

## EL PACTA SUNT SERVANDA EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. SU EFECTO RELATIVO Y EL ANÁLISIS DEL FALLO MOSCA

Juan Carlos Guarín Ferrer

### Resumen

Las normas de protección al consumidor, al no ser una rama aparte dentro del sistema legal, sino por el contrario, atraviesa medularmente todas las normas que integran un sistema jurídico, replantean a su vez algunas cuestiones que parecían ya asentadas por su largos años de trayectoria, en este caso, y para el presente artículo, nos referimos a los principios del *pacta sunt servanda* y del *efecto relativo de los contratos*, los cuales ven hoy una seria postura en el que parecieran que pierden rigurosidad en este ámbito. Esto partiendo de las mismas normas de protección del consumidor, que otorgan derechos contractuales a consumidores, muchos más amplios que los tradicionales del ámbito civil, y por otro lado, se observan normas y fallos de la Corte donde terceros totalmente ajenos al contrato pueden vincularse a la llamada “relación de consumo” y así ser tenidos como una verdadera parte dentro de la relación contractual de consumo.

### Abstract

Consumer's norms of protection, are not a separate branch inside the legal system, quite the opposite, it goes through essentially all the rules that integrate a juridical system, rethinking to turn some issues that seemed already settled by its long years of trajectory, in this case, and for the present article, we

refer to the principles of “pacta sunt servanda” and the *relative effect of the contracts*, which see these days a serious position in which they seemed losing rigorousness in this area. Based on the same consumer’s norms of protection, which provide contractual rights to consumers, many other wide ones that the traditional ones of civil ambience, and on the other hand, also observed rules and judgments of the Court where third parties totally unrelated to the contract can be linked to the called “relation of consumption” and thus be taken as a true part within the contractual consumption relation.

### **Palabras clave**

Consumidor, pacta sunt servanda, relación de consumo, principios, contrato.

### **Keywords**

Consumer, pacta sunt servanda, consumer relationship, principles, contract.

## **1. Introducción**

Históricamente, las relaciones jurídicas entre personas han sido cubiertas por distintos mecanismos, como por ejemplo acuerdo de voluntades escritos o verbales, promesas orales, garantías reales, depósitos bancarios, entregar a un familiar en garantía –sucedido en una época-, entre otras, en las cuales, cualquiera que fuera su estructura o denominación, hoy en día es lo que llamamos contrato, el cual desde un punto de vista muy elemental, podemos decir que es el reflejo de lo que las partes quieren y como lo quieren.

**Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año II, N° 1,  
2014 ISSN: 2347-0151**

Ante el crecimiento rápido y expansivo del Imperio Romano, el derecho no podía seguirle los pasos muy de cerca a ese crecimiento –situación no muy alejada a nuestros días-, por lo que el establecimiento de principios rectores fue y es, una forma básica y eficaz como herramienta dentro de los marcos jurídicos.

Es así como surge el *principio de pacta sunt servanda* el cual significa como primera medida, que el contrato es ley para las partes. Este principio significa que la voluntad de las partes, una vez perfeccionada como acuerdo, deberá ser respetada en tanto y cuanto a la forma en que fue expresada y/o plasmada, claro está, todo esto dentro de un marco legal referente a la capacidad obligacional de las partes, a la licitud del objeto y causa, etc. Precisamente al hablar de “ley para las partes” estamos determinando así el ámbito de aplicación de los derechos, obligaciones y hasta responsabilidades, pactados solo por las partes, esto sin perjuicio de las obligaciones tácitas impuestas por la Ley.

Ahora, lo interesante del asunto es cuando hablamos de un acuerdo que se encuentre cobijado por normas de protección al consumidor, llamado generalmente contrato de consumo, y observar, por un lado, que el principio del *pacta sunt servanda* no se cumple a rigor, toda vez que entre otros derechos, el consumidor cuenta con una supra-protección que lo habilita a rescindir el contrato sin ninguna consecuencia en contra de él, o a desconocer cláusulas que lo afecten en su calidad de consumidor, así las haya firmado con toda su capacidad en pleno.

Por otro lado, con respecto al principio del *efecto relativo de los contratos*, observamos que en temas de protección al consumidor tampoco se aplica, ya que el artículo 1º de la Ley de Defensa del Consumidor de Argentina contempla la protección del consumidor final de un bien o servicio, el cual no

siempre es una de las partes contratantes, así como la protección de terceros que estén expuestos a la relación de consumo.

Entonces debemos preguntarnos, si se produce un daño a un tercero, y aplicando los principios de *pacta sunt servanda* y *efecto relativo de los contratos*, ¿estos terceros ajenos al contrato deberían accionar bajo la tradicional responsabilidad extracontractual?, o si por el contrario, ¿debemos replantear dichos principios, y cobijar a estos terceros dentro de la protección al consumidor con todas sus reglas y procedimientos garantistas?

A nuestro entender –como primera medida-, estos dos principios o criterios fundamentales en materia de contratos no encuentran igual fuerza y hasta podemos aventurar a decir que pierden su vigor en materia de relaciones de consumo, en razón de que cobran jerarquía los criterios tutelares protectorios del débil jurídico, sin duda alguna referida al consumidor o usuario.

## **2. Conceptos**

### *2.1 Pacta sunt servanda*

El artículo 1197 del Código Civil de la República Argentina de 1869, establece que: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”, así como en la legislación colombiana en su artículo 1602 del Código Civil señala: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En este tipo de normas, como en muchas otras en el derecho comparado, encontramos normativizado el principio contractual de la obligatoriedad en los contratos o *pacta sunt servanda*, conforme a lo cual, los contratos obligan a sus contratantes a cumplir con todo aquello estipulado en ellos, tal como si fuera la ley. El otorgarle a los contratos una fuerza de ley, es una tendencia

evidenciada en aquellos países, cuyos códigos civiles fueron promulgados durante el siglo XIX y principios del XX, tales son los casos de Francia, Italia, Chile, Argentina y Colombia entre otros, y otorgan un carácter inquebrantable a aquello que por la voluntad de las partes se estipule siempre bajo la guía de la ley.

Sobre el mencionado artículo civil argentino, Borda (2004) afirma lo siguiente:

La fuente obligatoria de los contratos, tan fácticamente afirmada en el artículo 1197, se funda no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en las necesidades del tráfico. Los contratos constituyen el principal medio del que se valen los hombres para tejer entre ellos la urdimbre de sus relaciones jurídicas. Son, por consiguiente, un instrumento esencial para la vida económica y para la promoción de la riqueza; por todo ello es indispensable reconocerles fuerza jurídica. Media en la cuestión un interés de orden público.

Una de las consecuencias del principio de obligatoriedad o del “*pacta sunt servanda*” es la irrevocabilidad del contrato, ya que la vocación de los mismos siempre será la de su necesario cumplimiento, siendo los únicos mecanismos capaces de modificarlo, nuevos acuerdos generados por la novación, la compensación, la condonación o el mutuo acuerdo de finalizarlo.

Bajo las doctrinas tradicionales, solo las partes eran las únicas capaces de poder modificar los contratos bajo circunstancias especiales pero siempre buscando que se cumpliera a toda costa el mismo, y en casos aún más especiales que pudiera ser modificado por un Juez, tales como la lesión, la desaparición de la razón negocial, teoría de la impresión entre otros pocos.

Sanz (2006) considera que hubo grandes cambios en la Argentina, en los que el *pacta sunt servanda* empezó a perder su rigurosidad, y fue abriéndose pasos a nuevos retos sociales, en los cuales menciona la inflación de la década de los 60’s y su consecuente crisis económica de 1970, así como la devaluación del año 2001, en los cuales se tuvieron que hacer varios ajustes

legales y económicos para afrontar las situaciones. Sanz (2006), en su mismo escrito menciona:

...Sobre la posibilidad de revisión de un contrato celebrado válidamente, en principio la respuesta debería ser negativa. No obstante, la crisis económica de fines del año 2001 y principios del 2002 dieron paso a un plexo de normas legales y decretos del Poder Ejecutivo que si bien señalaron algunas pautas muy generales para la revisión del contrato introdujeron una noción totalmente ajena a la nomenclatura del derecho: "el esfuerzo compartido"

## 2.2 *Rebus sic stantibus*

Como vimos, el principio de *pacta sunt servanda* sirve entre otras cosas para ofrecer una mayor seguridad a la hora de contratar y ejecutar los contratos, ya que la voluntad de las partes sigue siendo una fuente esencial del derecho, y no se puede pretender tratar de regularizar al máximo estas relaciones quitando esa facultad a las partes de definir sus propios derechos y obligaciones a la hora de contratar. Sin embargo, se acepta en la comunidad, que en las relaciones contractuales puede que una de las partes se encuentre en una desventaja social, económica, jurídica, o cualquier índole, frente a la otra. El aplicar solo el principio del *pacta sunt servanda* en forma general y exclusiva, podría traer graves consecuencias para aquellos que en una posición débil, no tienen como sopesar las consecuencias ya previstas, o aquellas no previstas y aún más, aquellas aun no sucedidas. Es por esto, que como contrapeso a este principio, se creó otro principio que da este segundo aire a las partes de un contrato, que estando en la ejecución del contrato, cambian las condiciones. Este principio conocido como el *rebus sic stantibus*, se establece como protección a esa parte más débil, reduciendo ese abuso del derecho que pudiera estar disfrutando una de las partes, y así equilibrando nuevamente las cargas contractuales, en cual se puede invocar en cualquier tipo de contrato, incluyendo el contrato de consumo.

En el ámbito argentino este principio se refleja en el artículo 1198 del código civil, el cual dice:

Art. 1.198. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímelmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato.

Básicamente lo que se protege es el equilibrio contractual que una vez quebrantado, afecta a una de las partes por el cambio de condiciones que conllevan a que su obligación dentro del contrato se convierta en una excesiva onerosidad. Así, se le va cortando fuerza a ese principio perpetuo en el plano contractual, el cual exige que los contratos se conviertan en una ley inquebrantable para las partes.

### 2.3. Protección de consumidores

Pues bien, con la llegada de la industrialización y el consumismo, los legisladores a nivel mundial, se vieron en la necesidad de comenzar a regular aquellos actos de comercio que se consideraban de consumo, ello en primera medida, con el fin de otorgarle una protección al consumidor final, de evitar actividades abusivas por parte de los fabricantes y distribuidores de productos y servicios de consumo, y de generar mejores prácticas entre los competidores.

Sin embargo también se creó un nuevo concepto de contrato, y eran aquellos en los cuales intervenía el consumidor, y no existía como tal un acuerdo de voluntades, solo se ponía a disposición un producto y el consumidor elegía según precio y calidad y si lo compraba o no; es allí donde comienzan a cambiar las concepciones generales y tradicionales que existían frente al *pacta sunt servanda* y se comienzan a gestar otras como la protección al consumidor frente a la posición dominante, considerar al consumidor como la parte débil y por ello ofrecerle mayores mecanismos de defensa, asimismo, la posibilidad de que los consumidores pudieran ser tenidos en cuenta en contratos en los cuales pese a no ser parte de estos, resultaran afectados, tales eran los casos de daños por productos defectuosos causados a terceros que no participaron en la relación contractual, cuestión que también evidencia una pérdida de terreno del principio de *efecto relativo de los contratos*.

En algunas legislaciones como la Colombiana, la protección al consumidor se realiza en dos vías, la primera cuando cualquier persona sea consumidor o potencial consumidor, observe que se encuentra en presencia de situaciones abusivas o que atenten a su libertad como consumidor, puede denunciarlo ante las autoridades competentes, y estas, están en la obligación de constatarlo y sancionar con multas y restricciones a los infractores. La segunda vía es la protección generada por un daño o perjuicio directo a un consumidor o a una tercera persona generada por un producto defectuoso, caducado o que no cumplen con las especificaciones técnicas, sanitarias o regulatorias, caso en el cual además de la respectiva multa deberá indemnizar al afectado, incluso si este no fue quien compro el producto o contrató el servicio.

### **3. Antecedente Jurisprudencial**



### **3.1. Mosca, Hugo Arnoldo c/ Provincia de Buenos Aires y otros**

#### **3.1.1 Análisis**

En resumen, este caso se desarrolla alrededor del señor Mosca quien para la fecha de los acontecimientos se desenvolvía como chofer, y había sido contratado para transportar fotógrafos que iban a hacerle un seguimiento a un partido de fútbol en la cancha de Lanús. El señor Mosca esperaba afuera del estadio, frente a su vehículo, cuando empezó riña dentro del estadio donde los espectadores del juego empezaron a botar piedras y otras series de artículos contra sus rivales deportivos, y con la mala suerte para el señor Mosca, que un artefacto lanzado desde dentro del estadio fue a dar en su ojo izquierdo lo que le causó una lesión importante. La víctima inicia su demanda y la dirige contra la policía bonaerense (Estado), la Asociación de Fútbol Argentino (AFA), y el Club Atlético Lanús.

Luego de un análisis la Corte descarta cualquier responsabilidad por parte de la Provincia en el actuar de la policía. Pero cuanto a la AFA y el club, les endilga responsabilidad.

Lo que podemos deducir del caso, frente a algunas cuestiones señaladas por la Corte, es que debemos preguntarnos en primera medida, ¿qué relación tenía el Señor Mosca con los señalados como responsables? Es claro que el club de fútbol como la AFA, ofrecen a la comunidad unos servicios de espectáculo deportivo, en el cual, el ciudadano que quiere disfrutar de este evento debe comprar una entrada o ticket, realizando así una relación contractual con estas sociedades citadas. La obligación para las partes contratantes, por un lado es la de pagar la entrada, y por el otro lado, prestar un servicio ordenado, ofrecer un espectáculo dentro de las normas deportivas –como elegir árbitros, mantener el estadio en buen estado, prestar seguridad y,

comodidad a los equipos, etc.-, realizar una logística de seguridad en conjunto con la policía, entre otras. En resumen, obligaciones de logística y seguridad. Es claro que de presentarse una falla de estas obligaciones, donde salga perjudicado un espectador (sin importar si compró la entrada, se cumple con estar participando en el partido como espectador), no solo por normas de trascendencia civil sino también las novedosas normas de protección al consumidor, se debe responder indemnizando a ese espectador o consumidor que resulta lesionado.

Pero en el presente caso, el señor Mosca no era espectador, tampoco había realizado ningún tipo de contrato con los organizadores del evento, estaba afuera del estadio, esperando cerca de su vehículo, y sin embargo sufrió un daño en su integridad física por un elemento que salió desde el interior del estadio. Es claro que el responsable directo fue quien lanzó el artefacto que aterrizó en el ojo izquierdo de Mosca, pero nunca fue detectado, por la cantidad de personas que estaban haciendo lo mismo, y seguramente ese responsable nunca supo que había causado este daño.

Descartando ya el responsable directo, debemos analizar en qué calidad deben responder la asociación y el club, recordando, que no tenían relación contractual con la víctima. La Corte (Mosca c/ Buenos Aires, provincia de (Policía Bonaerense) y otros, 2007) entendió que el derecho que debió protegerse –obviando el derecho a la vida y todas sus conexiones- fue el de seguridad, al respecto dice:

...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. (p. 19)

De esta definición podemos inferir que la Corte va directamente a calificar la relación entre el señor Mosca y los demandados, como una relación de consumo, ya que entendió que el deber de seguridad en cabeza de los organizadores del evento opera también por los daños sufridos por terceros que están expuestos a la relación de consumo, calificación mal llamada hoy en día, consumidor expuesto. Es una postura bastante interesante como protección a la comunidad en general, pero consideramos que genera una incertidumbre jurídica muy amplia. Si retomamos los conceptos básicos de relación de consumo, consumidor, fabricante o proveedor, y demás traídos en esta legislación especial, se genera una confusión aplicada a este caso.

Y el problema, consideramos, está en la calificación de Mosca como consumidor *expuesto* y de la relación de este con las llamadas a responder. No nos cabe ninguna duda de que la *seguridad* es un derecho constitucional y que en el presente caso hubo una falla de seguridad, que como consecuencia una persona quedó incapacitada para el resto de su vida, y aunque el presidente Norteamericano J.F. Kennedy señaló ante su congreso que “*todos somos consumidores*”, esta calificación jurídica en la que se encuadra a una persona, a nuestro parecer, aunque general, no lo es siempre.

Por lo que es importante preguntarnos, ¿todos tenemos la calidad en todo momento de ser consumidores de todos los bienes y servicios del mercado?, o ¿solo somos consumidores de los bienes y/o servicios con los que tenemos una relación directa de consumo?.

Igual aclaramos, que la calidad de consumidor no solo se consigue a través de una gestión contractual. Es decir, como ya mencionamos, todas las personas que compraron su entrada al estadio y asistieron, se convirtieron en consumidores del espectáculo, pero también lo son todas aquellas personas que ingresaron como espectadores y que por múltiples razones ingresaron sin contratar la compra de boletas con los organizadores del evento. En esto si

**Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año II, N° 1,  
2014 ISSN: 2347-0151**

estamos de acuerdo con la Corte, en querer señalar que toda persona espectadora del evento debe ser protegida por las autoridades y organizadores del mismo.

Consideramos acertado de la Corte establecer en cabeza de las demandadas –AFA y Club Lanús- un deber de seguridad. En esto la Corte (Mosca c/ Buenos Aires, provincia de (Policía Bonaerense) y otros, 2007) se manifiesta de la siguiente manera:

...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.

...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. (p. 25)

La Corte ha señalado que este deber de seguridad no solamente debe ser aplicado a las personas que asisten al evento deportivo, sino también a las personas que se encuentren en las inmediaciones al estadio, a los cuales no se les puede cercenar este derecho (seguridad) por el solo hecho de no haber traspasado la puerta del estadio. Entonces, si el deber de estos organizadores es proteger a las personas dentro y fuera del estadio –concretamente en las inmediaciones-, entonces ¿para qué calificar a Mosca como consumidor o no, si al fin y al cabo hay un deber de cuidado? Suponemos que los Honorables Magistrados se habrán encontrado con esta misma cuestión, es más, es la cuestión medular de la sentencia.

Resulta interesante y “justo” este fallo en el que hay una víctima de un ataque por un desconocido, y un resarcimiento del daño por otra parte que tenía una viabilidad financiera para responder. Pero realmente, ¿esta vía fue la

indicada?, ¿es correcto calificar de consumidores –en momentos específicos- a quienes no lo son?

### **3.1.2. consumidor expuesto**

Este concepto es bastante interesante, ya que no está consagrado en ninguna ley, ni de consumidor ni otra, dentro de la República Argentina.

Se ha generado un error gramatical, que al momento, no ha sido tratado de una forma integral y profunda. El consumidor expuesto, como se le denomina, se entiende a ese tercero que sin contratar, ni estar vinculado a la relación de consumo, resulta afectado. Pero, ¿cómo una persona que no es consumidora ya sea inicial o final, o usuaria, se puede enmarcar como consumidora? ¿por qué se está diciendo que este tercero ajeno a la relación de consumo es un “consumidor” expuesto de la misma?

Reiteramos, el tema no es tratado en profundidad aún, y pareciera que se acepta que este término ha sido incorporado en el lenguaje jurídico a través de la Ley 26.361, que modificó varios artículos de la Ley de consumidor, la 24.240. Pero nos preguntamos de nuevo, ¿en que parte fue incorporada? Y más aún, ¿esta supuesta figura cubre casos como el de Mosca, donde un tercero ajeno a la relación de consumo termina lesionado?

Por la poca información que se puede recaudar en la doctrina de esta figura, ha sido necesario remitirnos a los anales del congreso, para escudriñar el verdadero espíritu del legislador, lo que él pretendió y de que forma, para descubrir, si el legislador argentino incorporó el llamado “consumidor expuesto” y si la finalidad de esta figura, es la misma adoptada en el fallo Mosca.

#### **3.1.2.1 Ley defensa del consumidor 26.361**

**Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año II, N° 1,  
2014 ISSN: 2347-0151**

Esta Ley, contemplada como un verdadero avance en el tema del consumidor, ya que los progresos legislativos en esta materia desde la década de los 90's eran casi pétreos, contó con una favorabilidad excelsa de votos tanto en la cámara de diputados como de senadores, y en palabras de una de sus promotoras, la diputada Córdoba, consignadas en la revista Antecedentes Parlamentarios (2008), dijo lo siguiente:

..se presenta una reforma integral a la ley tutelar de los consumidores argentinos para responder por un lado, a las principales necesidades relevadas en la experiencia de la aplicación concreta de la misma, y, por el otro, a las nuevas tendencias del país y del extranjero en la materia. (p. 363)

Para lo que nos interesa en la presente, el segundo párrafo del artículo 1º del proyecto de ley, que finalmente fue sancionado con modificaciones, pero que en relación al tercero expuesto a la relación de consumo se mantuvo y finalmente fue sancionado como artículo 1º de la ley 26.361, reza lo siguiente:

Se considerara 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.** (Negrillas fuera de texto)

Y es precisamente lo que está en negrilla lo que nos genera las anteriores preguntas. Esto, es lo que algunos han denominado el "consumidor expuesto". De manera muy simple, se puede deducir que esta oración hace referencia a personas indeterminadas que no son parte ni del contrato de consumo ni de la relación de consumo, y que pueden llegar a estar expuestas a la misma, más no dice que sean consumidores que están expuestos a una relación de consumo. De hecho, al decir *consumidor expuesto a una relación de consumo*, no es una redundancia?

**Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado. Año II, N° 1,  
2014 ISSN: 2347-0151**

Entonces, ¿que es lo que quiso decir el legislador?, ¿que se pretendió con esa inclusión?, ¿buscaba proteger a terceros ajenos a las relaciones de consumo como en el fallo Mosca?

Como fundamento de la ley, los diputados Córdoba, Irrazábal, Macaluse, Mediza, Mongeló, Pérez y Vaca Naranja, quienes presentaron el proyecto, sostuvieron sobre esa figura lo siguiente, palabras igualmente consignadas en la revista parlamentaria arriba señalada (2008):

III. Hay numerosas situaciones en que la tutela legal se proyecta –y debe proyectarse- a la etapa precontractual; más aún, la normativa establece obligaciones puntuales a los proveedores en dicha etapa. Por citar algunas de las más destacadas, podemos aludir al deber de información del artículo 4º; al vínculo obligacional que crea la oferta para quien la emite, en el artículo 8º; la necesaria confección y entrega de presupuesto de ciertos servicios contemplada en el artículo 21º; la prohibición del artículo 35º de formular cargos por productos o servicios no solicitados. Empero, no siempre legítima de manera expresa al potencial consumidor para reclamar por su interés particular vulnerado. Por ello, se propone equiparar en el carácter de consumidores a quienes, sin estar involucrados en una relación de consumo probablemente dicha, estén expuestos a ella. (pp. 364-365)

Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto por los legisladores impulsores del proyecto, que finalmente se sancionó con el punto que nos interesa tal cual como se postuló, podemos inferir que el espíritu del legislador, es el de proteger a los posibles consumidores, que en una etapa precontractual puedan verse afectados, o que sin solicitar bienes o servicios, se ven envueltos en una relación contractual o de consumo. En esta etapa precontractual se puede aludir como ejemplo a la publicidad engañosa, y lo segundo, tal como lo exponen los legisladores muy acertadamente, a casos en que se reciba un producto sin ser solicitado, cuestiones que se han visto a menudo en temas con compañías de telecomunicaciones así como en entidades financieras.

El legislador nunca habló de un *consumidor expuesto*, mucho menos de señalar a quien no tiene una relación directa –o que va a tener- con un bien o servicio, y así protegerlo bajo normas especiales. Y aunque somos consientes

del incierto futuro de esta figura introducida por la ley 26.361, ya que en el nuevo proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, se suprime esta figura –que reitero, no es la de consumidor expuesto, es la de un tercero expuesto a una relación de consumo- lo cierto es que hoy en día es confusa.

Y es que en ese mismo debate para promulgar la Ley, el Diputado Vanossi expuso sus fundamentos de disidencia parcial, precisamente por que el concepto de relación de consumo no era claro, y gracias a ello podía suceder lo que sucedió en el caso Mosca, una confusión por parte del sentenciador. En sus palabras, plasmadas en la revista Antecedentes Parlamentarios (2008) dijo:

El artículo 1º, según la nueva redacción que se propone, amplía el concepto de consumidor de la Ley actual. Sin embargo, alude constantemente a la “relación de consumo”, definiéndola en el artículo 3º, como “...el vínculo jurídico entre el proveedor y consumidor o usuario”. Podrían suscitarse inconvenientes que produzcan efectos contrarios al aparentemente querido por el legislador, al dejar al arbitrio del judicante (en un caso concreto) el concepto de tal “relación de consumo”, en tanto su definición proyectada en el artículo 3º es poco precisa. Se propone definirla (como “aquella en que intervenga un consumidor o usuario final en situación de hiposuficiencia informativa o negocial respecto del proveedor”). (p. 360)

#### **4. Derecho positivo**

Ya mencionamos algunos artículos de ámbito civil, sin embargo, como estamos en miras de un ámbito de consumidores, transcribiremos algunos artículos que reflejan la relación de consumo y la flexibilidad actual del *pacta sunt servanda* como del *efecto relativo de los contratos*.

##### **4.1. Ley de defensa del consumidor N° 24.240**



Ley Argentina promulgada y sancionada el mismo año, en 1993, se establece como la ley medular para la protección de todos los ciudadanos y residentes en el territorio argentino. Por sus principios incorporados y por la evidente protección contractual de los consumidores, hizo necesario el replanteamiento de varias instituciones dentro de todo el sistema jurídico para llegar a cumplir con todas las banderas con las que se rigió este avance normativo.

#### 4.1.1 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.

Como podemos observar, el segundo inciso enuncia que la calificación de consumidor se amplía a quien no fue parte en una relación de consumo –generalmente dada por un contrato de consumo–, otorgándole ese status de usuario o consumidor. A pesar de mencionar en el mismo inciso, que esa calidad se adquiere como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, debe ser el destinatario final de la misma (recordemos que Mosca no fue destinatario final, sin embargo fue calificado consumidor). En este artículo podemos observar como el principio del *efecto relativo de los contratos* pierde rigurosidad, al quedar expuestas la relación “inter-partes” a un tercero ajeno que cumpla con estos básicos requisitos. Sin embargo, vale aclarar, que este principio aunque como lo exponemos, pierde rigurosidad, no quiere decir que

desaparece, ya que, igualmente, ningún tercero ajeno al contrato y a la relación de consumo podría invocar situaciones para modificar dicho contrato.

#### 4.1.2. Artículo 13º

“Responsabilidad solidaria. Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los productores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el artículo 11º”.

En este artículo podemos observar, que si bien una persona contrata directamente con un proveedor, y se presenta un problema de defecto o cualquier índole en la que no intervenga la culpa del comprador, éste podrá demandar a cualquiera en la línea de producción -o a todos conjuntamente- para el cumplimiento de la garantía. Esto es importante, ya que seguramente los grandes fabricantes desconozcan el paradero final de sus productos, y lo normal es que el ciudadano cotidiano, no compre los bienes directamente del fabricante sino de un proveedor, y así, éste último otorgue todo tipo de garantías, el contrato entre proveedor y consumidor alcanza al fabricante, pasando por todo eslabón intermedio. En otras palabras, el fabricante que no contrata directamente con consumidores está obligado a responder por fallas, defectos o daños que causen sus productos en los consumidores de ese bien –puede ser un consumidor o toda una familia o grupo social los que consuman ese bien-. En este mismo sentido podemos observar el artículo 40º de la misma ley que menciona que los daños ocasionados al consumidor deben ser cubiertos en solidaridad por todos los partícipes en la cadena de producción, incluyendo al transportista si ocasiona daño en la cosa al momento del transporte.

#### 4.1.3. Artículo 34º

Revocación de la aceptación. En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada...

Este artículo claramente es un avance en materia contractual a favor de los consumidores, reduciendo aún más el campo de aplicación del *pacta sunt servanda*. Por un lado permite la retractación del comprador del bien –y no hablo de consumidor, porque no sabemos si estaba dispuesto a consumirlo-, otorgándole un generoso plazo para devolver el bien y obtener de regreso su dinero sin ningún tipo de responsabilidad. Y por otro lado eleva esta condición a norma de orden público al limitar la voluntad de las partes de poder renunciar a esta práctica. Bueno, y es lo más lógico que no se permita renunciar, de lo contrario, al igual que en las normas de protección laboral, si se permitiera renunciar a estos derechos (vacaciones, salarios, revocación de la aceptación), la parte fuerte –empresa, empleador, fabricante- abusaría de su derecho e impondría cláusulas en contra de los fines de las leyes protectorias.

### 5. Conclusiones

Hemos podido observar que los principios de *pacta sunt servanda*, y *efecto relativo de los contratos*, aunque son de vital importancia para la seguridad jurídica en el marco de los contratos, han venido perdiendo un poco de terreno frente a disposiciones que permiten salvaguardar intereses de personas que se pueden ver afectadas por abusos de derecho. Es así como vemos la creación del principio del *rebús sic stantibus* que surge como contrapeso para regular situaciones futuras; la creación de marcos protectores

en el ámbito laboral, los cuales muchas disposiciones contractuales deben ceñirse a lo que estrictamente la ley permita, con lo cual se protege a los trabajadores, que por una necesidad económica, podrían sucumbir en nuevas eras de esclavitud si el Estado dejara a las empresas regular los contratos a su antojo. En el plano de nuestro estudio, en la defensa de los derechos de los consumidores, sus normas tienen una finalidad muy parecida a las laborales, creadas para salvaguardar los derechos de todas las personas que participen como consumidores (como dijo Kennedy, somos todos) y poniendo límites a los abusos empresariales, o abusos creados por el mismo tráfico comercial.

Es cierto que en todo momento estamos consumiendo; en este mismo instante en que redactamos este artículo, estamos consumiendo luz, internet, somos consumidores frente a la marca del monitor, somos consumidores de la biblioteca que nos permite utilizar sus instalaciones y revisar sus libros, etc., pero también es cierto que cada consumo que realizamos está determinado por patrones directamente vinculantes a la actividad que realizamos. Es decir, en este momento que estamos sentados en la biblioteca, no podemos decir que somos consumidores del servicio de transporte del subterráneo, ya que a pesar de que todos los días lo tomamos, en este momento no lo estamos consumiendo. Es así como consideramos, que en el caso Mosca c/Buenos Aires y otros, la Corte ha confundido esto, y ha dado una categoría de consumidor a alguien que no lo estaba siendo, ya que el hecho de ingresar a observar un partido de fútbol dentro de un estadio, es precisamente el escenario donde se sitúa la calidad de consumidor de, quien finalmente, es el que está consumiendo del evento deportivo y es quien por medio de un contrato –compra de entrada al estadio-, asumió el rol de asistente, que en el nuevo paradigma jurídico, es un consumidor. Pero el señor Mosca, no contrató con nadie para asistir al estadio, tampoco le interesó “consumir” el evento, él

estaba a las afueras del estadio esperando a unas personas, para transportarlas a nuevos destinos.

Ahora la pregunta es ¿Mosca era un consumidor del evento deportivo? De responderse positivamente esta pregunta estaremos acabando con las responsabilidades consagradas en el ordenamiento civil, tales como la contractual y la extracontractual, y cualquier daño ocasionado a la población civil deberá encuadrarse como una responsabilidad objetiva y protegida por normas de consumidor. Con respecto a esta responsabilidad, Stiglitz (2005) afirma que “La responsabilidad objetiva (art. 40) se refiere específicamente al “consumidor” y a las cosas y servicios. Imputando ya no al “dueño guardián”, sino concretamente a “fabricantes”, “vendedores”, “proveedores”, etc. (p. 519)

Consideramos que Mosca no era un consumidor del evento deportivo, si bien podría estar consumiendo otros tipos de servicios o bienes en ese momento trágico, no lo era, como espectador, del partido de fútbol. Pensemos en un trabajador que en el mismo momento en que jugaban los equipos, estaba desempeñando tareas de instalación eléctricas dentro de los camerinos, y por alguna causa, se genera una descarga eléctrica generándole lesiones. Este imaginario trabajador estaba dentro del estadio, estaba en curso el evento, y sufrió una lesión. Si pensamos en una ausencia de impericia y seguimos los lineamientos de la Corte, este también debería ser consumidor.

Nos parece que la Corte se encontró en una situación en la que debió proteger a un ciudadano que sufre una lesión y que el responsable directo no está identificado, y en este afán de proteger a Mosca, abre una brecha de conceptos que claramente favorece a este ciudadano, pero que no guarda armonía ni consonancia con la especialidad –que hoy en día es la generalidad– de la ley de protección al consumidor.

Consideramos que los principios del *pacta sunt servanda* y *efecto relativo de los contratos* no siguen siendo eficaces dentro del ámbito de

consumo. Esto partiendo de los artículos de la ley de consumidor citadas donde se denota que el contrato ya no es ley para las partes y pasa a ser un ente regulador de derechos, pero siempre tratando no de enmarcar la relación jurídica, sino de proteger al consumidor. La misma Corte con el fallo referido, que a nuestro parecer errar en la calidad otorgada al demandante, demuestra que se requiere un avance aún más significativo en materia contractual, y lo indicamos porque la Corte trata de proteger un ciudadano otorgándole una calidad de consumidor cuando a nuestro parecer no lo es, y sin embargo parece justo que el fallo condene a los demandados por esa ausencia de seguridad que debían tener, y declarándolos responsables sin tener que demostrar por parte de Mosca, la causalidad.

Surge así, la necesidad de encontrar ese instante, esa frontera que resuena en las dos partes y tratar de juntarlas en armonía a la Ley, como una manera actual –o tal vez no tanto- de resolver cuestiones del día a día. La creación de un nuevo principio –o varios- en este sentido, que no sea riguroso como el *pacta sunt servanda*, que permita incluir a terceros ajenos a la relación contractual, y que responda a las necesidades de los consumidores como del comercio actual será uno de los retos de la presente investigación principal.

## **6. Bibliografía y fuentes de información**

### **6.1. Bibliografía**

Borda, G. (2004). *Manual de los contratos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Gherzi, C., Weingarten, C. (2011). *Manual de los derechos de usuarios y consumidores*. Buenos Aires: La Ley.

Sanz, C. (2006). La revisión del contrato. *Prudentia Iuris*, (61), 35-48.

Serafini, M, y Lissarrague, G. (2008). Ley 26.361 defensa del consumidor. *Antecedentes parlamentarios*, 15(4), 333-450.

Stiglitz, G. (2005). Contratos, cláusulas abusivas y defensa del consumidor. En A. Kemelmajer de Carlucci, F. Trigo Represas y M. Méndez Costas (Comps.). *Edición homenaje Jorge Mosset Iturraspe*. (pp. 517-532). Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

## **6.2. Fuentes de información**

Código Civil de la República de Colombia. Recuperado de [http://200.75.47.49/senado/basedoc/codigo/codigo\\_civil\\_pr049.html](http://200.75.47.49/senado/basedoc/codigo/codigo_civil_pr049.html)

Ley 24.240, Defensa del Consumidor. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

Ley 26.361, Defensa del consumidor. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/135000-139999/139252/norma.htm>

Título I – De los contratos en general, Sección Tercera – De las obligaciones que nacen los contratos, Libro II. Recuperado de [http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340\\_libroII\\_S3\\_tituloI.htm](http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S3_tituloI.htm)