la Consommation*, cit., ps. 93 e 94, menciona otros ejemplos de normas de directivas de armonización máxima que son menos favorables para el consumidor que el sistema nacional anterior, en particular con referencia a la legislación francesa.

dar sus intereses” (art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

III.3. Orden público de protección

En los términos del Anteproyecto, “el sistema de protección del consumidor es de orden público”, por lo que “no es válida la renuncia anticipada de los derechos del consumidor, cualquiera sea su modalidad” (art. 5-2).

Este principio también se deriva de la legislación europea. Todas las directivas de derecho de los consumidores contienen normas a tal efecto. Por ejemplo, la Directiva 2011/83/UE prescribe que “si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva. Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor” (art. 25).

A este respecto, cabe señalar que los instrumentos jurídicos que regulan los contratos celebrados con consumidores tienen por objeto normalmente la protección exclusiva de una de las partes del contrato, el consumidor, mediante la imposición, a través del régimen jurídico establecido, de un equilibrio general y predeterminado de intereses.

La identificación precisa de los intereses protegidos, resultante necesariamente de la interpretación de la norma jurídica en cuestión, es esencial para comprender el alcance de su contenido obligatorio.

La interpretación de la norma permite a la persona que aplica el derecho definir, a través de los intereses protegidos, inicialmente el alcance de la supletoriedad e imperatividad de su contenido. Si los intereses protegidos indican que el contenido de la norma es obligatorio, también es necesario que la persona que aplica la ley, en una etapa posterior, verifique si esos intereses están salvaguardados de otra manera o si son compensados por otros intereses más relevantes para la relación jurídica específica (30).

(30) MORAIS CARVALHO, J., *Os Contratos de Consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 639.

IV. Conceptos de producto y de servicio

En caso de daños causados por productos y servicios defectuosos, se aplicarán los artículos 108 y siguientes del Anteproyecto. En la Unión Europea, la Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, regula la responsabilidad del productor por los daños que no afecten a la propia cosa defectuosa. Es uno de los primeros diplomas europeos de derecho privado. Se trata de una directiva de armonización máxima, cuyo objetivo principal parece ser limitar los casos de responsabilidad objetiva por parte de los productores. Tenemos aquí una similitud en relación con el ámbito del régimen del Anteproyecto (véase el art. 108). Sin embargo, la legislación europea no prevé la responsabilidad por servicios defectuosos, que es una cuestión regulada libremente por los Estados miembros.

A los fines del Anteproyecto, se considera producto “toda cosa mueble, aunque se encuentre unida o incorporada a un bien inmueble. Quedan comprendidos el agua, el gas, la electricidad, y los bienes derivados del cuerpo humano” (art. 109). En la Directiva 85/374/CEE, producto es “cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a uno inmueble. Se entiende por «materias primas agrícolas» los productos de la tierra, la ganadería y la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Por «producto» se entiende también la electricidad”. Las diferencias entre los dos no son muy significativas.

Se considera servicio “cualquier actividad suministrada por un proveedor, cualquiera sea su objeto”. Se trata de una definición muy amplia. En otro contexto, el art. 4-1 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, también define servicio con gran amplitud como “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración”. Es interesante observar que, en la de-

finición del Anteproyecto, no es necesario, para calificar una actividad como un servicio, que se desarrolle a cambio de una remuneración.

En el derecho europeo, se considera defectuoso un producto que “no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias”, y, entre otros aspectos, “la presentación del producto”, “el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto” y “el momento en que el producto se puso en circulación”. El hecho de que “se haya puesto en circulación un producto más perfeccionado” no es suficiente para considerar un producto defectuoso (art. 6 de la Directiva 85/374/CEE) (31).

Esta definición de producto defectuoso corresponde casi integralmente al concepto del art. 110 del Anteproyecto. Se añaden dos referencias que no están expresamente previstas en la normativa europea (la información proporcionada y la seguridad presentada por los demás ejemplares de la misma serie (32)). Estos elementos son, sin embargo, igualmente relevantes para calificar un producto como defectuoso en el derecho europeo.

A falta de un sistema armonizado de responsabilidad por servicios defectuosos, este concepto no está incluido en la legislación europea.

Pasemos ahora a un análisis del régimen de responsabilidad.

(31) Sobre tipos de defectos de productos: defectos de fabricación, de diseño y en las instrucciones sobre su utilización o en los advertencias sobre sus riesgos —sentencia del TJUE, de 20/11/2014 (C-310/13, *Novo Nordisk Pharma*)—, vid. CODERCH, P. S. - PIÑEIRO, J. - RUBÍ, A., “Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (*Law enforcement*)” en *ADPCP*, vol. LV, 2002, ps. 53-59.

(32) En la sentencia del TJUE, de 5/3/2015 (C-503/13 y C-504/13), se concluye que “que la comprobación de un posible defecto de productos pertenecientes al mismo modelo o a la misma serie de producción, como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, permite calificar de defectuoso tal producto sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto”. Contrariamente al Anteproyecto, según la legislación europea, la pertenencia a la misma serie o modelo que un producto defectuoso no requiere la prueba del defecto del producto.

V. Funciones atribuibles al régimen de responsabilidad por daños al consumidor

A luz del Derecho europeo y, en particular, de la Directiva 85/374/CEE, pueden ser destacadas varias cuestiones relativas a las funciones preventiva y resarcitoria de la responsabilidad civil por productos defectuosos. Esta referencia trae causa de la expresa mención que los Fundamentos del Anteproyecto de la Ley argentina realiza, trayendo a colación explícita las funciones preventiva, resarcitoria y punitiva.

V.1. Prevención y resarcimiento del daño como funciones clave en el Derecho europeo

La Directiva 85/374/CEE determina expresamente la clara función resarcitoria del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos en la Unión Europea. Así, son dos las menciones realizadas por esta en su Preámbulo: *reparación íntegra* —y no más allá— del daño causado y el *derecho al resarcimiento* del perjudicado.

Y es que, la definitiva división del sistema de responsabilidad civil en el Derecho europeo ha permitido desarrollar la defensa de la *función reparadora como eje central del sistema*. Su protagonismo no ha evitado, sin embargo, que hayan sido expuestas posturas doctrinales que abogan por la *multifuncionalidad* del derecho de daños(33) —en concreto, respecto a una pretendida función preventivo-punitiva—, siendo algunos autores los defienden la exclusividad de la función reparadora (34).

(33) Díez-PICAZO, L., *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, ps. 43-44, aboga por una ‘función demarcatoria’; PANTALEÓN F., “Comentario al artículo 1902 Cc”, en *Comentarios al Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1971, por una ‘función satisfactoria’ y GÓMEZ Y CASALS por una función ‘distributiva de estimación económica’.

(34) Destaca LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor: entre la “aestimatio rei” y el “id quod interest”*, Trivium, Madrid, 1999, ps. 85-87, reiterado en LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en *La responsabilidad Civil y su problemática actual*, J.A. Moreno Martínez (dir.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 452. Sin llegar a ser tan tajante como el anterior, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1991, p. 60.

De este modo, el preponderante fin resarcitorio de la acción de responsabilidad civil —encaminado a la búsqueda de un reequilibrio patrimonial a través de la obligada entrega de una cuantía pecuniaria equivalente—, no evita que la indemnización pueda ser reconocida a modo de *sanción* impuesta a quién incumple una norma (35). A pesar del peligro que entraña la configuración del sistema de responsabilidad civil como un sistema punitivo y sin que este carácter sea *conditio sine qua non* (36), lo cierto es que el carácter sancionador de la indemnización permitiría el desarrollo de una *función preventiva* al que todo ordenamiento jurídico habría de atender (37).

En definitiva, la descripción general del funcionamiento del sistema de responsabilidad civil europeo debe pivotar sobre la *función reparadora o resarcitoria* que se presenta como característica principal del mismo. De este modo lograremos limitar la descripción del sistema de responsabilidad civil *exclusivamente como un sistema preventivo-punitivo de conductas ilícitas*, como ocurre con otras ramas del Derecho —vid. Derecho Penal o Administrativo sancionador— (38) cuya estimación pasará a ser, en todo caso, residual.

(35) Con la reparación del daño causado se puede entender que son cumplidas dos funciones: la de restituir el patrimonio dañado (dejando al margen los daños morales) y la de sancionar a quien viola una norma. Firme defensor de esta teoría, DE CUPIS, A., *El Daño*, trad. Martínez Sarrión, A., Bosch, Barcelona, 1975, ps. 580-581.

(36) Aunque todo sistema punitivo tiene por objeto la prevención, esta podría llevarse a cabo sin la necesidad de un castigo, *vid.* SALVADOR CODERCH, P. - CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p 11, con un incentivo que refuerce a quien lleve a cabo una conducta conforme al ordenamiento jurídico.

(37) Resulta evidente que, desde el punto de vista de la víctima, lo ideal es que el papel preventivo del sistema tenga la mayor repercusión posible ya que ninguna ventaja obtiene de la indemnización a la que tendrá derecho si lo valoramos comparativamente con la situación en la que se encontraba con carácter previo a la causación del daño. DE CUPIS, A., *El Daño*, cit., p. 575.

(38) Los sistemas predominantemente punitivos, como son los relacionados, requieren de instrumentos sancionatorios *adecuados a la gravedad y lesividad potencial o actual de las conductas que pretende prevenir* y

Desde el punto de vista de la necesaria “reparación integral” del daño, la indemnización por daño moral —analizada en el epígrafe siguiente— ha sido reconocida en el apartado segundo del art. 7.4.2 de los Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales de 20101239 (39), el art. 9:501 (2) (a) Principios de Derecho Europeo de Contratos —en adelante, PECL— (40), el art. 164 del Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos (41) y el art. 3:701 (3) *Draft Common Frame of Reference* —en adelante, DCFR— (42).

V.2. Sanción punitiva por grave menoscabo hacia los derechos del consumidor

Como veníamos afirmando, la principal diferencia reconocida en el Anteproyecto argen-

no a la entidad de los daños que efectivamente se causen. PEÑA LOPEZ, F., *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002, ps. 200-201.

(39) El apartado segundo del art. 7.4.2 cita expresamente que “Tal daño puede ser no pecuniario e incluye, por ejemplo, el sufrimiento físico y la angustia emocional”. En este sentido, la reparación del daño moral puede asumir diferentes formas y corresponde a los tribunales resolver cuál de ellas, ya sea sola o acompañada de la reparación del daño material, garantiza mejor los efectos de la reparación integral. En *Comentarios a los Principios UNIDROIT*, 1ª ed., La Ley, 2012.

(40) Art. 9:501: Derecho a la indemnización de daños y perjuicios. “(1) La parte perjudicada tiene derecho a una indemnización de daños y perjuicios respecto de las pérdidas sufridas a consecuencia del incumplimiento de la otra parte, siempre que este incumplimiento no quede cubierto por la excepción del artículo 8:108. (2) Las pérdidas que cubre esta indemnización incluyen: (a) Pérdidas no pecuniarias”.

(41) Art. 164: daño moral resarcible. “1. El daño moral es resarcible: a) en caso de grave perturbación psíquica de los sentimientos de afección, provocado por lesiones físicas o por atentados al patrimonio moral, incluso de una persona jurídica, o a la memoria de un cónyuge difunto; b) en caso de padecimientos físicos que condicionan sufrimientos corporales, aunque no se acompañen de alteraciones patológicas, orgánicas o funcionales; c) en los daños a la salud y en los demás casos indicados por las disposiciones aplicables. 2. El daño moral indirecto sólo es reparable si lo padecen los próximos o el cónyuge de la víctima”.

(42) Art. 3:701 (3) DCFR: “Por ‘pérdidas’ se incluyen daños patrimoniales y no-patrimoniales. ‘Pérdidas Patrimoniales’ incluyen pérdidas de ganancias o beneficios, incurrir en cargas o reducción del valor de propiedad. ‘Pérdidas No-Patrimoniales’ incluye el dolor y sufrimiento o el deterioro en la calidad de vida”.

tino en relación con el Derecho europeo, es el reconocimiento de los daños punitivos como una de las funciones del derecho de daños en materia de consumo. Ni las normas comunitarias ni las legislaciones nacionales de los Estados miembro europeos han permitido atribuir una función punitiva a las sanciones establecidas en los tribunales civiles (43) (44). Entre ellos destaca Pantaleón que defiende la exclusión de la función preventivo-punitiva de la responsabilidad civil sobre la base de las siguientes razones: “a) no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta y la reprochabilidad del responsable, sino con arreglo a la entidad del daño; b) es transmisible *mortis causa* a los herederos del responsable; c) es asegurable; d) incluso cuando se solicita dentro del proceso penal, está sujeta al principio de rogación o instancia de parte; y e) no existe para ella un principio de retroactividad de la ley más favorable al responsable, ni es materia reservada a LO” (45).

Por lo demás, existen posturas favorables a la estimación de una función punitiva en las indemnizaciones por *daños morales* causados. Desde el punto de vista contractual, la jurisprudencia española ha condenado a indemnizaciones por daño moral en una gran variedad de situaciones (46), sin parecer haber adoptado un

motivo o razón común que nos permita determinar cuál es el parámetro a seguir para estimar su concurrencia (47). En este sentido, el papel del daño moral parece concretarse en cuatro funciones (48): en primer lugar, se pretende *evitar la infracompensación absoluta del daño*, que abriría paso al peligroso campo del futuro incumplimiento de los acuerdos contractuales; en segundo lugar, cumple la función de cumplir con el resarcimiento cuando no haya sido constatado daño alguno consecuencia del incumplimiento –función cumplida por los *daños nominales*–; en tercer lugar, la indemnización por daño moral es otorgada en aquellos casos en los que la *dificultad en orden a determinar si el incumplimiento contractual se presenta como causa directa del daño* es máxima; y, en cuarto lugar, se estima que los daños morales contractuales cumplen con una *función punitiva* del derecho de daños (49).

Es destacable que el legislador argentino, tras haber descartado la introducción de las sanciones punitivas —denominadas *sanción pecunia-*

psíquico o espiritual producidos en cada persona. Por el contrario, el juzgador que únicamente estima el daño moral cuando se ha atentado contra bienes de la personalidad, estará siguiendo una concepción *objetivo-típica* del daño moral. MARÍN GARCÍA, I. - MILÁ RAFEL, R., “Daño moral contractual”, en *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Barcelona, 2015, ps. 252-253.

(47) Para un largo elenco de daños morales contractuales estimados por la jurisprudencia en una gran variedad de supuestos, *vid.* CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, ps. 1232-1234.

(48) CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 1235.

(49) Parece evidente que las indemnizaciones por daños morales son caracterizadas por una función punitiva preponderante en las intromisiones al honor o a la intimidad. No obstante, ese carácter punitivo parece diluirse en otros supuestos resarcitorios en los que se otorga preponderancia al valor compensatorio. Díez-PICAZO, L., *El escándalo del daño moral*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, ps. 99-102. Entre los supuestos en los que la jurisprudencia ha utilizado el daño moral bajo una concepción punitiva se encuentran supuestos de agresiones sexuales, y aquellos casos en los que la indemnización queda marcada por el rechazo a otorgar una indemnización nominal próxima a cero por no haber daños patrimoniales ni poder justificarse una precisa repercusión negativa de carácter psíquico o afectivo. GÓMEZ POMAR, F., “Daño moral”, en *Indret*, 1/2000, p. 10.

(43) En los ordenamientos europeos, esta función punitiva, camuflada bajo las funciones de “política social”, queda reservada a los tribunales del orden penal y administrativo. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Daños punitivos: aspectos de derecho internacional privado europeo y español”, en *Derecho de daños*, Mariano José Herrador Guardia (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p. 391.

(44) No parece que la preventiva parezca la función principal en las que estaba pensando el legislador al incluir su regulación en los códigos civiles y penales. ACIARRI, H. - IRIGOYEN TESTA, M., “Funciones alternativas a la compensación: prevención y punición”, en *El daño moral y su cuantificación*, F. Gómez Pomer, y I. Marín García (dir.), Bosch, Barcelona, 2015, p. 234.

(45) Excluye sin paliativos la finalidad preventivo-punitiva de la responsabilidad extracontractual, reconociendo la *función de satisfacción* para la víctima del sistema. PANTALEÓN F., “Comentario al artículo 1902 Cc”, *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, t. II, p. 1971.

(46) Teniendo en cuenta una concepción *subjetivo-consecuencialista* del daño moral, el TS estima necesaria la valoración de las consecuencias no patrimoniales que se representan por el *impacto o sufrimiento*

ria disuasiva— del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, no ceje en el empeño de utilizar un mecanismo propio de los sistemas *Common Law* para buscar el “castigo” del proveedor que ha obrado con una notoria despreocupación, dolo o culpa grave.

A pesar de no poder compartir este mecanismo preventivo-punitivo desde las bases del derecho europeo actual, alabamos que se hayan previsto límites máximos de las cuantías objeto de pago por parte del proveedor incumplidor, la previsión de la legitimación activa para las acciones colectivas, la decisión de que la cuantía no siempre haya de ser percibida por parte del perjudicado —evitando el posible enriquecimiento injusto de la víctima—, la responsabilidad solidaria ante la pluralidad de proveedores responsables, así como la prohibición del aseguramiento de estas *sanciones civiles*.

VI. Tipología de daños causados a consumidores objeto de protección

VI.1. Daños causados por productos o servicios defectuosos

a. Régimen de responsabilidad imputable

Habiendo sido determinadas las definiciones objeto de análisis, hemos de centrarnos en el régimen de responsabilidad civil elegido por la Unión Europea —anterior Comunidad Económica Europea, en el momento de la redacción de la Directiva— para dotar de la máxima protección al consumidor.

Resulta de máximo interés el debate en torno al sistema de responsabilidad civil imputable al fabricante en el marco de la redacción de la Directiva 85/374/CEE. A pesar de que el propio Preámbulo determine que «únicamente el criterio de la responsabilidad objetiva del productor permite resolver el problema [...] del justo reparto de los riesgos inherente a la producción moderna», el tema central objeto de debate fue fijado en el denominado *riesgo de desarrollo* como causa por la que evitar la imputación de un régimen de responsabilidad objetivo y absoluto. La solución a la cuestión pasó por una vía intermedia: se reconocería como posible excepción para el fabricante en la redacción de la Directiva (art. 7, apartado e), permitiendo a los

Estados miembro su incorporación potestativa como causa de exoneración (50).

De este modo, y sin perjuicio de que, como afirmara algún autor, el fundamento de la responsabilidad civil imputable al suministrador final —de conformidad con la Disposición Adicional Única de la actualmente “refundida” Ley española 22/1994—, fuera un régimen de responsabilidad civil subjetivo (51), una de las características propias del régimen de responsabilidad civil imputable a los actores intervinientes en la *sociedad del riesgo* es búsqueda de sistemas preventivos de daños (art. 107 del Anteproyecto argentino) y efectiva reparación del perjudicado (art. 108 del Anteproyecto argentino), en caso de resultar dañado (52). De este modo, la propia Exposición de Motivos de la Ley trataba de determinar que estábamos ante un régimen de responsabilidad objetivo, matizado a través de mecanismos que lo suavizaran para llegar al resultado de la aplicación de un sistema de responsabilidad civil cuasi-objetivo, con inversión de la carga de la prueba (53).

En la actualidad, el TRLGDCU parece seguir la línea marcada por sus antecedentes legislativos, concretando en el art. 139 que la carga de la prueba para la víctima de daños se limitará al

(50) MARCO MOLINA, J., *La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos: fundamentos y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2007, ps. 42-45.

(51) En este caso, “no tendría sentido excluir al suministrador del círculo de responsables a título principal por entender que, objetivamente no debe responder más que cuando el fabricante o el importador no puedan ser identificados”. CILLERO DE CABO, P., *La responsabilidad civil del suministrador final por daños ocasionados por productos defectuosos*, Civitas, Madrid, 2000, ps. 226-228.

(52) GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *Responsabilidad civil por productos defectuosos: cuestiones prácticas*, Comares, Granada, 2006, ps. 54-56.

(53) No entendemos, sin embargo, que esto sea más beneficioso para la víctima que la aplicación estricta de un régimen de responsabilidad objetivo en el que no exista siquiera carga de prueba para la víctima, siendo su única obligación demostrar la existencia de una relación causal con el autor y el resultado dañoso. Vid. VELA SÁNCHEZ, A.J., *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos: la responsabilidad por productos en el marco de la responsabilidad extracontractual*, Comares, Granada, 2003, ps. 145-148.

defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos, sin perjuicio de las voces contrarias a este régimen y que abogan por la necesaria implantación de un sistema de responsabilidad objetiva total (54), como ocurre con los daños derivados de bienes y servicios de los arts. 148 y 149 (55), por encajar mal esta triple carga probatoria con algunos productos en concreto —debiendo el juez determinar que la carga de la prueba no menoscaba los derechos de los consumidores, vid. STJUE de 21 junio 2017 (Caso *N.W vs. Sanofi Pasteur MSD SNC*)-(56).

Por su parte, la denominada *teoría del market share* reconocida en el Preámbulo del Anteproyecto de la Ley argentina, determina la responsabilidad concurrente de todos los proveedores, cada uno en proporción a su participación, si no se pudiera identificar al proveedor que efectivamente fabricó o comercializó el producto. El art. 8 de la Directiva europea ofrece una regla similar en orden a evitar la disminución de la responsabilidad del productor “cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto de producto y por la intervención de un tercero” (vid. art. 8). Más clarificadora resulta la disposición contenida en el TRLGDCU en su art. 132, por el que se determina una responsabilidad solidaria de todos los responsables en la causación del daño, sin perjuicio del art. 138.2 que, ante la imposibilidad de determinar el productor, será el proveedor quien asuma su papel a efectos de determinar su responsabilidad (57).

(54) LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., “Los daños causados por productos defectuosos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nro. 7/2013, p. 101.

(55) Para mayor información, vid. Libro Verde sobre responsabilidad civil por productos defectuosos de 1999.

(56) Vid. en relación con medicamentos y productos sanitarios defectuosos, TORRUBIA CHALMETA, B., “Algunas cuestiones sobre la prueba del nexo causal en la responsabilidad civil por daños causados por medicamentos y productos sanitarios defectuosos”, en *CEBES*, nro. 6, 2017, p. 7, y VÁZQUEZ BULLA, C., “La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial” en *Revista de Derecho UNED*. Núm. 14. 2014. 737-747.

(57) Vid. análisis de la STS de 11 de noviembre de 2003 en relación con la condena de codemandados absueltos. LÓPEZ-BREA LÓPEZ DE RODAS, J., “Los daños causados por productos defectuosos”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nro. 7/2013, p. 100.

Véase la diferencia en esta materia entre el TRLGDCU y el Anteproyecto argentino relativa a la legitimación pasiva de la acción de responsabilidad civil por productos defectuosos. En sentido, el art. 114 del Anteproyecto determina que, a falta de identificación del proveedor —como aquel sujeto que fabricó o comercializó el producto— serán todos los proveedores responsables. Por nuestra parte, en la legislación española, se establece una clara distinción entre productor —quien fabrica el producto— y proveedor —quien lo comercializa—. Quizá esta distinción pueda servir en orden a evitar equívocos derivados de la futura aplicación de la norma argentina que resulte definitiva (vid. definición de productor en la STJUE de 2 diciembre 2009, *Caso Aventis Pasteur SA vs. OB*).

b. Causas de exoneración o exclusión

Por parte del legislador comunitario, el art. 12 de la Directiva 85/374/CEE, únicamente determina que “la responsabilidad del productor que se derive de la aplicación de la presente Directiva no podrá quedar limitada o excluida, en relación al perjudicado, por virtud de cláusulas limitativas o exoneratorias de la responsabilidad”.

Ello viene referido a la posibilidad de determinar contractualmente esta limitación o exclusión. No obstante, estas causas de exoneración han sido prevista por el legislador español en el art. 140 del TRLGDCU (58). Además, la

(58) Art. 140.— *Causas de exoneración de la responsabilidad*. 1. El productor no será responsable si prueba: a) Que no había puesto en circulación el producto; b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; y e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto. 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto. 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos

responsabilidad cuasi-objetiva a que se refiere el Capítulo de la norma, viene limitada cuantitativamente a los 500 euros —por daños materiales— y a los 63 106 270,96 euros —por muerte y lesiones personales—.

En este sentido, el Anteproyecto de la Ley de Defensa del Consumidor argentina de 2018 aplica el régimen de responsabilidad objetiva contenida en los artículos 1722 y 1723 del Código Civil y Comercial. Permite, por lo demás, la aplicación del art. 1733, para la reglamentación de las eximentes. En este sentido, se permite la alegación del *caso fortuito*, debiendo concurrir el elemento de exterioridad (no es hecho ajeno la actividad desarrollada por el resto de los integrantes de la cadena de la producción); así como el *hecho de la víctima*, solo por culpa grave —uso irracional del productor por parte del consumidor— y dolo del consumidor, de interpretación restrictiva.

Podemos considerar que se trata de un régimen de responsabilidad civil objetivo estricto al excluir como causas eximentes (art. 115 Anteproyecto de 2018):

- el cumplimiento de las reglas del arte, la normativa vigente o en caso de contar con autorización administrativa que no imponga la manera de fabricar, diseño, dotar de información y conservación del bien;
- o la adecuación al estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento de la puesta en circulación del producto o servicio que no hubiera permitido apreciar el vicio.

VI.2. Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor

Llama nuestra atención el avance legislativo aportado por la norma argentina que, a través del denominado como *ámbito físico de incumbencia del proveedor* (art. 117 Anteproyecto), protege los perjuicios causados al consumidor por lesión de personas o los daños a bienes. En este sentido, se incluye la protección en el interior del establecimiento del proveedor y sus

alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).

inmediaciones —si de ello derivan peligros relacionados con el consumo— y cualquier otro lugar “que formen parte del ámbito de competencia del proveedor o en los que este tenga o deba tener un poder de vigilancia o control efectivo”. También serán objeto de protección aquellas *situaciones postcontractuales*, en función de la previsibilidad del proveedor.

En relación con estas obligaciones de seguridad, la Unión Europea dispone de la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de productos. De conformidad con el art. 3 de la citada Directiva, los productores tienen la obligación de poner en el mercado únicamente productos seguros, estableciendo únicamente parámetros de seguridad sin determinar un régimen de responsabilidad particular (59).

El propio Anteproyecto argentino ofrece varios ejemplos sobre cuál puede ser el ámbito físico de incumbencia del proveedor: corredores viales concesionados, estadios, lugares donde el proveedor organiza eventos, los andenes, escaleras de acceso, salas de espera y demás instalaciones en relación a los medios de transporte. Se trata, por lo tanto, de una clasificación que determina las particularidades de la responsabilidad civil derivada del sector del transporte —sin perjuicio de lo visto en el Preámbulo del Anteproyecto—.

Por lo que respecta a este sector concreto, no disponemos en el ordenamiento jurídico europeo de norma particular que determine explícitamente el ámbito físico concreto sobre el que recaerá la responsabilidad del transportista. En este sentido, la jurisprudencia, en concreto la española, tiene por objeto fijar el alcance de la

(59) La seguridad de los productos en los Estados miembro ha de ser evaluada tomando como referente la normativa estatal del territorio en el que sean comercializados, incluso aunque las normas tengan el carácter no obligatorio, siempre que sean fruto de transposición de normativas europeas, recomendaciones europeas o códigos de buena conducta. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., “Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en el derecho de la Unión Europea”, en *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, J. L. Tomillo Urbina (dir.), Comares, Granada, 2014, ps. 79-82.

responsabilidad: v.gr. STS núm. 1193/2004 de 20 de diciembre, los deberes de protección que incumben a la compañía de transporte deben estar destinados a velar “por qué no sufran daño alguno las personas que, para la utilización de los servicios que aquella entidad ofrece, hayan de transitar por los espacios que forman parte de las estaciones construidas para posibilidad la prestación de los mismos [...] no comprendiendo solamente los de las vías y andenes, sino también aquellos que ocupan vestíbulos, pasillos, escaleras, etc.” o la STS nro. 1085/2008 de 24 noviembre imputa a la Compañía Metropolitana de Madrid la responsabilidad contractual por omisión de la obligación de seguridad de los usuarios de las instalaciones en tanto el pasajero fue agredido por dos desconocidos que le causaron diversas lesiones y se dieron a la fuga sin poder llegar a ser identificados, mientras el usuario se encontraba en las instalaciones de la

estación de metro con motivo del contrato de transporte celebrado (60).

(60) A pesar de que la empresa de transporte haya llevado a cabo la contratación de dos empresas de seguridad, aquella “no puede exonerarse por el simple hecho de la contratación de una empresa de seguridad, puesto que la responsable del incumplimiento frente al usuario es quién presta el servicio de transporte” (FD Segundo).