



# EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD DEL BYSTANDER EN EL DERECHO DEL CONSUMIDOR ARGENTINO

Tesina de graduación de la carrera de  
Abogacía



## TESINA DE GRADUACIÓN

Universidad: Fasta

Facultad: Ciencias Jurídicas y Sociales

Carrera: Abogacía

Título: Evolución y actualidad del Bystander en el Derecho del Consumidor argentino.

Autor: Natiello, Bruno.

Tutor: Álvarez Larrondo, Federico M..

Departamento de metodología: Marcón, Andrea.

Mar del Plata, Prov. Buenos Aires, 2020.

Introducción.....	Pág.4
Problema.....	Pág.4
Definición de consumidor.....	Pág.4
Categoría de consumidores.....	Pág. 5
Consumidor “intra” relación de consumo.....	Pág. 5
Consumidor “extra” relación de consumo.....	Pág. 5
Consumidor expuesto a la relación de consumo.....	Pág. 6
Evolución legislativa nacional del Derecho del Consumidor.....	Pág. 7
Aparición del concepto de consumidor.....	Pág. 7
Ley 24.240.....	Pág. 7
Reforma constitucional de 1994.....	Pág. 8
La relación de consumo.....	Pág. 8
Ámbito Horizontal.....	Pág. 9
Ámbito Vertical.....	Pág. 10
Ámbito Espacial.....	Pág. 10
Recepción jurisprudencial.....	Pág. 11
Fallo “Mosca”.....	Pág.11
Plenario “Obarrio”.....	Pág. 14
Incorporación legislativa del “Bystander” y plena vigencia.....	Pág. 15
Ley 26.361.....	Pág. 15
Análisis de la definición de consumidor expuesto.....	Pág. 16
Fallo “Buffoni”.....	Pág. 17
Críticas a “Buffoni” a la luz del nuevo Código.....	Pág. 19

Reestructuración del “Bystander” .....	Pág. 23
Nuevo código civil y comercial de la Nación.....	Pág. 23
Art 1096. Ámbito de aplicación.....	Pág. 23
Art. 1097. Trato Digno.....	Pág. 23
Art. 1098. Trato equitativo y no discriminatorio.....	Pág. 23
Art. 1099. Libertad de contratar.....	Pág. 24
Art. 1100. Información.....	Pág. 24
Art. 1101. Publicidad.....	Pág. 24
Art. 1102. Acciones.....	Pág. 24
Art. 1103. Efectos de la publicidad.....	Pág. 24.
Fundamentos de la comisión redactora para la “eliminación” del “Bystander” .....	Pág. 24
Críticas a estos fundamentos.....	Pág. 25
Análisis de los art.1 y 1092 a la luz de los tratados internacionales.....	Pág. 29
Principio de progresividad y no regresión.....	Pág. 29
Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.....	Pág. 30
Anteproyecto de reforma de la ley 24240.....	Pág. 30
Principio de progresividad y no regresión en el anteproyecto.....	Pág. 33
Conclusiones.....	Pág. 36
Bibliografía.....	Pág. 39

## I.- INTRODUCCION.

Mediante el presente trabajo nos proponemos explicar el alcance del instituto del “Tercero expuesto” a la relación de consumo en el Derecho argentino, el cual ha ido sufriendo diversas variantes desde su entrada en vigencia hasta la actualidad, razón por la cual buscamos desentrañar el camino transitado dando las razones de las modificaciones, así como también generando críticas y elogios a cada uno de ellos, para luego arribar a nuestros días a fin de hacer referencia al estado actual del instituto.

## II.- PROBLEMA.

El tercero expuesto fue introducido en el derecho argentino mediante el célebre Fallo “Mosca”<sup>1</sup>, de la CSJN.

Posteriormente ingresa al ordenamiento normativo argentino con la sanción de la ley 26.361, otorgando un amplio ámbito de protección al consumidor.

Pero luego, con la sanción y entrada en vigencia del nuevo código Civil y Comercial de la Nación, esta situación se vio alterada ya que la ley 26.994 de creación del citado cuerpo unificado, en su Anexo reformuló la redacción del art. 1 de la LDC, quitando el apartado que hacía referencia al “Bystander”, dejando al consumidor expuesto aparentemente erradicado de la normativa nacional, aunque con alguna protección mediante diversos artículos del CCyCN.

Es por esta razón que mediante este trabajo nos proponemos abordar la temática a fin de arrojar luz sobre los derechos de los terceros expuestos a una relación de consumo.

## III.- ANÁLISIS HISTÓRICO.

### A.- DEFINICION DE CONSUMIDOR.

La definición de consumidor la encontramos en el art. 1 de la Ley de Defensa del consumidor (LDC) el cual lo contempla de la siguiente manera:

*“ARTICULO 1º —Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que*

---

<sup>1</sup> Mosca Hugo Arnaldo C/ Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense) y otros s/ Daños y Perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 de Marzo de 2007, SAIJ: FA07000250.

*adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*

*“Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”*

Dicha redacción quedó configurada de esa manera a partir del 1 de Agosto de 2015, cuando mediante la ley 26.994 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de nación (CCyCN), estableciendo en su Anexo una modificación del último apartado del art.1, el cual consagraba y contenía al consumidor expuesto. La citada norma suprimió del texto hasta ese momento vigente, el pasaje que rezaba: “y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

La definición de consumidor se encuentra receptada también en el CCyCN en el artículo 1092 con una redacción muy similar a la LDC, en la cual tampoco se encuentra la figura del tercero expuesto, la cual no desapareció, pero fue reducida conforme el texto del art. 1096 de ese mismo cuerpo legal.

## **B.- CATEGORIA DE CONSUMIDORES:**

Adentrándonos en la definición de consumidor nos encontramos que la doctrina considera que existen 3 categorías de consumidor, cuales son: (Consumidor “intra” relación de consumo, “extra” relación de consumo y “expuesto”)

- Consumidor “intra” relación de consumo:

*“Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”*

También denominados “consumidor directo” o “consumidor en sentido estricto”, y está compuesto por aquéllos que adquieren por cualquier título, ya sea de manera gratuita u onerosa, un bien o un servicio de manos de un proveedor con carácter de destinatarios finales.

- Consumidor “extra” relación de consumo:

*(...)“Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.*

En el segundo apartado del art.1 de la LDC nos encontramos con el “consumidor indirecto” o “usuario no contratante. Sobre el particular, Cordobera sostiene:

*“Los consumidores equiparados son sujetos que no tienen un vínculo contractual o de derecho público con el proveedor, pero como consecuencia o en ocasión de ello adquieren o utilizan bienes o servicios que fueron adquiridos por un consumidor efectivo con el que los une un vínculo familiar o social”.*

*“Se encuadran en esta categoría, por ejemplo, quien recibe como regalo o presente de estilo un producto defectuoso o quien es invitado a una comida en la que se sirven productos contaminados o adulterados, el acompañante en un automóvil que circula por una ruta con peaje.*

*“Son sujetos que sin estar vinculados directamente con el proveedor, se encuentran legitimados a ejercer los derechos y a ampararse en las normas de defensa de los consumidores”.*  
(Cordobera L. M., S.F)

La manera de adquirir o usar el bien o servicio sin tener contacto con un proveedor, es recibéndolo de manos de otro consumidor, por lo cual queda alcanzado todo vínculo entre consumidores siempre que el adquirente sea destinatario final, y que el bien haya tenido origen en una relación de consumo.

Sobre este tópico, el anteproyecto de ley de defensa del consumidor<sup>2</sup> en su artículo 2 introduce una palabra que refleja y explica muy bien este concepto:

*“Queda equiparado al consumidor 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”.*

La norma mencionada introduce la palabra “originaria” al segundo párrafo de la definición de consumidor, dicho agregado viene a reflejar que si bien el consumidor equiparado no formó parte de la relación de consumo primogénita, luego al adquirir el bien o servicio como destinatario final pasa a formar parte de ella.

- Consumidor expuesto.

(...) “y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

La última categoría de consumidores es el objeto del presente trabajo, respecto del cual iremos pasando revista en torno a su evolución normativa en Argentina desde sus

---

<sup>2</sup>Anteproyecto de reforma de Ley de Defensa del Consumidor presentado en Diciembre de 2018 ante los Ministros de Justicia y Derechos Humanos y de Producción y Trabajo de la Nación.

comienzos hasta nuestros días, proyectando conclusiones incluso sobre su posible futuro normativo.

#### **IV.- EVOLUCION LEGISLATIVA NACIONAL DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR**

##### **A.- APARICION DEL CONCEPTO DE CONSUMIDOR:**

El origen del derecho del consumidor en la República Argentina como ámbito específico de regulación (dado que ya existían normas aisladas previas o que lo protegían de manera indirecta), se da con la entrada en vigencia de la ley 24.240 en el año 1993. Mediante esta ley, comienza en nuestro país, el derrotero de esta rama del derecho que ha ido teniendo un avance vertiginoso hasta la fecha, y que es transversal a todo el ordenamiento jurídico.

##### **1.- LEY 24240.**

La redacción originaria del concepto de consumidor sancionada en el año 1993 establecía:

*“ARTICULO 1º — Objeto. La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios. Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social:*

*a) La adquisición o locación de cosas muebles;*

*b) La prestación de servicios;*

*c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas”.*

En aquellos primeros años, la definición de consumidor no consideraba al tercero expuesto. Es más, para que fuera aplicable la ley, debía existir un contrato de consumo, ya que la “relación de consumo” propiamente dicha se incorpora con la reforma constitucional del año 1994 a través del art.42 de la CN, que es la que otorga el anclaje constitucional a esta novel disciplina.

Nos encontrábamos entonces con una figura de consumidor escueta y restrictiva, con un alcance limitado a determinados vínculos taxativamente fijados y siempre que los mismos

se hubieran originado en una contratación a título oneroso dejando de lado un sinnúmero de situaciones posibles.

No obstante lo acotado de la definición y su alcance, la ley 24240 significó un gran avance en el derecho argentino, ya que puso en el mapa normativo a los derechos de los consumidores, lo cual fue el puntapié inicial para su evolución.

## **2.- REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.**

Mediante dicha reforma se incorpora a la Carta Magna el artículo 42, el cual en su primer párrafo reza:

*ART.42 “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”*

Uno de los puntos culmines en la historia del derecho del consumidor argentino se encuentra en la reforma constitucional del año 1994, cuando mediante el art.42 se introduce a la Carta Magna la defensa de los consumidores, otorgando de esta forma anclaje constitucional al novel derecho consagrado en la ya promulgada ley consumeril.

Esta reforma es fundamental, ya que consagra ciertos derechos básicos que deben ser respetados y no pueden ser modificados por leyes ordinarias, ya que de hacerlo, dichas modificaciones no resistirían el control de constitucionalidad. Esto le da un impulso drástico a esta disciplina.

### **2.a.-LA RELACIÓN DE CONSUMO**

La incorporación del Art. 42 de la CN, no solo otorga determinados derechos sino que viene a instaurar la denominada “relación de consumo”, concepto realmente vanguardista para el derecho argentino, por el cual se supera ese elemento rígido de “contrato de consumo”, para pasar a una noción dinámica y amplia, donde quedan abarcadas situaciones que hasta ese momento quedaban excluidas conforme el texto citado de la ley 24.240.

Nótese lo adelantado de esta norma, que recién desembarca en la legislación infraconstitucional específica, mediante la incorporación por la ley 26.361 del año 2008, en el texto del art.3 de la ley 24.240 el siguiente pasaje: *“Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.”*

El mencionado precepto de nuestra Constitución Nacional generó un cambio de paradigma, debido a que incorporó a la ley suprema un concepto que para nuestro país resultaba novedoso, mediante la cual se erige a los consumidores como una categoría con una especial preeminencia normativa.

Con la incorporación de la relación de consumo, tal como dijimos, se amplían las situaciones fácticas comprendidas, lo cual nos lleva a analizar ya no solo el momento de la contratación o formalización de la adquisición del bien o servicio, sino los distintos ámbitos de defensa y protección al consumidor a saber<sup>3</sup>:

1.- El ámbito horizontal, que es aquel que toma en consideración los distintos momentos de la relación de consumo, alcanzando a la faz pre contractual, a la faz contractual y a la faz post contractual.

La primera se corresponde con aquel momento “*ex ante*”, en el cual el consumidor se encuentra con la oferta, la cual puede ser dirigida a un individuo determinado como así también a terceros consumidores indeterminados; y donde pueden existir las denominadas “prácticas abusivas”.

En la segunda faz, estamos ante el momento propio de la realización del negocio jurídico, en donde adquieren importancia las condiciones propias del contrato e institutos tales como las cláusulas abusivas, que tanto suelen encontrarse en los contratos de adhesión, como en aquéllos con cláusulas predispuestas.

Por último, culminamos con el momento “*ex post*”, el cual abarca aquel que se desenvuelve una vez realizado el acto jurídico y que sigue uniendo al proveedor con el consumidor a lo largo de la relación, tal como podemos ver con el denominado “*Recall*” de productos regulado en el art. 4 del Anexo I del decreto 1798/94, y con el servicio de garantías.

Durante todo este periodo, el derecho del consumo ejerce su protección sobre el consumidor, situación que no ocurría con la originaria LDC, la cual solo tomaba en cuenta el momento de la celebración contrato.

Así es que mediante esta nueva óptica se analiza y regula toda la “vida” de la relación negocial, desde antes de la celebración del contrato hasta aún después del mismo.

---

<sup>3</sup> Alvarez Larrondo, Federico M., es quien diseña el denominado triple impacto de la relación de consumo. Ver en tal sentido ALVAREZ LARRONDO, Federico M., “Manual de Derecho del Consumo”, Ed. Erreius, 2017, pág. 31 y sgtes.

2.- Ámbito vertical, es aquel donde se supera la dicotomía del ámbito contractual y extracontractual.

En este punto, nos encontramos ante un elemento esencial que permite al consumidor exigir el cumplimiento del contrato, no solo del comerciante de quien adquirió el producto o servicio, sino también, de cualquier integrante de la cadena de producción.

De esta forma se supera la rigidez del ámbito contractual-extracontractual, dos décadas antes de la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial, permitiendo a quien revista el carácter de consumidor, accionar judicialmente a fin de obtener el cumplimiento de la obligación aún respecto de quien no fue su contratante directo.

Lo mencionado precedentemente tiene una estrecha relación con el art.40<sup>4</sup> de la LDC, que sólo regulaba el campo de la reparación de daños y no la posibilidad de exigir el cumplimiento de contrato. Pero es más, ese artículo debido al veto parcial del entonces Presidente de la Nación, fue reincorporado recién en el año 1998 mediante la ley 24.999, pasando a integrar, complementar y especificar el andamiaje dado por el art.42 de la CN, en relación a los daños sufridos por los consumidores en la adquisición de productos o servicios.

3.- Por último tenemos el ámbito espacial de la relación de consumo, que se vincula con el espacio físico hasta el cual el proveedor debe responder por la seguridad de las personas que se encuentren dentro del establecimiento así como también en las inmediaciones (Fallo Mosca, art.5 LDC).

En este punto comienza el análisis del “tercero expuesto”, ya que en esta faz se toma en consideración la obligación de seguridad que tiene el proveedor dentro de su establecimiento como así también en un radio geográfico circundante, a fin de que el consumidor no sufra daños.

---

<sup>4</sup>**ARTICULO 40.** — Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio.

La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Esta obligación se encuentra receptada en el art.5 de la LDC, el cual encuentra su fundamento en el principio de indemnidad mediante el cual aquel que se beneficia de una explotación económica deberá hacerse cargo de los posibles daños que genere.

## **V.- RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL**

No podemos continuar sin hacer mención del precedente jurisprudencial mediante el cual se receptó en el Derecho argentino este instituto.

### **A.- Fallo Mosca Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ Daños y Perjuicios”, CSJN, 6 de Marzo de 2007.**

El 30 de Noviembre de 1996 el Sr. Mosca quien se desempeñaba como remisero llevó a dos periodistas hasta el estadio del Club Lanús donde el equipo profesional de fútbol de dicha institución se enfrentaba al del Club Atlético Independiente, quedándose en las inmediaciones del lugar sin ingresar al estadio. Cerca de la finalización del partido se producen incidentes entre las hinchadas donde se arrojaron proyectiles desde las tribunas.

Uno de esos proyectiles se dirigió hacia las afueras del estadio impactando en el ojo del Sr. Mosca, ocasionándole una disminución en su visión del 25 % e impidiéndole que pudiera continuar trabajando. Si bien obtuvo un resarcimiento por parte de su empleador y de una ART, litigó a fin de obtener un resarcimiento mayor acorde con los daños sufridos.

Desconociéndose quien o quienes habían arrojado los proyectiles, y por lo tanto, la identidad del que arrojó el elemento que terminó impactando en el ojo del Sr. Mosca, su demanda fue dirigida contra la Provincia de Buenos Aires por el accionar de la policía, contra el Club Atlético Lanús y contra la Asociación del Fútbol Argentino (A.F.A.).

Esta causa llega a la Corte Suprema de Justicia de la nación, la cual el 6 de marzo de 2007 sentencia disponiendo respecto de la responsabilidad de la Provincia de Buenos Aires que: *“Cuando se trata de un servicio público que el Estado presta a la comunidad, aquél responde directamente por la falta de una regular prestación”*

Asimismo sostuvo que *“No puede afirmarse, como lo pretende el actor, que exista un deber de evitar todo daño, sino en la medida de una protección compatible con la tutela de las libertades y la disposición de medios razonables.”*

Para concluir manifestó que *“La policía actuó conforme con un estándar de previsibilidad de lo que normalmente acontece, lo cual no genera responsabilidad según el Código Civil (arts. 901 a 906).”*

Por dichas razones, la Corte exime de responsabilidad a la Provincia de Buenos Aires, ya que según expresa al ser un servicio público esta respondería ante la falta de una prestación regular, extremo que no se dio en el mencionado suceso, en atención a que había un gran número de efectivos asignados a dicho evento, los cuales fueron los primeros en socorrer al Sr. Mosca y quienes actuaron dentro del margen de previsibilidad que se les puede exigir.

En tanto, en relación al Club Atlético Lanús citaremos los puntos que consideramos destacados procediendo a su comentario al final. La Corte sostuvo:

*“Sobre el particular, en primer lugar corresponde señalar que todo organizador de un espectáculo deportivo tiene una obligación de seguridad respecto de los asistentes, con fundamento general en el art. 1198 del Código Civil y especial en la ley 23.184. Ese deber de seguridad es expresivo de la idea de que quienes asisten a un espectáculo lo hacen en la confianza de que el organizador ha dispuesto las medidas necesarias para cuidar de ellos”.*

*“Resulta irrelevante determinar si el actor estaba un metro más cerca o más lejos del club, ya que es suficiente con que se establezca una relación de inmediatez (consecuencia inmediata) para que se pueda aplicar la regla”.*

*“Esta Corte ha señalado, asimismo, que las relaciones de complacencia ante los integrantes de la hinchada revelan una manifiesta negligencia en el cumplimiento de las medidas de seguridad y que el club organizador del espectáculo deportivo, tiene el deber de tomar todas las medidas necesarias para que el evento se desarrolle normalmente, sin peligro para el público y los participantes (Fallos: 321: 1124, considerando 11), para ello debe impedir el ingreso de inadaptados, y exigir a los concurrentes el cumplimiento de las leyes y reglamentos, extremando las medidas de seguridad a la entrada de los estadios por ejemplo, revisando bolsos, paquetes, portación de armas, etc.”*

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

*“Que no cabe interpretar que la protección de la seguridad prevista en el art. 42 de la Constitución Nacional tenga un propósito meramente declarativo, sino que, por el contrario, es*

*correcta la hermenéutica orientada hacia el goce directo y efectivo por parte de sus titulares. La seguridad que en este caso debe ser entendida, como el simple derecho de asistir a un espectáculo público sin sufrir daño alguno es un propósito que debe constituir la máxima preocupación por parte de quienes los organizan cuando éstos importan algún riesgo para los asistentes, así como de las autoridades públicas encargadas de la fiscalización”.*

La Corte condena al Club Atlético Lanús, por un lado, en virtud de no haber tomado las medidas de seguridad suficientes como para evitar la entrada de inadaptados con elementos potencialmente peligrosos para la salud y seguridad de los asistentes.

Por otro lado, luego de analizar el factor de responsabilidad del club, manifiesta que le corresponde a este velar por el deber de seguridad de las personas que se encuentran no solo dentro del estadio sino también en las inmediaciones del lugar, espacios donde se encuentra el ámbito de control del espectáculo.

Fundamenta esto en el deber de indemnidad de los espectadores, y en la aplicación operativa del deber de seguridad en las “relaciones de consumo”, que se encuentra consagrado en el art. 42 de la CN, el que incluye las situaciones de riesgo creadas en el ámbito precontractual.

Seguiremos por el mismo camino metodológico con respecto a lo dicho sobre la A.F.A:

*“La Asociación del Fútbol Argentino es una entidad muy especial con un importantísimo grado de intervención en lo que hacen los clubes asociados que, como se dijo, alcanza a la fijación de fechas, horarios, contratos de transmisión televisiva y muchos otros obtener una ganancia directa derivada de dichos eventos, todo lo cual permite calificarla como partícipe.”*

*“No es excesivo señalar que deberían haber destinado una parte de sus medios organizativos para prevenir y resolver situaciones como la que originó la presente demanda.”*

*“Que la regla que establece la responsabilidad civil de la Asociación del Fútbol Argentino derivada del control que ella ejerce sobre la organización, la prestación y los beneficios de un espectáculo que produce riesgos para quienes asisten al mismo, es razonable si se juzgan sus consecuencias (Fallos: 302:1284).”*

*“La idea de que los organizadores se ocupan sólo del deporte y sus ganancias, mientras que la seguridad es un asunto del Estado, es insostenible en términos constitucionales.”*

*“La seguridad es un derecho que tienen los consumidores y usuarios (art. 42, Constitución Nacional) que está a cargo de quienes desarrollan la prestación o la organizan bajo su control, porque no es razonable participar en los beneficios trasladando las pérdidas.”*

Con relación a la A.F.A se la condena debido a que esta institución tiene una participación significativa e importante con relación a la organización de los partidos, además de que también participa de las ganancias que los mismos generan, motivo por el cual resultaría inadmisibles que alguien que obtiene beneficios económicos no participe también en el resarcimiento de los daños que se puedan llegar a generar.

**B.- Plenario “Obarrio, María Pía c/ Microomnibus S.A. s/ Daños y Perjuicios” y Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ Daños y Perjuicios”<sup>5</sup>.**

Un año antes del célebre Fallo Mosca, más precisamente un 13 de Diciembre de 2006, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se pronunció sobre un caso centrado en el contrato de seguro de responsabilidad civil ante la “víctima consumidor”.

El Tribunal decide dar respuesta al siguiente planteo:

*“Si en los contratos de seguro de responsabilidad civil de vehículos automotores destinados al transporte público de pasajeros, la franquicia como límite de cobertura -fijada en forma obligatoria por la autoridad de control de la actividad aseguradora conforme la Resolución N 25.429/97- es oponible al damnificado (sea transportado o no)”*

Ante lo expuesto, la mayoría en forma impersonal dijo:

*“1.- El Derecho, como ordenamiento social justo, debe privilegiar las ideas contemporáneas que giran en derredor de un criterio solidarista que tiende a posibilitar la realización individual en el contexto social. En tal sentido, no cabe desentenderse de la desgracia ajena y priorizar intereses puramente economicistas, dejando de lado la reparación del daño injustamente padecido.”*

*“El derecho de daños, en su concepción actual, protege al débil y por ende a la víctima; en esa dirección destaca la función social del seguro, como instituto adecuado a la idea solidarista.”*

*“En tal sentido el daño individual resulta distribuido entre todos los asegurados, procurando que la víctima obtenga una condigna reparación del perjuicio sufrido, sorteando la eventual insolvencia del autor del daño.”*

---

<sup>5</sup>Obarrio María Pía c/ Microomnibus S.A s/ Daños y Perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 13 de Diciembre de 2006, SAIJ: FA06020050.

*“No se trata, simplemente, de hallar sujetos a quienes exigirles la indemnización, sino que el perjudicado sea satisfecho en su reclamo.”*

En el mencionado fallo, la Cámara reunida en pleno sienta una postura solidarista respecto de la naturaleza del contrato de seguro de responsabilidad civil, haciendo hincapié en la protección de la ciudadanía, la posibilidad de desarrollo dentro del contexto social y la necesidad de resarcimiento a la víctima de un siniestro, el cual recaerá sobre las compañías de seguro en la cual el aporte de todos los asegurados confluirá en la indemnización ante un daño individual a fin de lograr la correcta satisfacción del afectado.

Pese a las apreciaciones realizadas, debe mencionarse que el citado fallo fue revertido por la doctrina de la CSJN en los precedentes “Cuello”<sup>6</sup> y subsiguientes, en donde los supremos se embarcaron en una serie de sentencias que marcan una tendencia en cuanto al seguro obligatorio automotor y los consumidores, con decisiones que comenzaron en “Buffoni”<sup>7</sup> pasando por varios precedentes hasta llegar a “Flores”<sup>8</sup>.

Volveremos sobre este tópico al analizar el fallo “Buffoni”, en donde manifestaremos nuestra opinión con respecto a la cuestión atinente al contrato de seguro automotor y el derecho del consumidor, advirtiendo al lector que si bien se tratara el tema con rigor científico y seriedad, su extensión será acotada debido a que desborda el objeto del presente trabajo de investigación.

## **VI.- INCORPORACION LEGISLATIVA DEL BYSTANDER Y PLENA VIGENCIA. LEY 26.361**

*“ARTICULO 1º — Sustitúyese el texto del artículo 1º de la Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor, por el siguiente:*

---

<sup>6</sup> Cuello Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro Antonio y Otro s/ Daños y Perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 de Agosto de 2007, C.724 XLI RHE Fallos :330:3483.

<sup>7</sup> Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín y Otros s/ Daños y Perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 8 de Abril de 2014, B.915 XLVII.RHE Fallos: 337:329.

<sup>8</sup> Flores, Lorena Romina c/ Gimenez, Marcelino Osvaldo y Otro s/ Daños y Perjuicios, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6 de Junio de 2017, SAJ:FA17000027.

*Artículo 1º: Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.*

*Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.”*

Con la modificación introducida por la ley 26.361 en el año 2008, se adecua la ley de defensa del Consumidor al texto constitucional al receptor la “relación de consumo”, y junto con esto se incorpora al derecho argentino el concepto del Bystander.

Esto genera un cambio de paradigma, ya que se pasa a un derecho social, en donde no solo se encuentran comprendidos dentro de la definición de consumidor aquellos que contratan directa o indirectamente con los proveedores, sino también aquellos que en un principio serían considerados terceros para el derecho del consumo, pero que debido a encontrarse “expuestos” a una relación de consumo entre un proveedor y un consumidor, ingresan bajo el amparo de la norma.

Lo que se busca con esto es proteger a las víctimas y hacer responsable a quienes ponen en el mercado un producto o servicio lesivo, ya que al obtener beneficios económicos de ello, también deben hacerse cargo de los posibles daños que de ello se deriven para de esta forma lograr una reparación integral de las posibles víctimas.

#### **a.- Análisis de la definición de consumidor expuesto.**

Como explicara al inicio, la parte final del segundo apartado del art. 1 de la LDC contenía al consumidor expuesto, sobre el cual Barocelli sostenía:

*“Los sujetos expuestos a la relación de consumo los caracterizábamos como aquellos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufrían o estaban en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, comprendiendo tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado (oferta a persona indeterminada, publicidad, prácticas de marketing, condiciones generales de la contratación, etc.) como a víctimas no contratantes de daños por defectos de producto o incumplimiento del deber de seguridad” (Barocelli, 2015)*

Llegamos entonces al consumidor objeto de nuestro análisis. Nos encontramos con una categoría de consumidor centrada en quien no forma parte del vínculo jurídico originario y directo con el proveedor, ni tampoco adquiere el bien o servicio con posterioridad, ingresando a dicha relación de consumo como consumidor “extra-relación de consumo”. Lo que ocurre aquí es que estamos en presencia de alguien que *a priori* sería un tercero para el derecho, pero que en virtud de sufrir un daño derivado de una relación de consumo, que en un comienzo le resultaba ajena, pasa a quedar comprendido dentro del ámbito de protección de la normativa consumeril basado, entre otras cuestiones, en el principio de indemnidad total y del deber de seguridad que pesa en cabeza de los proveedores.

La ley 26.361 no solo amplió el ámbito de aplicación del consumidor directo, sino que incluyó las ya citadas categorías del consumidor “extra relación de consumo” y el “bystander”.

Esta última fue la figura más criticada por un sector de la doctrina en virtud de su alegada definición amplia e imprecisa, la cual podía llegar a generar una incorrecta aplicación de la ley llevándola a contemplar un sinnúmero de situaciones.

No obstante esto, el instituto en cuestión tuvo plena vigencia en el derecho argentino sin sobresaltos ni excesos hasta el año 2015 donde con el nuevo Código Civil y Comercial se vio cercenado su ámbito de aplicación.

Vale recordar una vez más que previo a esta reforma, la CSJN vino a dar el primer golpe mediante el Fallo “Buffoni”<sup>9</sup> antes referido, donde se analiza nuevamente la figura del tercero expuesto.

Dicho precedente -el cual analizaremos a continuación- no ha tenido una recepción pacífica ni armónica por parte de la doctrina. Los hechos, expuestos en el Considerando 1 del fallo fueron los siguientes: *“Que a raíz del accidente de tránsito ocurrido el 20 de agosto de 2000, a las 2.30 horas, en la avenida General Paz -mano hacia el Río de la Plata- a la altura de la intersección con la avenida De los Constituyentes, entre el vehículo utilitario marca Fiat Fiorino y el automóvil Fiat Uno, falleció Maximiliano Ariel Buffoni y Sebastián Vallaza resultó herido. Ambos viajaban en la cajuela del primer rodado, junto con otros tres conocidos”.*

La problemática se centraba en la postura que la Cámara de Apelaciones sostenía siguiendo la doctrina del plenario “Obarrio” en los supuestos de seguro obligatorio como el automotor, donde había afirmado que las cláusulas de exclusión de cobertura en cuanto limitan la responsabilidad de las compañías de seguro resultan inoponibles a las víctimas, ya

---

<sup>9</sup>Buffoni Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ Daños y Perjuicios.” 8 de Abril de 2014.

que la ley tutela un interés superior consistente en la reparación de daños a terceros, volviendo inaplicable la teoría del efecto relativo de los contratos.

La aseguradora en su recurso extraordinario, manifiesta que no deben las compañías de seguro responder más allá de lo estipulado en el contrato; que existen tope máximos a las indemnizaciones; y que en el caso concreto no se había considerado la culpa de la víctima. Es que conforme explicaban, las víctimas viajaban en un lugar no habilitado. A todo ello sumaban el hecho de que la cita del plenario "Obarrio" se había efectuado sin hacer mención de que la CSJN había fallado en contra del mismo en materia de responsabilidad en el transporte público de pasajeros.

Adentrémonos ahora a lo resuelto por la CSJN, que en sus pasajes más destacados sostiene:

9) *Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).*

10) *Que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman.*

11) *Que, por lo demás, la oponibilidad de las cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el Tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379, y causas 0.166. XLIII. "Obarrio, María Pía cl Microómnibus Norte S.A. y otros" y G.327.XLIII. "Gauna, Agustín y su acumulado cl La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008).*

12) *Que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther cl Vallejos, Hugo Manuel y otros si daños y perjuicios", fallada el 9 de diciembre de 2009).*

13) Que, por lo demás, cabe mencionar como pauta interpretativa que la resolución 34.225/09 de la Superintendencia de Seguros de la Nación, que establece las condiciones de la cobertura mínima requerida por el art. 68 de la ley 24.449, aun cuando no resulta aplicable al caso por la fecha de su entrada en vigencia, prevé que el asegurador no indemnizará los daños sufridos por los terceros transportados en exceso de la capacidad del vehículo o en lugares no aptos para tal fin.

14) Que, en consecuencia, demostrados los presupuestos fácticos y la existencia de la cláusula de exclusión de cobertura, no hay razón legal para limitar los derechos de la aseguradora, por lo que corresponde revocar la decisión sobre el punto”

A continuación expondremos nuestra opinión con respecto al fallo en análisis.

## **VII.- CRÍTICAS A BUFFONI, EN PARTICULAR A LA LUZ DEL NUEVO CÓDIGO**

Corresponde en esta instancia plasmar nuestra postura con respecto a los puntos antes mencionados resaltando aquellos aspectos que creemos criticables.

La Corte se expresa diciendo que:

*“El contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil)”*

A nuestro entender resulta evidente que, salvo contadas excepciones de contratos específicos celebrados con grandes empresas, el contrato de seguro no es un contrato paritario celebrado entre dos personas en un pie de igualdad jurídica; por el contrario, lo que ocurre en la generalidad de los casos es que la Compañía aseguradora es quien fija de antemano todas las cláusulas del contrato que por tanto se presenta como de adhesión o predispuesto, dejando a la contraparte sin alternativas, ya que, o firma el contrato tal cual está o simplemente se retira del establecimiento sin celebrar el negocio.

El problema radica en que el seguro automotor según nuestro ordenamiento jurídico, es obligatorio para poder circular, lo cual hace que el contratante no tenga otra opción que firmar los contratos tal cual están, aceptando todas y cada una de las cláusulas estipuladas por el proveedor.

Por estas razones es que consideramos que nos encontramos frente a contratos de adhesión y formularios art.984 Cod.CyCN.<sup>10</sup>

Sobre el particular, Sobrino (2014) explica:

“Así ya lo enseñaba el doctrinario D'Émérigon<sup>11</sup>, en el año 1828 (hace casi doscientos años), cuando explicaba que el contrato de seguros se comercializa a través de formularios pre impresos o contratos de adhesión.<sup>12</sup> (...) “Con posterioridad ello fue ratificado por Georges Ripert y Jean Boulanger<sup>13</sup> quienes enseñaban que no solo que el contrato de seguros es uno de los típicos contratos de adhesión<sup>14</sup>, sino que es el más antiguo de ellos<sup>15</sup>.” (pág. 3)

---

<sup>10</sup>ARTÍCULO 984.- Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.

<sup>11</sup>D'ÉMÉRIGON; *Traité des Assurances et des Contrats a la grosse*, Tomo Primero, Capítulo I 'ObsevationGénérales', Sección III "Des Formules imprimées", página 53, donde se transcriben Pólizas de Seguros preimpresas, como Formule de Marseille; Formule de Nantes; Formule usitée a Bordeaux; Formule de Londres, Rennes, ChezMolliex, Libraire-Editeur, Chez Charles-Béchet, Libraire, Paris, 1828.

<sup>12</sup>MARTORELL, Jorge Enrique; "Emerigon, o el Tratado Clásico de Seguros", publicado en la Revista de Derecho de Seguros, Año 1, Número 3, página 123, donde recuerda que el D'Émérigon trataba el tema "...de los formularios de pólizas impresas...", del mes de Abril de 1972.

<sup>13</sup>RIPERT, Georges - BOULANGER, Jean; *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, traducción de la Dra. Delia GarciaDaireaux, bajo la Supervisión del Dr. Jorge Joaquín Llambías, Tomo IV, 'Las Obligaciones (Primera Parte)', Volumen I, parágrafo nº 53, páginas 48/49, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1987.

<sup>14</sup>BARBATO, Nicolás; "Determinación del riesgo y exclusiones a la cobertura", en *Derecho de Seguros*, página 39, donde expone que "...desde el punto de vista jurídico, son las partes las que fijan la índole y los límites del riesgo cubierto, sobre la base del principio de la autonomía de la voluntad; pero, en los hechos, es normalmente el asegurador -por sí o a través de las agrupaciones de aseguradores que integre- quienes elabora las cláusulas de índole general del contrato...", (la letra negrita, es nuestra), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2001.

<sup>15</sup>STIGLITZ, Rubén; *Derecho de Seguros*, Tomo II, parágrafo nº 377, página 419, donde nos recuerda que Donatti explica que la primera póliza de seguros que se conoce, es del año 1347; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

Vale en este punto realizar una breve referencia a la distinción entre los contratos de adhesión y los contratos de consumo, los cuales se encuentran receptados en el CCyCN de la siguiente manera:

*ARTICULO 984.- Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.*

*ARTICULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.*

La referencia a estos dos tipos de contratos se suelen encontrar juntas en la dinámica consumeril, ya que la mayoría de los contratos de dicha rama son de los dos tipos, aunque pueden encontrarse contratos que no sean de adhesión pero si de consumo. Pese a lo cual existen diferencias entre ambos tal como se desprende de la letra del Código.

Ya que, los contratos de adhesión son aquellos en donde una parte suscribe y acepta las cláusulas estipuladas exclusivamente por la otra, mientras que en los llamados contratos de consumo, su particularidad radica en las características de sus integrantes (consumidor, y proveedor) así como también, en el destino final del producto o servicio que se adquiere.

Con relación a que los damnificados sean considerados terceros, siguiendo nuevamente al autor citado precedentemente, debemos considerar que en el derecho consumeril, al encontrarnos dentro de una relación de consumo, el ámbito de aplicación es mucho más amplio tal como lo hemos expresado anteriormente, con lo cual en virtud del art.42 de la CN, la relatividad de los contratos no es una cuestión tajante, absoluta y definitiva tal como lo expresa Sobrino:

“El Código Civil y Comercial, haciendo escala técnica en el [art. 42](#) de la Constitución Nacional, tiene una visión completamente nueva, dado que resalta la "relación de consumo", que es un concepto mucho más amplio y abarcador.”

Así, debemos recordar lo enseñando por (Lorenzetti, 2003), al explicar que: "...el Derecho Civil diseñó el principio de los efectos relativos de los contratos. El Derecho del consumo lo destruyó...".

Luego el Máximo Tribunal expresa:

*"esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior"*

Una vez más no compartimos los fundamentos del Máximo Tribunal, dado que en el ámbito de una relación de consumo y en virtud de lo normado por el art.3 de la LDC, en caso de duda la interpretación siempre debe ser la más favorable para el consumidor ("in dubio pro consumidor"). Es que ante una ley de Orden Público con anclaje constitucional como la consumeril, la cual se encuentra contenida además en el Código Civil y Comercial (donde según los fundamentos de la Comisión Redactora, se fijan pisos mínimos protectorios), resulta contradictorio sostener la postura que enarbola el Tribunal, máxime cuando tal solución fue incorporada por los artículos 1094 y 1095 del CCyC.

Acompañamos a STIGLITZ cuando menciona que:

*"En el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial" (STIGLITZ, 2016)*

Ante un conflicto entre estas normas y la ley de seguros, no existe duda de que deben primar las primeras.

Y por último a fin de afianzar lo antes mencionado se ha dicho que:

*"parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor" (DELL OREFICE Carolina y PRAT Hernan, 2015)*

### **VIII.- REESTRUCTURACIÓN DEL BYSTANDER. NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION.**

Con la modificación del Código Civil y Comercial se produce la incorporación del derecho del consumo a la letra del código, lo cual es un avance importante para la disciplina, ya que actualmente se encuentra regulada en dos cuerpos legales distintos, por una lado en la LDC y por el otro, en la propia letra del nuevo cuerpo Civil y Comercial.

Esta doble fuente normativa encuentra en el CCyCN un piso mínimo protectorio, el cual busca que las normas del derecho del consumo obtengan una protección pétrea, ya que es más difícil de modificar un código que una mera ley.

No obstante estos beneficios logrados con la ley 26994, los cuales resultan muy positivos para la defensa de los derechos de los consumidores, en contrapartida se modificó una parte trascendental de la ley del consumidor; esto es el apartado final del art.1 el cual rezaba la ya referida frase:“(…) y aquel que de cualquier manera se encuentre expuesto a una relación de consumo”.

Con la modificación se suprime del art.1 las líneas que contenían al tercero expuesto a la relación de consumo. Y en el art. 1092 del CCyCN, donde se recepta por duplicado dicha figura, tampoco se encuentra contenido.

Recién se lo regula en el art.1096, en donde se les otorgan los siguientes derechos: a recibir un trato digno equitativo y no discriminatorio; a gozar de libertad para contratar; de información y a ser protegido ante la publicidad lesiva. El marco normativo es el siguiente:

*ARTICULO 1096.- Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092.*

*ARTICULO 1097.- Trato digno. Los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.*

*ARTICULO 1098.- Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en*

*pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores.*

*ARTICULO 1099.- Libertad de contratar. Están prohibidas las prácticas que limitan la libertad de contratar del consumidor, en especial, las que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y otras similares que persigan el mismo objetivo.*

*ARTICULO 1100.- Información. El proveedor está obligado a suministrar información al, consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.*

*ARTICULO 1101.- Publicidad. Está prohibida toda publicidad que:*

*a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;*

*b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;*

*c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.*

*ARTICULO 1102.- Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.*

*ARTICULO 1103.- Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente.*

Tal como se puede apreciar, entre los derechos receptados por los artículos citados precedentemente, nada se dice en relación a la seguridad del consumidor, generando en una primera lectura, una aparente desprotección ante los daños que éstos pudieran sufrir.

## **IX.- FUNDAMENTOS DE LA COMISION REDACTORA PARA LA CUASI “ELIMINACIÓN” DEL BYSTANDER**

Entre los argumentos esgrimidos por la Comisión Redactora del CCyC para la reducción del campo de aplicación de la figura se encuentran los siguientes:

*“En especial cabe mencionar la figura del “consumidor expuesto”, incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente, si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas, lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en la frase “expuestas a una relación de consumo”, han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las “Prácticas abusivas” toda vez que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable.”<sup>16</sup>”*

La comisión redactora al momento de manifestar sus fundamentos con relación al art.1092 y al tercero expuesto, se proclamaron diciendo que art. 1 modificado por la ley 26.361 fue una incorrecta traslación del código de Brasil, ya que la recepción de este instituto por parte del derecho argentino fue realizada sin los límites originarios de la legislación brasileña, la cual lo encuadraba dentro del apartado de las prácticas abusivas, y que mientras tanto con la ley 26.361 su incorporación fue excesiva, sin poner dichos límites, llegando hasta el punto de hacer responsable a las compañías de seguro por los daños sufridos por una víctima de un accidente de tránsito.

#### **a.- CRITICAS A ESTOS FUNDAMENTOS.**

Tal como señala Alvarez Larrondo (2017) la Comisión realizó una parcial referencia al ordenamiento brasileño, ya que tan solo se hace mención del art.19 del Código de Defensa del Consumidor de dicho país, pero no se hace referencia al artículo 17 el cual expresamente establece “Art.17. Para los efectos de esta Sección, se equiparan a los consumidores, todas las víctimas del evento.”

En esta apartado seguiremos entonces el análisis realizado por el autor citado, quien en uno de sus tantos trabajos académicos menciona:

---

<sup>16</sup>Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Agosto de 2012, ISBN: 987-978-28449-0-5.

Vale destacar que la cita que se hace del artículo 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil resulta parcial, lo cual es preocupante. Es que dicha norma del vecino país establece: “art. 29. Para los fines de este capítulo y del siguiente, se equiparan a consumidores todas las personas determinables o no, expuestas a las prácticas aquí previstas” (...)

Ahora bien, los capítulos referenciados en la norma, son el capítulo V y VI. El primero se titula “De las Prácticas Comerciales”, y en sus distintas Secciones regula temas tan amplios como “Sección I- De las Disposiciones Generales, Sección II- De la Oferta; Sección III- De la Publicidad; Sección IV- De las Prácticas Abusivas; Sección V- De la Cobranza de Deudas; Sección VI- De los Bancos de Datos y Catastros de Consumidores” (...)

En tanto, el Capítulo VI, titulado “De la Protección Contractual”, regula “Sección I- Disposiciones Generales; Sección II- De las Cláusulas Abusivas, Sección III- De los contratos de Adhesión”. (Pág.83.)

De esta forma nos encontramos con que la situación mencionada por la Comisión Reformadora no era tal, ya que la legislación brasileña, no solo contempla el supuesto de prácticas abusivas a la hora de regular al tercero expuesto, sino que también dentro de la misma se encuentra otros supuestos que van más allá de la mera contratación.

*El autor citado precedentemente continúa diciendo que:*

*Respecto de la citada norma, el gran maestro brasileño Antonio Herman de Vasconcelos y Benjamin explicaba que: (...) “El consumidor es, entonces no solo aquél que “adquiere o utiliza un producto o servicio” (art.2º), sino también las personas “expuestas a las prácticas” previstas en el Código (art.29º). Vale decir: puede ser visto concretamente (art.2º) o abstractamente (art.29º). En el primer caso se impone que haya o que esté por haber adquisición o utilización. De manera distinta, en el segundo, lo que se exige es la simple exposición a la práctica, aun cuando no se consiga encontrar, concretamente, un consumidor que esté en vías de adquirir o utilizar un producto o servicio”<sup>17</sup>(Pág.83)*

*Ahora bien, la Comisión Redactora, al invocar el régimen brasileño, y que sí reviste gravedad, omite recordar ni más ni menos, el artículo 17 del Código de Defensa del consumidor que expresamente establece “Art. 17. Para los efectos de esta Sección, se equiparan a los consumidores, todas las víctimas del evento”. Dicha Sección, la II del Capítulo IV de (“De la Calidad de Productos y Servicios, de la Prevención y de la Reparación de los Daños”), se intitula como “De la responsabilidad por el hecho del producto y del servicio”.(Pág.84)*

Aquí nos encontramos ante un elemento esencial, producto de la referencia fraccionada e incompleta realizada por la Comisión Reformadora, lo que genera que no se

---

<sup>17</sup>DE VASCONCELOS E BENJAMIN, Antonio Herman, “Codigo Brasileiro de Defesa do Consumidor” 3º ed. Río de Janeiro, Ed. Forense Universitaria, p.147.

tome en consideración un artículo clave, que forma parte del engranaje del CDC del vecino país, en el cual se recepta al Bystander dentro de su Ordenamiento legal, ya que se equipara al consumidor a las víctimas de un evento dañoso, otorgándoles por lo tanto, carta de ciudadanía a la figura, permitiendo acceder a los tribunales a fin de realizar los reclamos respectivos.

*Continúa Álvarez Larrondo mencionando que:*

*Como sostiene Vieira Sanseverino, “con el rigor de la regla restrictiva del art. 2º parte final del CDC, el Bystander quedaría fuera de la protección conferida por el legislador, pues no es destinatario final del bien o servicio que le causó el daño. Más, esas víctimas son abarcadas por fuerza de la regla de extensión del artículo 17 del CDC, teniendo, inclusive, legitimidad para accionar directamente contra el proveedor responsable por los daños sufridos. Se supera, en definitiva, la regla de la privity of contract (principio de relatividad de los contratos).(…) “Más, en base a la regla del artículo 17 del CDC, la persona jurídica y el intermediario, aun cuando no sean destinatarios finales, quedaran equiparados al consumidor, cuando sean víctimas de un accidente de consumo.”<sup>18</sup>(Pág.84 y 85)*

*Al suprimir al expuesto en la redacción amplia que poseía la ley 24.240, y no incorporar en el nuevo código al Bystander regulado en el artículo 17 del Código de Defensa del Consumidor brasileño, se ha dejado sin tutela efectiva a la víctima de accidentes de consumo”.*(Pág.85)

De este modo se observa como en el vecino país, las víctimas de accidentes de tránsito obtienen total defensa dentro del derecho consumeril, mientras que en nuestro país, con la reforma realizada, se les ha limitado, debido a una apreciación del derecho brasilero que según se desprende del análisis realizado no ha sido la más acertada.

Y por último, a fin de sumar certezas en el lector sobre la correcta interpretación de la figura en el derecho comparado, acompañamos el fallo jurisprudencial mencionado por el autor de referencia de este apartado el cual nos muestra la siguiente situación:

*En el año 2006, el Superior Tribunal de Justicia, hubo de resolver el siguiente caso: “una pequeña aeronave realizaba transporte de encomiendas para el Banco de Brasil. En uno de sus continuos viajes, sufre un desperfecto y cae sobre una residencia particular. El damnificado, dueño de la vivienda siniestrada, inicia su acción por daños y a los fines de lograr la inversión de la carga probatoria respecto de la responsabilidad de la empresa aérea, invoca su carácter de consumidor expuesto.*

*El debate se genera de inmediato, dado que para que hubiera consumidor expuesto, debía previamente acreditarse la existencia de una relación de consumo y en el caso se trataba de dos personas jurídicas.*(Pág.85)

---

<sup>18</sup>VIEIRA SANSEVERINO, Paulo de Tarso, “Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor” Ed. Saraiva, San Pablo, 2002, pág.208 y sgte.

*Las instancias previas del Estado de San Pablo, rechazaron la invocación del CDC argumentando que en el caso existía una relación regida por el Código Aeronáutico, dado que las empresas partícipes del negocio de transporte aéreo de documentación, no conformaban con su obrar una relación de consumo.*

*Más al llegar al caso al Máximo Tribunal del Brasil, muy por el contrario, el mismo afirmó: “Queda caracterizada la relación de consumo si la aeronave que cayó sobre la casa de las víctimas realizaba servicio de transporte de encomiendas para un destinatario final, aún persona jurídica, toda vez que el art.2 del CDC no hace tal distinción, definiendo como consumidor, para los fines protectivos de la ley (...) a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final”.<sup>19</sup>*

*En este caso, el STJ considera que el transporte aéreo de mercaderías, no hacía a la actividad propia de la entidad financiera, dado que no era “insumo”. En consecuencia al ser una adquisición anexa a su actividad principal, revestía el carácter de consumidor. Y con ello, al mediar una relación de consumo, permitió al tercero expuesto y víctima de la prestación defectuosa de esa relación, invocar en su beneficio el régimen de tutela del consumidor, desplazando de ese modo, ni más ni menos, que al férreo Código Aeronáutico, con sus indemnizaciones tarifadas. (Pág.86)*

Este precedente jurisprudencial resulta categórico, y viene a echar luz sobre el alcance otorgado de la figura de estudio.

Se refleja claramente en el mismo, como el STJ antepone el derecho del consumidor por sobre el código Aeronáutico, al considerar que nos encontramos dentro de una relación de consumo, razón por la cual la indemnización tarifada es dejada de lado, a fin de ser fijada y regulada según las normas consumeriles.

Esto se debe, a que los jueces consideraron que la víctima se encontraba expuesta a una relación de consumo entre la aerolínea y su cliente, motivo por el cual, en virtud de ello corresponde realizar dicho encuadre jurídico dentro del marco del Código de Consumo, equiparando a esta persona que en un principio era un tercero, a un consumidor otorgándole plena protección y permitiéndole demandar por los daños y perjuicios ocasionados soslayando la ya mencionada normativa del Código Aeronáutico.

Por consiguiente se puede observar, que el instituto en análisis desborda la mera protección de las prácticas abusivas, abrazando otros supuestos donde también queda incluido. Es por esta razón que sostenemos que la traslación realizada por la Comisión Reformadora es incompleta y errónea.

---

<sup>19</sup> STJ Resp. 540.235, 3º T. 07.02.2006.

## **b.- ANALISIS DE LOS ART.1 Y 1092 DEL CCYCN A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES**

Cuando pensamos en el derecho de consumo tenemos que tener en cuenta que nos encontramos ante una rama del derecho que se encuentra amparada por la C.N en su art.42.

Por lo cual y aunque parezca obvio, se debe realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad, con relación a las demás leyes que intenten imponer y modificar sus preceptos.

Ante la reforma de la ley 26.994 y alteración del tercero expuesto, nos vemos obligados a cotejarlo con tratados internacionales con los que entra en conflicto, en un todo conforme con lo dispuesto por el artículo 1 del CCyCN<sup>20</sup>

Tenemos que hacer referencia entonces al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la aplicación de los principios de progresividad y de no regresividad.

### **B.1.- PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIÓN**

Una especial reseña merece este principio, el cual es sustento base de la teoría que refuerza y remarca la vigencia del instituto.

Este principio se centra en la imposición a los Estados signatarios del deber de ir hacia una ampliación del cuadro de derechos reconocidos a las personas, generando por un lado un piso mínimo de derechos, así como también una proyección ascendente que permita la evolución de las garantías de la ciudadanía.

Otorga una doble vertiente, ya que por un lado sirve como base y guía a seguir para la ampliación de derechos, pero en contrapartida, genera mediante su contracara (el principio de no regresión), una defensa de aquellos derechos ya adquiridos por los habitantes, lo que en la práctica, se traduce en el hecho de que si mediante una nueva ley se intentan restringir derechos, por aplicación de este principio, esta reforma resulte inconstitucional por violentar una norma convencional.

---

<sup>20</sup>ARTICULO 1°.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Esto es precisamente lo que ocurre con la mentada reforma del CCyCN, la cual atenta gravemente contra este principio al intentar cercenar derechos ya concedidos a la ciudadanía, al suprimir de la definición de consumidor al tercero expuesto debilitando su ámbito protectorio, y generando un ámbito de desprotección en materia de daños, y reduciendo su ámbito de aplicación a ciertas materias determinadas, lo cual a nuestro modo de ver resulta inadmisibles y violatorio del principio en estudio.

## **b.2. DIRECTRICES DE MAASTRICHT SOBRE VIOLACIONES A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.**

Las Directrices de Maastricht dictadas por la Unión Europea y que constituyen una fuente válida de interpretación aún para nuestros Tratados, establece en su artículo 14:

*“14. Las acciones directas de los Estados o de otras entidades no reguladas adecuadamente por el Estado pueden resultar en violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales. A continuación se mencionan algunos ejemplos de dichas violaciones:*

*a) La anulación o suspensión de cualquier legislación que sea necesaria para seguir ejerciendo un derecho económico, social y cultural que esté vigente en ese momento.*

*(...) d) La aprobación de cualquier legislación o política que sea claramente incompatible con las obligaciones legales preexistentes relativas a estos derechos, salvo cuando esto se hace con el propósito y efecto de aumentar la igualdad y mejorar la realización de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables.*

*e) La adopción de cualquier medida que sea intencionalmente regresiva y que reduzcan el nivel de protección de cualquiera de estos derechos. (...)”<sup>21</sup>*

En igual sentido, las mencionadas directivas vienen a apoyar lo ya dicho anteriormente, en cuanto a que la reforma estaría violentando de igual manera las normas allí contenidas.

## **X.-ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY 24240.**

El 6 de Diciembre de 2018 la Comisión Redactora para la reforma de la ley de Defensa del Consumidor, elevó a los Señores Ministros de Justicia y Derechos Humanos y

---

<sup>21</sup>Maastricht, 22-26 de enero de 1997.

de Producción y Trabajo de la Nación el "Anteproyecto de ley de Defensa del Consumidor", cuya elaboración les fuera encomendada desde la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, dependiente del Ministerio de la Producción y Trabajo de la Nación, y luego articulada con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en el marco del Programa Justicia 2020.

La Comisión fue coordinada por Carlos Hernández y tuvo como miembros a Fernando Blanco Muiño, Gabriel Stiglitz, Belén Japaze, Sebastián Picasso, Javier Wajntraub, Leonardo Lepíscopo, Carlos Tambussi, María Eugenia D'Archivio, Roberto Vázquez Ferreyra, Cosimo Gonzalo Sozzo y Federico Ossola

Según expresan, buscan una reforma integral de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

Recientemente, la Comisión de Defensa del Consumidor, del Usuario y de la Competencia de la Cámara de Diputados, comenzó a analizar el nuevo Código de Defensa del Consumidor. En base al trabajo mencionado, se presentaron dos proyectos, uno perteneciente a la oposición publicado el día 16 de Junio 2020 en el trámite parlamentario N° 73, y otro al oficialismo de fecha 1 de Octubre 2020, trámite parlamentario N°139.

No obstante lo cual, continuaremos el análisis de este apartado en relación al mencionado Anteproyecto, realizando las correspondiente referencias en aquellos puntos dispares o modificados.

Ingresando al análisis del mismo nos encontramos con que el art. 2º del Anteproyecto, bajo el título de "Categoría de consumidor" se establece:

"... Es consumidor 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..."

"... Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo originario, 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..."

"... Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo..."<sup>22</sup>

Esta nueva definición sobre el bystander hace referencia a la "seguridad", incorporación que consideramos trascendental para lograr arribar a la conclusión de que con

---

<sup>22</sup> En ambos proyectos presentados, el último apartado se expresa de la siguiente manera: " El presente Código es aplicable a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo a consecuencia de la información, la publicidad, las prácticas abusivas y el deber de seguridad"

esta reforma, se pretende volver a brindar una protección más cabal y amplía a los consumidores.

Como apoyo a esta tesitura se hace notar que el Anteproyecto de reforma a la ley 24.240 tiene en mirar revertir la situación legislativa instaurada, ya que contiene una serie de principios entre los cuales en su sección Segunda se encuentran:

#### *Sección 2ª - Principios*

*“5. Principios. Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios: 1. Principios de progresividad y no regresión. El Estado adopta medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor;”*

Este nuevo anteproyecto viene a respaldar varias cuestiones planteadas anteriormente.

Encontramos en él un avance en cuanto a que la inclusión de principios dentro de la ley le otorga a los jueces la posibilidad de echar mano a ellos a fin de lograr una defensa de los derechos de la ciudadanía.

A modo de ejemplo, se puede hacer referencia a los principios de prevención y protectorios, principios normalmente reservados para el derecho ambiental pero que ya desde hace un tiempo han ido ampliando su campo de aplicación haciendo su irrupción mediante este proyecto dentro de la rama consumeril, (si bien el principio de prevención se encuentra contemplado en el Código de Implementación de Derechos del Consumidor de la Provincia de Buenos Aires, ley 13.133 desde el año 2003, es la primera vez que se incluye en el marco de la legislación general específica) dotándolo a este de una gran herramienta con alcances sumamente amplios.

Pero también hay que poner de manifiesto que la ley incluye el principio de progresividad y de no regresión de los derechos, con lo cual se refuerza la postura doctrinaria que basaba la subsistencia de la total protección y amplitud de derechos del Bystander.

Vale mencionar que en los fundamentos del Anteproyecto se señala que:

"... se sigue al Despacho I.2 —aprobado por unanimidad— de la Comisión N° 8 de las XXV Jornadas de Derecho Civil (Buenos Aires, octubre de 2013) en donde se dijo que: “la categoría de

consumidor y usuario reconocida en nuestro ordenamiento jurídico comprende al destinatario final de bienes y servicios, y al expuesto a la relación de consumo. Esta última figura amplía la categoría conceptual del consumidor y usuario con sustento en la función preventiva y reparatoria que despliegan numerosos institutos del Derecho del Consumidor y se justifica también por la proyección colectiva que suele tener la afectación de sus derechos".<sup>23</sup>

E incluso en los mismos fundamentos se indica que se sigue esta corriente doctrinaria a fin de *"zanjar las disputas que aún existen en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia"*.

Todos estos motivos nos llevan a considerar que normativamente se pretendería incluir al tercero expuesto con un ámbito de aplicación mayor al que se encuentra en la actualidad (aunque menor a la que ya poseía nuestro ordenamiento a partir de la ley 26.361), cuya tutela acotada se encuentra diseminada en diversos artículos a lo largo del CCyCN.

Compartimos el análisis de Sobrino (2019) quien observa que la duda que podría generarse en torno a este punto, sería si el "renacido" bystander lo ha hecho con toda la amplitud de la que gozaba con la ley 26.361 o si es una mención en la cual se le siguen restringiendo derechos.

El autor expresa que si optamos por la tesitura restringida, tenemos que tener en cuenta que se estaría conculcando el principio de progresividad y no regresión, que ya no solo se encuentra en tratados internacionales, sino que ahora también está incluido como principio dentro del nuevo anteproyecto de ley, motivo por el cual y hasta por una cuestión de lógica interna no se podría privar de determinados derechos y otorgar otros, haciendo una discriminación entre unos consumidores y otros.

En la misma línea de pensamiento al analizar el párrafo final del art. 2º del Anteproyecto el cual reza:

*"Las reglas sobre información, publicidad, prácticas abusivas y seguridad son aplicables a quien se encuentra expuesto a una relación de consumo"*.

Frustagli (2019) sobre este tópico manifiesta que:

*Se emplea una redacción asertiva para volver a incluir al expuesto dentro del ámbito subjetivo de aplicación del régimen consumeril, extendiéndose la protección de manera explícita a los sujetos, determinados o indeterminados, que vean amenazada o afectada la seguridad a la que tienen derecho en el mercado. (Pág 5)*

---

<sup>23</sup> Anteproyecto de Ley Nacional de Defensa del Consumidor, IJEditores—Legislación, Publicación B.O.: 01/12/2018.

Esta incorporación, sumado a lo dicho en la parte introductoria, consideramos que marca la tendencia respecto sobre la completa defensa de los derechos del tercero expuesto, volviendo a aquel estado de protección integral vigente desde el 2008 hasta el 2015, revirtiendo aquella postura restrictiva dada por el Código civil y comercial y expresada también en sus fundamentos.

#### **XI.- PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIÓN EN EL ANTEPROYECTO.**

El anteproyecto incluye en su artículo 5 al mencionado principio.

Sobre este tópico Sahian (2019) Indica lo siguiente:

*La progresividad se traduce en el deber del Estado de adoptar medidas técnicas, económicas, legislativas y reglamentarias para lograr sucesivamente la plena efectividad de los derechos garantizados, hasta el máximo de los recursos disponibles. El compromiso incluye incrementar el nivel de goce de los derechos ya reconocidos, admitir aquellos no reconocidos y asegurar un mínimo de protección. (...)*

*Una de las manifestaciones que genera la pauta de progresividad es la "no regresividad" o "prohibición de retroceso", en virtud de la cual no pueden admitirse retracciones ni fácticas ni normativas en las políticas públicas destinadas a dotar de vigencia efectiva a los derechos cuya protección se procura. (Pág.1)*

No obstante esto, la crítica que se podría realizar a la aplicación de este principio al derecho del consumidor es que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se aplica a los Derechos Humanos, y que el Derecho del Consumidor no reviste tal carácter.

Como respuesta a este cuestionamiento acompañamos a Sahian (2019) quien menciona:

*Que el principio de progresividad no solo alcanzaría a los DESC convencionalmente previstos en forma explícita en los Tratados Internacionales, sino que sería extensivo a todo otro derecho social de rango constitucional, entre los que se contarían —en nuestro régimen— los de los consumidores<sup>24</sup>. Así, en un segundo estadio, el principio de progresividad trasciende las fronteras del derecho de los*

---

<sup>24</sup>Sahián, José H., Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores. Diálogo con los Derechos Humanos, La Ley, Buenos Aires, 2017, ps. 490 a 493.

derechos humanos, para alcanzar dimensión constitucional<sup>25</sup>. Este parece ser el razonamiento asumido por nuestra Corte.<sup>26</sup> (Pág.1)

Vale aclarar en este punto que no nos encontramos ante una postura aislada:

*En este punto la Comisión Reformadora tomó las enseñanzas de una parcela significativa de nuestra doctrina, que contribuyó a la construcción del concepto que ahora refleja el Anteproyecto. Por mencionar solo algunos: el maestro Gabriel Stiglitz<sup>27</sup>, Tambussi<sup>28</sup>, Barocelli<sup>29</sup>, Ghersi<sup>30</sup>, Villaragut y*

---

<sup>25</sup>Vid. Vargas Gamboa, Nataly V., "Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia", en Bandeira Galindo - Torres Pérez (coords.), Protección Multinivel de los Derechos Humanos. Manual, cit., p. 340.

<sup>26</sup>"... el principio de progresividad o no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no solo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia" (cfr. CS, Fallos 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, considerando 10; Fallos 328:1602, voto del juez Maqueda, considerando 10; Fallos 331:2006, voto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, considerando 5º).

<sup>27</sup>Stiglitz, Gabriel, "Tutela judicial progresiva del consumidor", Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, 2013-II-183 y ss., La Ley, Buenos Aires. En similar criterio, también del prestigioso jurista: "El Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial unificado. Diálogo de fuentes", en Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 261; "Los principios del Derecho del Consumidor y los derechos fundamentales", en Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, cit., t. I, p. 311, entre otras publicaciones.

<sup>28</sup>Tambussi, Carlos E., "Ejecución de pagarés de consumo y diálogo de fuentes", Revista Código Civil y Comercial, La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 205 y ss; ídem Tambussi, Carlos E., "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos", Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas, Universidad de Alas Peruanas, Lima, nro. 13, año XII, 2014, p. 97; Tambussi, Carlos E., "Elementos interpretativos y de fondo propios de los derechos humanos en las normas de consumo del Código Civil y Comercial", en Tambussi, Carlos E. (dir.), Ley de Defensa del Consumidor, Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 445 y 447

<sup>29</sup>Barocelli, Sergio S., "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", DCCyE, La Ley, Buenos Aires, febrero de 2015, ps. 63 y ss. Documento © Thomson Reuters Información Legal 7.

<sup>30</sup>Ghersi, Carlos A., "Las relaciones del manual del usuario con la ley de derechos del consumidor, el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de responsabilidad del Estado", en LL Online, AR/DOC/1445/2015.

*Calderón<sup>31</sup>, Garrido Cordobera<sup>32</sup>. Incluso autores especializados en derechos humanos han consentido que, aun cuando los derechos de los consumidores no formen parte del catálogo habitual del derecho de los derechos humanos, se reconocen contenidos en la previsión del art. 26, CADH.<sup>33</sup> (Pág.3)*

Estas cuestiones nos llevan a concluir que al Derecho del Consumidor no solo se le pueden, sino que se le deben aplicar estos principios y en virtud de ello ante las sucesivas reformas que se pretendan realizar sobre él, deberá efectuarse un control no solo de constitucionalidad sino de convencionalidad.

## **CONCLUSIONES**

La “vida” del instituto objeto de esta tesina, ha ido variando notablemente, desde su inexistencia en la ley 24240, a su brillante incorporación mediante la ley 26361, pasando por su restricción o reestructuración con el Código Civil y Comercial de la Nación, y finalizando con su “renacer” en el novel anteproyecto de reforma.

El camino recorrido no ha sido pacífico y todavía queda mucho por decir en torno a esta temática, más allá que consideramos que con la nueva reforma se viene a zanjar y a poner fin a ese halo de sombra que pesa sobre el “Bystander”.

Y es de notar, que es una figura que genera un cierto rechazo, escepticismo y hasta misticismo en torno a su aplicación. Algunos doctrinarios incluso la han demonizado por su vaguedad y por las implicancias inalcanzables que podría llegar a tener u ocupar.

Es por esto que durante sus años de aplicación plena (2008 a 2015) varios se pronunciaron en este sentido, más en la práctica jurisprudencial no se llegaron a vislumbrar aquellos fatídicos temores.

---

<sup>31</sup>Villarragut, Marcelo - Calderón, Maximiliano R., "El beneficio de gratuidad de la Ley de Defensa del Consumidor en la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones de Córdoba", LL Córdoba, 2011, (noviembre), ps. 1047 y ss.

<sup>32</sup>Garrido Cordobera, Lidia M. R., "La aplicación de la prescripción del art. 50 LDC y el principio 'pro consumidor'...", en Stiglitz, Gabriel - Hernández, Carlos (dirs.), Tratado de Derecho del Consumidor, cit., t. IV, ps. 87-92

<sup>33</sup>Courtis, Christian, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, UNAM, México, 2008, ps. 388 y 389; ídem Gialdino, Rolando E., "Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos", LL 2013-E-909 y ss.

Estas cuestiones sumadas al ya conocido “lobby” empresarial, generaron su modificación mediante ley 26.994, la cual vino a ocasionar este estado de incertidumbre en torno a su alcance.

El anteproyecto de ley en su actual redacción, pregona de manera clara y evidente, primero, la incorporación de principios dentro de la propia ley, entre los cuales se encuentra el de progresividad y no regresión, generando que ya no se tenga que recurrir a una Convención internacional sino que ahora mediante la aplicación de la propia ley se sustenta y sostiene al “tercero expuesto”.

Pero no solo esto trae el anteproyecto, sino que también, dentro de la categoría de consumidor incluye expresamente la figura del “Bystander”, dotándolo nuevamente con carta de ciudadanía dentro de la ley de defensa del consumidor, de la cual había sido borrado.

Y a diferencia del Código Civil y Comercial de la Nación que lo relega solamente a determinados artículos y derechos, el anteproyecto lo incluye en la definición, lo cual genera que no se le pueda limitar la protección o aislarlo de determinadas garantías.

El pasado del “tercero expuesto” de un momento de esplendor con el Fallo “Mosca” y luego con su incorporación normativa, paso a un presente menos brillante, atento a que para dotarlo de plena operatividad tiene que recurrirse a principios contenidos en Tratados internacionales. Sin embargo su futuro se avecina como un nuevo comienzo, ya sin dudas, en el que retomara su rol con todas sus fuerzas.

El instituto del “Bystander” pese a la crítica por su laxitud o imprecisión no deja de ser una gran herramienta que bien implementada lleva a la defensa de la parte más débil de la relación de consumo. No debemos olvidar que si bien las leyes plantean cuestiones generales y se busca regular con la mayor claridad, precisión y delimitación los derechos, está en la función del juez aplicarla al caso concreto, impartiendo la solución más justa según un principio de equidad, y aquí es donde consideramos por demás satisfactorio el instituto que, aplicado con la prudencia y razonabilidad propia de la judicatura, permitirá corregir ciertas desviaciones del mercado protegiendo al más vulnerable de la relación.

A mayor abundamiento, ante casos de aplicación desproporcionada recordemos que se podrán plantear los recursos respectivos a fin de que órganos superiores revisen las sentencias, lo cual mantendría los límites de la figura.

Sera entonces labor de los jueces, ante el caso concreto aplicar correctamente la figura del tercero expuesto a fin de que mediante una aplicación ajustada a derecho y no desproporcionada, generen confianza en el mundo jurídico sobre una figura tildada por algunos de “oscura” y rechazada por parte de la doctrina, pero que correctamente aplicada es una pieza piramidal del derecho del consumo y del andamiaje protectorio.

Corresponderá a ellos, hacer gala de la valentía y sapiencia propia de la investidura, a fin mantener la vigencia del “tercero expuesto”, quien ha ido atravesando por diferentes estadios, desde su inexistencia, pasando por su esplendor hasta el momento donde se lo redujo drásticamente, para luego volver a avizorar un futuro en el que nuevamente pueda aparecer en escena con todas sus fuerzas en todo su espectro de aplicación.

Velamos y propiciamos porque así sea.

## BIBLIOGRAFIA.

- ALVAREZ LARRONDO, Federico M.. La Inconstitucionalidad de la Supresión del “expuesto” a la relación de consumo, en Alvarez Larrondo, Federico M. (Director), Manual de Derecho del Consumo Erreius 2017.
- BAROCELLI, Sebastian, “*El Concepto de Consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*”, Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/08/El-concepto-de-consumidor-en-el-nuevo-CCyC-por-Barocelli1.pdf>
- BAROCELLI, Sebastian, “*Los sujetos expuestos a una relación de consumo*”, DJ 11/05/2011, 1.
- BAROCELLI, Sebastian, El consumidor de servicios financieros y bursátiles y el rol del Estado. Una mirada a partir del nuevo Código Civil y Comercial, Revista Jurídica de daños, Numero 13 diciembre de 2015, 23/12/2015, Cita: IJ-XCIII-906.
- DELL OREFICE, Carolina, PRAT, Hernan, La aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el derecho transitorio, 1 de Octubre de 2015, www.infojus.gov.ar,Id SAIJ: DACF150522.
- FRUSTAGLI, S, La categoría de consumidor en el anteproyecto de ley defensa del consumidor, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 23, Cita Online AR/DOC/589/2019.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia M R, El derecho del consumidor y su influencia en el derecho contractual, [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/influenciadeloscontratosenconsum%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/influenciadeloscontratosenconsum%20(1).pdf).
- LORENZETTI, Ricardo Luis; Consumidores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Agosto de 2012, ISBN: 987-978-28449-0-5.
- Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, agosto de 2012, ISBN: 978-978-28449-0-5, Id SAIJ: LD00003.
- SAHIAN José H, Principio de Progresividad y no Regresión en el Anteproyecto de ley de defensa del Consumidor, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 111, AR/DOC/596/2019.
- SOBRINO, Waldo, Adios 'Buffoni': la inaplicabilidad de la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ,28 de Junio de 2014, www.saij.gob.ar, SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA, Id SAIJ: DACF170274
- SOBRINO, Waldo, La categoría "consumidor", :Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 33, :AR/DOC/590/2019.
- STIGLITZ, Gabriel, “Defensa del consumidor, dialogo de fuentes y principio de protección, , publicado en Revista de derecho del consumidor, número 1, noviembre 2016, fecha 30-11-2016, cita IJ-CCXVIII-919