

Relaciones de consumo y factor de atribución de la responsabilidad del proveedor

Un debate que sigue abierto

por FEDERICO A. OSSOLA

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. ¿CÓMO SE “DETERMINA” HOY CUÁL ES EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN? A) LA CONSAGRACIÓN NORMATIVA DE LA CULPA Y LA CRISIS POSTERIOR. B) UN NUEVO ESCENARIO Y UN NUEVO PROBLEMA. C) PAUTAS PARA DETERMINAR (EN GENERAL) EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN. – 3. LA NATURALEZA DEL FACTOR DE ATRIBUCIÓN EN LAS RELACIONES DE CONSUMO. – 4. LA SITUACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO Y ALGUNOS CASOS PUNTUALES EN EL DERECHO COMPARADO. – 5. EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO. – 6. NUESTRA OPINIÓN. PROSPECTIVA.

1. Introducción

El factor de atribución en la responsabilidad por daños sigue siendo un tema en constante movimiento y discusión. La *ideología* de la responsabilidad civil es la que subyace en el problema y la movilidad de la realidad subyacente genera contrapuntos, readecuaciones, cambios y polémicas.

El terreno de las relaciones de consumo no es ajeno al fenómeno. Si bien en nuestro país la gran mayoría postula una responsabilidad *objetiva*, no solo existen discusiones en orden al fundamento de dicha tipología, sino que autorizadas voces se han pronunciado por la existencia de parcelas de responsabilidad *subjetiva*. En otros sistemas, conviven factores subjetivos y objetivos y existen similares disputas.

En estas breves líneas expondremos nuestra mirada sobre ello.

2. ¿Cómo se “determina” hoy cuál es el factor de atribución?

a) La consagración normativa de la culpa y la crisis posterior

El art. 1382 del Código Civil francés significó, en su momento, el *triunfo* de la culpa como criterio valorativo en la asignación de responsabilidad y *con fuente legal*: “es necesaria una culpa; es suficiente con una culpa cualquiera... nadie ha podido pensar jamás una cosa distinta antes de que se propusiera, a fines del Siglo XIX, una responsabilidad sin culpa”⁽¹⁾. En efecto, “la obligación de reparar aparece como consecuencia directa de la calificación del hecho como algo reprochable, ligero, negligente... queda-

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El daño punitivo en las acciones colectivas en defensa de derechos de consumidores*, por MARIANO DE ESTRADA, ED, 236-874; *El daño punitivo ante supuestos de responsabilidad objetiva*, por MARCELO QUAGLIA, ED, 253-48; *Marchas y contramarchas en las reformas propuestas al régimen de defensa del consumidor*, por DANIEL ROQUE VITOLO, ED, 255-793; *Los debates en torno a la figura del daño punitivo y sus condiciones de aplicación*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y MARÍA CONSTANZA GARCINO, ED, 258-317; *El Código Civil y Comercial, la prevención, el expuesto y los daños punitivos*, por GRACIELA LOVECE, ED, 269-681; *La aplicación del Código Civil y Comercial al derecho administrativo: en particular, respecto a la responsabilidad del Estado*, por JUAN CARLOS CASSAGNE, EDA, 2017-949; *Daños punitivos: un análisis desde sus elementos constitutivos*, por MACARENA BARICCO PRATS, ED, 278-833; *Daños punitivos y responsabilidad del Estado*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 280-748; *Daños punitivos: la petición de parte y el estadio procesal para hacerlo*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 284-858; *Daños punitivos: comentarios en base a las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por MAXIMILIANO N. G. COSSARI, ED, 287-753; *La obligación constitucional del deber de seguridad. La extensión del deber objetivo de reparar. Comentario a un reciente fallo de la Cámara Nacional en lo Civil*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 288-611; *El daño punitivo y la “tolerancia cero”*, por SAMIR ABEL DAYOUB, ED, 290; *Incumplimiento contractual y daño punitivo. La defensa de los derechos de los débiles frente a la indiferencia de algunos proveedores*, por LIDIA M. R. GARRIDO CORDOBERA y ROQUE A. PICCININO CENTENO, ED, 291; *Derecho fácil para consumidores y proveedores. Breve comentario de la Resolución 274/2021 de la Secretaría de Comercio*, por JUAN IGNACIO CRUZ MATTERI y VICTORIA SOFÍA PACEVICIUS, ED, 291; *Daño punitivo. Tolerancia cero frente a ciertas conductas del proveedor. Un fallo ejemplificador*, por MARÍA CANDELARIA SAPPÍA, ED, 292; *La culpa del consumidor como eximente de la responsabilidad de los proveedores*, por WALTER FERNANDO KRIEGER, ED, 300. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Mazeaud, Henri – Mazeaud, León – Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Ed. EJE, Buenos Aires, 1961, T. I, Vol. I, pp. 61 y 63.

ba edificado el sistema de responsabilidad civil sobre la noción de culpa o negligencia”⁽²⁾.

La irrupción de los factores objetivos de atribución en la responsabilidad civil moderna cambió por completo su fisonomía. A una creciente aceptación jurisprudencial, no sin polémicas⁽³⁾, le siguió una también progresiva recepción legislativa, tampoco exenta de diversas miradas y cuestionamientos.

Hoy no se discute la *coexistencia* de factores subjetivos y objetivos, aunque sí subsiste la discusión respecto a si la *culpa* es la regla general, la “norma de clausura”, o la figura subsidiaria; o si hay una suerte de *convivencia* entre ambos, cualitativamente equivalente.

Sigue, pues, la *lucha* de la culpa, otrora reina indiscutida de la responsabilidad.

Es, definitivamente, una cuestión vinculada a los *valores* que se tutelan: determinar si *lo justo* es asignar responsabilidad a quien ha *causado* un daño, realizando un juicio sobre la *intencionalidad misma* del agente o sobre otro elemento configurativo de su conducta, prescindiendo del primero. Todo ello, por cierto, en el marco de delicadísimos y profundos conflictos de *intereses jurídicos*, que llevan a postular soluciones no siempre concordantes.

Las consecuencias son tangibles: la culpa (sin perjuicio de las reglas de la carga de la prueba) permite invocar al autor *una eximente más*, la prueba de haber obrado diligentemente.

b) Un nuevo escenario y un nuevo problema

Ante la enorme trascendencia del tema, sorprende que no se halla indagado con profundidad en *cómo* el ordenamiento estatuye el factor de atribución, *ante el nuevo escenario que se presenta con la coexistencia legal de factores subjetivos y objetivos*.

Se discute sobre ellos; se cuestiona (o no) lo que el legislador ha dispuesto (o no); se polemiza, ante la ausencia de una solución legal explícita (o clara), cuál es el factor de atribución que correspondería. Pero no se repara en el *momento anterior*, cual es el de la *asignación*, o el *criterio de asignación*, por el ordenamiento, del factor de atribución, y la *manera* en que ello sucede.

Se trata de un *nuevo problema*, insistimos, derivado de la coexistencia de factores de atribución diversos consagrados en la ley.

Si el sistema estatuye sin lugar para otra interpretación que la culpa es la regla y los factores objetivos son excepcionales, nada más hay que indagar sobre el problema. La discusión transitará por otros carriles⁽⁴⁾.

La cuestión que planteamos, pues, se presenta cuando no existe una decisión del legislador en el sentido recién apuntado, quedando –por ende– supuestos que no están contemplados de manera expresa por la ley.

En nuestro ordenamiento existe un cambio notorio en el Código Civil y Comercial: si bien se dispone que la atribución de responsabilidad puede basarse en factores de atribución de ambas naturalezas, luego se indica que “en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa” (art. 1721). Nada se indicaba al respecto en el Código Civil.

La nueva norma es equívoca y parece chocar de frente con la *amplitud* que se ha asignado a la *actividad riesgosa* como factor de atribución (art. 1757)⁽⁵⁾, así como también

(2) Yzquierdo Tolsada, Mariano, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2016, p. 249.

(3) En los albores del nuevo siglo, se dijo que la doctrina del riesgo introdujo en el sistema de responsabilidad notorias distorsiones, cuando fue acogida por la jurisprudencia de los tribunales de justicia (Díez-Picazo, Luis, *Responsabilidad Civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, p. 241).

(4) La conveniencia o no de dicha solución, su pertinencia, su eventual inconstitucionalidad, etc.

(5) Participamos de la opinión que postula que, para que pueda considerarse al riesgo como un factor de atribución, debe haberse introducido factores generadores de riesgo en la comunidad, se beneficie el sujeto o no de la actividad, potenciando o multiplicando la posibilidad de que resulten perjuicios, por lo cual, “dicho aumento de peligrosidad disminuye la seguridad de que podían gozar los demás.

los alcances que se da a la *garantía* (en varios supuestos especiales de responsabilidad), la *seguridad* y la *equidad* (en el art. 1750), en especial. Por ello, en modo alguno es viable concluir que si *la ley*, expresamente, no ha asignado un factor de atribución, éste deba ser subjetivo. Como bien se ha dicho, sobre dicho artículo, “la culpa y los factores objetivos de atribución, entre los que se destaca el riesgo creado, tienen su campo propio de aplicación en donde reinan exclusivamente. Rechazamos de plano la opinión de quienes consideran a la responsabilidad objetiva como una órbita de carácter excepcional, que escapa al pretendido principio de la culpa. Tal actitud revela un propósito evidente de empequeñecer sus alcances, limitando sus efectos, con insalvable distorsión de su fin práctico”⁽⁶⁾.

En nuestro ordenamiento es, pues, *impredicable la excepcionalidad de los factores objetivos*. Por ello es que pensamos que, ante la *elasticidad y fuerza expansiva normativa* de los factores de atribución objetivos, lo dispuesto en el art. 1721, en los hechos, virtualmente carece de ámbito de aplicación.

Lo señalado no cierra el problema, que presenta otras aristas y que lo hacen aún más dificultoso.

c) Pautas para determinar (en general) el factor de atribución

En nuestra opinión, y para dilucidarlo en el caso concreto (y determinar si la solución es o no pertinente), corresponde seguir los siguientes pasos.

El primer análisis que debe efectuarse es el relativo a su *naturaleza* en el caso en concreto. Ello a la luz de las bases conceptuales que cada ordenamiento estatuya, cuestión ya de por sí delicada. Piénsese, por ejemplo, en los profundos contrapuntos hoy existentes respecto a las *actividades riesgosas* y lo dispuesto en el art. 1757 del nuevo código o en la polémica relativa a las obligaciones de medios y de resultado.

Una vez establecido lo anterior, lo segundo a considerar es si el ordenamiento ha dispuesto o no específicamente sobre el tópico bajo análisis. Esto es, *si ha determinado o no cuál es el concreto factor de atribución en un supuesto en particular*.

Aquí es donde surge la verdadera raíz del problema.

Es que puede suceder: 1) que el legislador nada haya dicho; 2) que haya consagrado un factor de atribución acorde a su verdadera naturaleza; o, 3) que haya estatuido un factor de atribución *diferente* del que por esencia correspondería.

1. En el primer caso, como intérprete que ya ha *calificado* el caso a la luz de las bases conceptuales que el ordenamiento provee, debe terminar por asignarle al hecho jurídico el factor de atribución acorde a su naturaleza. No cabe sino dicha solución, ya que ello se impone por la fuerza misma de la naturaleza de las cosas.

2. El segundo caso no presenta mayores dificultades, por su obviedad. Termina por ser un reflejo, una manifestación concreta, de la esencia de la cuestión analizada⁽⁷⁾.

3. En cambio, en el tercer caso (*y es esta la cuestión menos abordada*) no cabe comenzar el análisis bajo el preconcepto de que el legislador ha equivocado el camino. Es que al tratarse de una *cuestión axiológica*, en función del conflicto de intereses jurídicos que el caso concreto presente, se *decide* asignar un factor de atribución de una u otra naturaleza, constituyendo esto una cuestión de *política legislativa*. Un claro ejemplo de ello es lo dispuesto en el art. 160 del Código Civil y Comercial, en el que se estatuye la responsabilidad subjetiva de los administradores de las personas jurídicas privadas. ¿Y si han incumplido una obligación que sea calificada como de resultado o se ha causado un daño en el marco de una actividad riesgosa? La solución no varía, en el caso, la responsabilidad es subjetiva.

Ante este panorama, la cuestión *medular* a considerar es si esta situación puede o no ser cuestionada. Nuestra respuesta es afirmativa, pero *con carácter de excepcional*: la única vía es la declaración de inconstitucionalidad de la norma. En efecto, ningún derecho reconocido en la Constitución es absoluto, todos tienen limitaciones. La clave

es que la restricción supere el *test de razonabilidad de la limitación al derecho constitucional*, emergente del art. 28 de la Carta Magna. En tanto y en cuanto no degrade la naturaleza misma del derecho, no lo desnaturalice, no será atacable.

Es muy delicado el juego de fuerzas que presenta el conflicto de intereses jurídicos en este tema: el derecho a la reparación plena, el derecho de propiedad, la protección de los vulnerables, la tutela de la dignidad de la persona humana, la protección de los legítimos intereses económicos, las consecuencias que se pueden generar en ciertos casos, etc. Es una cuestión, verdaderamente, *sistémica*.

Puede suceder, incluso, que un mismo hecho genere responsabilidad subjetiva del responsable ante algún acreedor y objetiva frente al otro⁽⁸⁾ y, salvo lo recién indicado, nada cabría reprochar.

Es claro entonces que el *punto de partida* debe ser siempre el abordaje mediante la determinación de la naturaleza jurídica de la situación. Pero, luego de ello, no sería objetable que el legislador, sin trasponer el límite recién advertido, consagre soluciones que se aparten de dicha naturaleza. Sucede, por ejemplo, cuando se le asigna efecto suspensivo de la prescripción de la interpelación fehaciente (art. 2541)⁽⁹⁾. Nada obsta a que ello acontezca en materia de responsabilidad civil.

3. La naturaleza del factor de atribución en las relaciones de consumo

La autonomía del Derecho del Consumidor se logró, luego de un largo proceso de decantación conceptual, al determinarse con precisión la esencia y los contornos del rasgo identitario básico que la define: *la vulnerabilidad estructural del consumidor frente al mercado, que lo coloca como un sujeto débil en la relación jurídica que se genera por un acto de consumo*.

Dicha situación jurídica se materializa en la existencia de un andamiaje protectorio, plasmado en principios y presunciones a su favor, un criterio hermenéutico también favorable para los casos de oscuridad o silencio normativo, soluciones especiales que modifican las reglas jurídicas establecidas para relaciones entre iguales, y un notable agravamiento de los deberes de conducta del proveedor de bienes y servicios.

En el ámbito de la responsabilidad civil lo señalado se potencia notablemente, debido a que las situaciones dañosas no sólo se proyectan hacia el ámbito patrimonial, sino que por lo general repercuten también en la persona misma del consumidor, con una exposición mayor al riesgo de sufrir daños, derivado ello de su vulnerabilidad estructural.

Este marco genera, incluso, la necesidad de reforzar el derecho a la reparación plena que, vale apuntarlo, no se plasma sólo en el resarcimiento integral de las consecuencias resarcibles, sino además en evitar limitaciones o cortapisas en la configuración misma del hecho jurídico fundante de la responsabilidad, como así también en los aspectos estructurales y –esencialmente– los dinámicos de la relación obligacional resarcitoria que se genera.

No es de extrañar que, en todo este marco situacional, se postule que lo razonable sea que, *por su naturaleza*, el factor de atribución sea *objetivo*.

El *riesgo*, el *vicio*, la *garantía* y la *seguridad* se *potencian* en el terreno de las relaciones de consumo, ante la imperiosa necesidad de tutelar al sujeto que adolece de una situación de debilidad estructural, integrando una cadena de producción y comercialización que cada vez funciona con mayor celeridad.

Todo pareciera indicar que, a primera vista, es *justo* (de eso se trata el factor de atribución) que se vea agravada la responsabilidad del proveedor de bienes y servicios.

Sin embargo, la cuestión dista de ser sencilla.

Por empezar debe recordarse que las leyes que tutelan al consumidor no se agotan en sí mismas, imponiéndose

Esta inseguridad no debe ser padecida sin remedios jurídicos: *la situación peligrosa debe asumirse a riesgo propio de quien la introdujo, y no a riesgo ajeno*” [Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños. 4. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 398-399].

(6) Pizarro, Ramón Daniel, *Tratado de la Responsabilidad Objetiva*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, T. 1, p. 87.

(7) Por ejemplo, la responsabilidad por *vicio* de la cosa.

(8) Tal es el caso, en nuestra opinión, de la responsabilidad emergente de los arts. 173 y ss. de la ley 24.522 (subjetiva y sólo por dolo) en base a un hecho (generar una situación de insolvencia) que podría –a su vez– generar responsabilidad objetiva hacia otros terceros.

(9) En el origen de la solución legal [art. 3986, párr. 2° del Código Civil], se la criticó duramente, denunciándose que no se trataba de una situación suspensiva, sino que su *naturaleza* era interruptiva. La respuesta a ello es la siguiente: pese a ser cierto, lo que el legislador ha querido es extender por un breve lapso el plazo mediante el *efecto suspensivo* y no recomenzarlo (efecto propio de la interrupción). Nada hay de reprochable en ello.

el *Diálogo de Fuentes*; en nuestro caso, muy especialmente con las normas del Derecho Común. Existen soluciones de tipo general en nuestro tema que se proyectan de manera directa a las relaciones de consumo, en donde no se encuentran regulados varios aspectos, como es, por ejemplo, la cuestión concerniente a las obligaciones de medios y de resultado. Hay otras que entran en tensión con los principios que tutelan al consumidor, lo que activa las reglas del Diálogo de Fuentes (por ejemplo, el factor de atribución en la obligación de seguridad, según algunos). También existen soluciones específicas, como lo es la responsabilidad por riesgo o vicio del producto o servicio, que ha sido interpretada de las diversas maneras en orden a sus alcances.

A la vez, ello debe combinarse con el ámbito de aplicación de la ley, a nivel objetivo y –sobre todo– subjetivo. Es paradigmático el Código brasileño, en donde, si bien la responsabilidad en términos generales es objetiva, para el caso de los *profesionales liberales es subjetiva* (art. 14, párr. 4º), la “única excepción del sistema de CDC de responsabilidad objetiva... que privilegia a los profesionales liberales, retornando al sistema subjetivo de culpa”, también con sus propias particularidades⁽¹⁰⁾; cuestión que no se presenta en nuestro ordenamiento por la exclusión del art. 2 de la ley 24.240. En el caso indicado, si bien existe debilidad estructural por dos razones (ser consumidor y en particular por la clara asimetría cognoscitiva del profano ante el profesional), la responsabilidad es subjetiva, lo cual tiene un sólido fundamento.

Por ello, no puede afirmarse sin hesitación que la debilidad estructural del consumidor imponga siempre, y de manera irremediable e invariable, la existencia de un factor objetivo de atribución.

Ante todo ello, siguiendo los pasos que hemos descrito en el párrafo anterior, la determinación de la naturaleza del factor de atribución es lo primero a analizar y determinar. Y entendemos nosotros que *la situación de debilidad estructural del consumidor impone concluir que, en principio, el factor de atribución debe ser objetivo. Excepcionalmente, el legislador podrá consagrar el factor subjetivo, por una decisión de política legislativa, que podrá ser cuestionada de la manera y con los límites que hemos indicado recién.*

Ahora bien: si esto último no acontece (o sea, si no hay norma explícita que consagre el factor subjetivo), no cabe dudar que el factor de atribución debe ser objetivo. Incluso, ante la duda, la regla hermenéutica del art. 3 de la ley 24.240 y del art. 1094 del Código Civil y Comercial imponen postular la solución más favorable para el consumidor: el factor de atribución será, pues, objetivo.

4. La situación en nuestro ordenamiento y algunos casos puntuales en el derecho comparado

La norma central, el art. 40 de la ley 24.240, y de avanzada en su momento⁽¹¹⁾, ha sido objeto de una interpretación *extensiva*, que la ha hipertrofiado, generándose –por ello– varias opiniones y soluciones contrapuestas para los casos que no se encuentran expresamente alcanzados por ella.

Se consagra allí la responsabilidad por “vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio”. Sin lugar a duda constituye, en su básica esencia, la misma regla del art. 1113 del Código Civil, *ampliada* de manera explícita, en su momento, a los *servicios* (o sea, actividades), y que calza perfectamente hoy en el art. 1757 del Código Civil y Comercial. Es importante, pues, la interpretación que se efectúa de este último, especialmente en orden a las *actividades riesgosas*.

Debe advertirse que su aplicación no se ha limitado a lo explícitamente destinado, sino que se ha hecho extensiva a otros supuestos de responsabilidad. Es usual encontrar al art. 40 como fundamento de la responsabilidad objetiva en los más variados supuestos.

Pero, además, debe recordarse que en el art. 10 bis de la ley (incorporado por la ley 24.787), se estatuye que el *incumplimiento de la oferta* o del *contrato* por el proveedor *lo hace responsable* “salvo caso fortuito o fuerza mayor”, ya que se dota al consumidor de los derechos es-

(10) Lima Marques, Claudia – Benjamin, Antônio Herman V. - Miragem, Bruno, *Comentários ao Código de defesa do Consumidor*, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edición, Thomson Reuters, Sao Paulo, 2017, pp. 558-559.

(11) Recuérdese que fue objeto de un veto presidencial y luego no, cuando fue repuesta por la ley 24.999.

tablecidos en la norma, que no son sino consecuencia de la existencia de un incumplimiento por causas imputables.

Así, todo pareciera indicar que, además de la *misma naturaleza de la responsabilidad* (objetiva), *la ley ha consagrado de manera explícita el factor de atribución objetivo*, dejando muy pocos resquicios, que por lo general son llenados mediante la interpretación extensiva indicada. Los casos son innumerables y la opinión mayoritaria así lo postula.

Pero también se presentan algunos contrapuntos.

Un caso paradigmático, en esta cuestión, es “Arregui”, de la Corte Federal, en el que se postuló la existencia, según el caso, de un *factor subjetivo u objetivo en materia de obligación de seguridad*, ello con prescindencia de si existe o no relación de consumo⁽¹²⁾. De todas maneras, se postula el factor objetivo en varios supuestos de obligación de seguridad (generalmente invocándose el riesgo creado o la seguridad misma), entre otros: en materia de transacciones comerciales ante la filtración de datos⁽¹³⁾; lesiones en un viaje de egresados⁽¹⁴⁾ o en locales comerciales⁽¹⁵⁾.

Otra situación es la que se presenta en el terreno de la *responsabilidad de los buscadores de internet*, en donde jurisprudencialmente se ha fundado la responsabilidad en la culpa⁽¹⁶⁾.

También se discute, y con vehemencia, la responsabilidad de las *plataformas de compraventa de bienes y servicios*, existiendo fallos y posicionamientos abiertamente contrapuestos⁽¹⁷⁾.

En Brasil, como dijimos, el caso más ostensible es el ya citado de los profesionales liberales.

Y, actualmente, existen en Europa soluciones *subjetivistas* en la responsabilidad en el marco del Comercio Electrónico (en especial, en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08/06/2000, relativa a “Determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”, arts. 14 y 15), llegándose a afirmar que en el derecho comparado existe una tendencia a subjetivizar la responsabilidad de las plataformas⁽¹⁸⁾.

5. El Proyecto de nuevo Código

Actualmente tienen estado parlamentario dos proyectos, similares pero con algunas diferencias sutiles que no existen en nuestro tema⁽¹⁹⁾.

Por empezar, se reformula la responsabilidad por productos y servicios defectuosos, cuya naturaleza sigue siendo objetiva, pero limitada a este supuesto jurídico, aclarándose que “la responsabilidad es objetiva en los términos del artículo 1722 del Código Civil y Comercial” (art. 115).

Existen además varios supuestos puntuales, en los que se indica que la responsabilidad es objetiva: 1) incumplimiento de la obligación de informar (art. 16); 2) responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones a cargo del proveedor, surgidas de situaciones ante contractuales, la oferta, la publicidad o el contrato (art. 50); 3) relaciones de consumo en entornos digitales –responsabilidad de operadores e intermediarios electrónicos, digitales o similares– (art. 73); 4) en la remozada y extendida obligación de seguridad (art. 117).

No existen supuestos de responsabilidad subjetiva.

(12) CSJN, 26/12/2017, “Arregui, Diego Maximiliano c. Estado Nacional –PFA– y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos 340:1940.

(13) C.Apel., Comodoro Rivadavia, 27/10/2022, “C., C. A. c. T. N. SA s/ sumarísimo”, La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/165778/2022.

(14) CNCCom., sala B, 28/09/2022, “Bardi, Jorge Sebastián c. Travel Rock S.A. y otros s/ordinario”, TR LALEY AR/JUR/137006/2022.

(15) CNCiv., sala F, 17/06/2021, “Gutiérrez, Claudia Noemí c. Arcos Dorados Argentina Sociedad Anónima s/ daños y perjuicios”, RCyS 2021-VI, 226, TR LALEY AR/JUR/82079/2021.

(16) CSJN, 12/09/2017, “Gimbutas, Carolina V. c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 340:1236.

(17) CNCCom., sala D, 22/03/2018, “Kosten, Esteban c. Mercado Libre SRL s/ ordinario”, LA LEY 2018-B, 526; CNCiv., sala K, 05/10/2012, “Claps, Enrique Martín y otro c. Mercado Libre S.A. s/daños y perjuicios”, RCyS 2013-VI, 62, TR LALEY AR/JUR/55788/2012; CNCCom., Sala E, “Vergara, Graciela Rosa c. Energogroup S.A. (Motos del Sur) y otro s/ ordinario”, 20/12/2019. Cita: TR LALEY AR/JUR/51184/2019.

(18) Se citan casos de Reino Unido, Francia, Alemania, España y Australia [Abdelnabe Vila, María Carolina, *Reivindicación de la responsabilidad subjetiva en el régimen de defensa del consumidor*, 02/07/2020, 7, TR LALEY AR/DOC/1461/2020].

(19) Proyecto 0841-D-2022 y Proyecto 3607-D-2022.

6. Nuestra opinión. Prospectiva

No dudamos en afirmar que, *por su propia naturaleza*, el factor de atribución de la responsabilidad civil en las relaciones de consumo no puede sino ser objetivo. La *debilidad estructural* del consumidor frente al mercado justifica por sí sola esta conclusión, que se potencia si se observa la mayor indefensión de la que adolece el consumidor frente a *riesgos* de daño fuertemente potenciados por dicha circunstancia.

Y nos parece que esta situación se presenta, no ya en nuestro ordenamiento solamente, sino en todos en los que existe una tutela diferenciada del consumidor. Es una *realidad subyacente*, que no puede ser negada en su existencia.

De allí que, en consonancia con los postulados antes indicados para la determinación del factor de atribución, *no compartimos las opiniones de quienes entienden, en nuestro ordenamiento, que hoy, de lege lata, pueda postularse una responsabilidad subjetiva en el ámbito de las relaciones de consumo.*

No cabe traer a colación, como argumento, *soluciones legislativas diferentes*, en sustento de una pretendida analogía que *no es tal* y por varias razones.

Se afirma que, ante la *ausencia* de normativa específica, es viable recurrir a lo dispuesto en otros ordenamientos, sin advertirse varias cuestiones: 1) que, en nuestro sistema, la responsabilidad objetiva está consagrada explícitamente en los arts. 40 y 10 bis de la ley 24.240, alcanzando a la gran mayoría de los supuestos; 2) que no existe norma alguna que estatuya la responsabilidad subjetiva; 3) que, en los *pocos lugares* en donde no llega el ámbito de aplicación de los arts. 40 y 10 bis, varios argumentos se imponen para concluir que la responsabilidad es objetiva: la propia *naturaleza* de la situación (que por sí sola debería definir el problema); la fuerza expansiva del art. 1757 del Código Civil y Comercial; y, en el peor de los casos, el criterio hermenéutico de los arts. 3 de la ley y 1094 del Código.

Diferente es discutir (y estamos abiertos a ello), *si corresponde tomar una decisión de política legislativa que consagre, en ciertas parcelas de las relaciones de consumo, el factor subjetivo de atribución.* Sea en la misma ley general, o en alguna ley especial que disponga sobre alguna relación jurídica específica.

En esa contienda argumental, y lo hemos visto y oído de primera mano, suelen *renacer* los viejos argumentos que fustigaban a la responsabilidad objetiva en general, como lo son los efectos económicos en la producción, la tutela de la empresa y de los puestos de trabajo que se generan de algunas actividades (en las que no conveniría consagrar un factor subjetivo), entre otras cuestiones.

Pero de lo que se trata, en rigor de verdad, es de algo *esencial* al sistema: la adecuada *selección* de los criterios valorativos en cuya virtud se justifica esa transferencia de las resultas del perjuicio desde un sujeto a otro⁽²⁰⁾.

Ha vuelto una vieja discusión, que se creía superada, y porque la realidad, siempre fluyente, nos enfrenta ante nuevos escenarios y desafíos, en los que se entremezclan la prevención, la precaución, y afrontar la aparición de nuevos riesgos que ponen en peligro el futuro del planeta o con consecuencias graves para las personas⁽²¹⁾. Es claro que la discusión de un siglo, o medio siglo atrás, fue en un contexto absolutamente diferente.

Es un problema en el que está en juego, como se dijo al principio, la ideología misma de la responsabilidad civil, en la delicada intersección que ella tiene con la ideología misma del sistema de tutela de los consumidores.

Entendemos que soluciones *legales* subjetivistas (las únicas posibles), que no podrán ser sino una *decisión de política legislativa, que prescindida de la naturaleza misma de la responsabilidad, debido al concreto conflicto de intereses que se presente*, deberán ser valoradas con criterio restrictivo, a fin de determinarse si superan el test de razonabilidad de limitación de los derechos constitucionales que se encuentran en juego y que antes hemos referido.

Un caso indudable, en estos tiempos, sería el de la pertinencia de consagrar responsabilidad subjetiva de los profesionales liberales si quedaran alcanzados por el ámbito de aplicación de las relaciones de consumo, de existir la modificación de la ley en este punto⁽²²⁾; fuertes contrapuntos avizoramos en una discusión concerniente a las plataformas de comercio electrónico y a los buscadores de internet.

Se trata, pues, de *un nuevo debate*, que no puede ser abordado bajo los criterios tradicionales, sino en función de esta nueva realidad y los nuevos desafíos que nos presenta el Sistema de las Relaciones de Consumo en esta era a la que hemos ingresado hace poco, la de la hipercomunicación tecnológica.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - DAÑO PUNITIVO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - COMERCIO E INDUSTRIA - OBLIGACIONES - DERECHOS DEL CONSUMIDOR - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - RELACIÓN DE CONSUMO - RESPONSABILIDAD CIVIL - CONTRATOS - PROVEEDOR - CULPA - EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD

(20) Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de Daños. 4. Presupuestos y funciones del Derecho de daños*, p. 355.

(21) Brun, Philippe, *Responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Instituto Pacífico-Lexis Nexis, Breña, Perú, 2015, p. 173.

(22) Incluso, manteniéndose lo dispuesto en el art. 1768 del Código Civil y Comercial.